PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MEDIDAS CAUTELARES JUDICIAIS E DE POLÍCIA NO PROCESSO CONSTITUCIONAL PENAL:

ABORDAGEM NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Sérgio Henriques Zandona Freitas

Belo Horizonte
2008

FICHA CATALOGRÁFICA
Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Freitas, Sérgio Henriques Zandona
F866m Medidas cautelares judiciais e de polícia no processo constitucional penal: abordagem no Estado Democrático de Direito / Sérgio Henriques Zandona Freitas. – Belo Horizonte, 2008.
308f.

Orientador: Prof. Dr. Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias
Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

Bibliografia.

1. Medidas cautelares. 2. Processo penal. 3. Justiça criminal. 4. Devido processo legal. I. Brêtas de Carvalho Dias, Ronaldo. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 347.9

Bibliotecária – Eunice dos Santos – CRB 6/1515

Sérgio Henriques Zandona Freitas

MEDIDAS CAUTELARES JUDICIAIS E DE POLÍCIA NO PROCESSO CONSTITUCIONAL PENAL:

ABORDAGEM NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Orientador: Professor Doutor Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias.

Belo Horizonte
2008

Sérgio Henriques Zandona Freitas
http://lattes.cnpq.br/2720114652322968

Medidas cautelares judiciais e de polícia no processo constitucional penal: abordagem no Estado Democrático de Direito.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Belo Horizonte, fevereiro de 2008.

_____

Professor Doutor Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (Orientador) . PUC Minas
http://lattes.cnpq.br/6702587224155530

_____

Professor Doutor Eugênio Pacelli de Oliveira . FDMC (Milton Campos)
http://lattes.cnpq.br/7479626098445674

_____

Professor Doutor José Marcos Rodrigues Vieira . PUC Minas
http://lattes.cnpq.br/6431187483331345

_____

Professor Doutor Fernando Horta Tavares . PUC Minas
http://lattes.cnpq.br/8877829268616804

Dedicatória

Aos meus pais, Pedro Henriques e Márcia Zandona, e
a minha querida e amada esposa Carla Clark.

AGRADECIMENTOS

À minha maior inspiração, Carla Regina Clark da Costa, querida companheira dos momentos mais difíceis, esposa, amiga e amor, orgulhoso por suas conquistas e seu exemplo de serenidade, o meu especial agradecimento pelo apoio incondicional em cada passo dado na construção deste trabalho, madrugadas a fio.

Aos meus pais Pedro Henriques de Oliveira Freitas e Márcia Luzia Zandona Freitas, pelo amor, pelo exemplo de vida, de trabalho, pela luta incansável na educação e formação de cada um de seus filhos, e pelas famílias maravilhosas que compomos (Oliveira Freitas e Camargos Zandona).

Aos Clark, que me acolheram em seus lares e me concederam o privilégio de integrar sua maravilhosa família, em especial à Dona Maria da Conceição Clark, pela carinhosa, saudosa e eterna lembrança. A Carol e Antony pelas palavras e o presente sorriso de apoio. Ao Doutor Giovani Clark pelo incondicional apoio, primeiro como professor e grande incentivador do estudo do Direito Econômico, além do despertar para os críticos problemas sociais brasileiros, amizade e admiração diariamente engrandecida.

Ao Professor Doutor Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, pelas dedicada orientação, sugestões e indicações, confiança, paciência e amizade demonstradas ao longo do árduo caminho desta pesquisa, além de apresentar, com seus fabulosos textos e memoráveis aulas, o marco teórico utilizado no presente trabalho.

Aos professores do doutorado e do mestrado Doutor José Marcos Rodrigues Vieira, Doutor Fernando Horta Tavares, Doutor Vicente de Paula Maciel Júnior, Doutora Flaviane de Magalhães Barros, Doutor Lucas de Alvarenga Gontijo, pelo afetuoso convívio, valiosas lições acadêmicas e contribuições teórico-práticas, e em especial ao Doutor Rosemiro Pereira Leal (e Isabel Cabaleiro) pela amizade, minha admiração e eterno agradecimento pelo estágio de docência na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas).

Aos Professores Doutores Eugênio Pacelli de Oliveira e Silvana Lourenço Lobo, pelas primeiras lições como aluno nas disciplinas de direito processual penal e direito penal na saudosa Faculdade de Direito Milton Campos (FDMC). Ao Professor Doutor Faiçal David Freire Chequer, pela grandiosidade da nossa querida Faculdade de Direito de Itaúna (Universidade de Itaúna – UIT), e especial lembrança dos grandes amigos Antônio Maria e Paulinha Dias. Aos Professores Carlos Pinto

Coelho Motta, João Antônio Lima Castro e Fabrício Veiga Costa pelo incentivo ao mestrado e no Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (IEC-PUC-Minas), fontes inesgotáveis de mentes brilhantes.

Aos colegas do colegiado da Pós-Graduação da PUC-MINAS, Professores Doutores Marcelo Campos Galuppo (Coordenador), Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva, Maria de Fátima Freire de Sá, José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior, Rogério Monteiro, e Elísio Vitor de Figueiredo Júnior, principais responsáveis pelo reconhecimento internacional da Pós-Graduação em Direito da PUC-Minas, além dos amigos da secretaria André, Rafael, Jackson e Loraine. Aos colegas bolsistas, em especial Rogério, Lorena, Sérgio, Mateus, Marius, Márcio, Beraldo e Gabriela, pelos dispendiosos trabalhos para a grandiosidade da Pós-Graduação *Stricto Sensu*.

Aos companheiros do Instituto dos Advogados de Minas Gerais (IAMG), em especial ao Presidente José Anchieta da Silva, do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC) e do Instituto de Ciências Penais (ICP), pela constante preocupação com a evolução do direito contemporâneo e a observância do Estado Democrático de Direito. Aos amigos de escola, pelos memoráveis encontros de turma. Aos ex-colegas de advocacia, responsáveis pelos meus primeiros passos profissionais. Aos amigos do extinto Tribunal de Alçada e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em especial aos Desembargadores Sérgio Braga e Roney Oliveira, e Péricles Foureaux, Ana Maria Jeber Campos, Luciana Foureaux e Léo. Aos meus ex-estagiários, alunos da graduação e pós-graduação. Sem os quais certamente não teria conseguido concluir mais esta jornada.

Aos colegas do mestrado, Ângela Rodrigues, Suzana Diniz, Charley Chaves, Juliano Lima, Érico Casagrande, em especial, ao Lucas Cruz Neves (e esposa Carina), ao Henrique Macedo (e esposa Jô), ao Bruno Bini de Mattos (e noiva Ana Paula) e, ao grande amigo, Rodrigo Suzana Guimarães (e esposa Guilhermina e filhos Luíza e Rodriguinho), que estiveram presentes nas horas mais difíceis desta caminhada, pelo amor, pelo carinho e pela dedicação despendidos na construção diária de nossa sólida, sincera, verdadeira e eterna amizade.

Por fim, a todos os estudiosos do Direito Processual nas raízes do Direito Constitucional e defensores do Estado Democrático de Direito, o incentivo à fundação de um crítico Instituto Mineiro de Direito Processual.

Muito obrigado a todos.

RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo compor e analisar as medidas cautelares de polícia e judiciais, na Teoria Geral do Processo, partindo-se da técnica normativa estrutural das decisões jurisdicionais criminais no Estado Democrático de Direito e, como parâmetro, o processo e a jurisdição constitucionais, além de princípios orientadores e fundamentais ao estudo, tais como: devido processo legal, contraditório, ampla defesa, inafastabilidade da prestação da tutela jurisdicional, motivação das decisões judiciais, direito à prova e seu ônus no direito processual penal, direito à não auto-incriminação e ao silêncio, duplo grau de jurisdição, proporcionalidade e a presunção de inocência.

Para melhor compreensão do assunto importará abordar o entendimento sobre a função jurisdicional e os sistemas de persecução penal — principalmente em tempos de crise —, o processo penal de emergência e o garantismo.

Cabe ressaltar que o presente estudo tem como marco a teoria estruturalista e o Estado Democrático de Direito, também influenciadores da técnica normativa estrutural das decisões jurisdicionais criminais.

O debate teórico se instala quando na vigente ordem jurídica constitucional há o desrespeito corrente aos princípios constitucionais na aplicação das medidas cautelares de polícia e judiciais, principalmente quanto à técnica normativa estrutural das decisões jurisdicionais, com estabelecimento de procedimento inadequado, bem como afetando diretamente os interessados na solução da ação criminal.

Importará ao final, suscitar alternativas mais eficientes à problemática proposta, debatida sob o âmbito de uma Teoria Geral do Processo, visto que as medidas cautelares no processo penal brasileiro foram abordadas, até então, de maneira fracionada pela doutrina, além de superficial o estágio em que se encontram os escritos acerca do assunto, após o advento da nova ordem constitucional.

PALAVRAS-CHAVE:

Medidas cautelares judiciais e de polícia. Emergência e garantismo processual penal. Estado Democrático de Direito. Direitos e garantias fundamentais do processo. Teoria estruturalista. Teorias democráticas do processo. Processo Constitucional. Processo Constitucional Penal. Princípios Constitucionais. Reforma legislativa criminal. Técnica normativa. Estrutura das decisões jurisdicionais criminais. Apontamentos críticos sobre as decisões criminais cautelares.

ABSTRACT

This research aims to compose and review the precautionary measures for police and judicial, in the General Theory of the process, starting with the technical regulations of the structural decisions criminal courts in the State of Law and Democratic, as a parameter, the process and the constitutional court, besides guiding principles and fundamental to the study, such as: due legal process, contradictory, broad defence, inafastabilidade the provision court, motivation of judicial decisions, the right to evidence in his charge in the criminal procedural law, the right to not self-incrimination and silence, double level of jurisdiction, proportionality and the presumption of innocence.

For better understanding of the issue import address the understanding of the function and judicial systems of criminal prosecution — especially in times of crisis — the criminal proceedings emergency and garantismo.

It should be emphasized that this study is to mark the structuralist theory and Democratic State of Law, also influencing the technical regulations of the structural decisions criminal courts.

The debate was theoretical installs when the current law there is a constitutional disrespect to the current constitutional principles in the application of precautionary measures for police and judicial, mainly on the technical regulations of the structural decisions courts, with establishment of inappropriate procedure, as well as directly affecting those involved in the solution of criminal action.

We the end, cause more efficient alternative to the problematic proposal, discussed under the framework of the General Theory of the Case, as precautionary measures in criminal proceedings Brazilian were addressed, until then, so fractionated by doctrine, in addition to surface on the stage which are the writings on the subject, after the advent of the new constitutional order.

KEY-WORDS:

Precautionary measures judicial and police. Emergency guarantee and criminal procedure. Democratic rule of law. Key rights and guarantees of the process. Structuralist theory. Theories of the democratic process. Constitutional Process. Constitutional Criminal Procedure. Constitutional Principles. Criminal Law Reform. Technical regulations. Structure of the decisions criminal courts. Notes critical decisions on criminal precautionary.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO **12**

CAPÍTULO I
INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO PROCESSO PENAL **16**
1.1 Considerações iniciais **16**
1.2 Poder e Estado de Direito **17**
1.3 Estado Democrático de Direito **20**
1.4 Funções do Estado **30**
1.5 Função jurisdicional **33**
1.6 Sistemas de Persecução Penal **36**
1.7 Sistema de Persecução Penal brasileiro **37**
1.8 Considerações relevantes **41**

CAPÍTULO II
PROCESSO PENAL DE EMERGÊNCIA **44**
2.1 Abordagem Etimológica **44**
2.2 Histórico e Conceito de Emergência **44**
2.3 Justificativas e conseqüências do Processo de Emergência **48**
2.4 Emergência X Garantismo **49**
2.5 Direito Comparado **60**
2.6 O Processo de Emergência no Direito Brasileiro **64**
2.7 Considerações relevantes **67**

CAPÍTULO III
CAUTELARIDADE E PROCESSO PENAL **71**
3.1 Noções Gerais **71**
3.2 Teoria Geral do Processo **71**
3.3 Teoria Geral da Medida Cautelar **76**
3.4 Objeto da Medida Cautelar no Processo Penal **85**
3.5 Característica da Medida Cautelar no Processo Penal **86**
3.6 Tempo, Cautelar e Processo **89**
3.7 Espécies de Medidas Cautelares no Processo Penal **98**
3.8 Medidas Cautelares no Direito Comparado **111**
3.9 Contramedidas de segurança **114**
3.10 Reformas processuais criminais em matéria de medidas cautelares: perspectiva brasileira e legislação alienígena **116**
3.11 Considerações relevantes **123**

CAPÍTULO IV
HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA 129
4.1 Teorias sobre a natureza jurídica do processo 129
4.2 Teoria Estruturalista 131
4.3 Teoria do Discurso 133
4.4 Processo Constitucional 136
4.5 Jurisdição Constitucional 139
4.6 Principiologia 142
4.6.1 *Devido Processo Legal* 143
4.6.2 *Contraditório e Ampla Defesa* 144
4.6.3 *Inafastabilidade da prestação da tutela jurisdicional* 146
4.6.4 *Motivação das decisões judiciais* 147
4.6.5 *Direito à prova e seu ônus no Direito Processual Penal* 149
4.6.6 *Direito à não auto-incriminação e ao silêncio* 150
4.6.7 *Duplo grau de jurisdição* 150
4.6.8 *Presunção de inocência* 151
4.6.9 *Proporcionalidade* 153
4.6.10 Crítica à suposta colisão entre os direitos fundamentais e entre os princípios constitucionais institutivos do processo 160
4.7 Considerações relevantes 168

CAPÍTULO V
TÉCNICA NORMATIVA ESTRUTURAL DAS DECISÕES JURISDICIONAIS CRIMINAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO 175
5.1 Técnica normativa 175
5.2 Estrutura das decisões jurisdicionais criminais 176
5.3 Crítica a formação das decisões jurisdicionais criminais: por uma superação da teoria instrumentalista do processo 178
5.4 Responsabilidade civil por abuso na executoriedade de medidas cautelares criminais 190
5.5 Considerações relevantes 200

CONCLUSÃO 202

REFERÊNCIAS 205

ANEXOS 228

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa[1] tem por objetivo compor e analisar as medidas cautelares de polícia e judiciais, na Teoria Geral do Processo, partindo-se da técnica normativa estrutural das decisões jurisdicionais criminais no Estado Democrático de Direito e, como parâmetro, o processo e a jurisdição constitucionais, além de princípios orientadores e fundamentais ao estudo, tais como: devido processo legal, contraditório, ampla defesa, inafastabilidade da prestação da tutela jurisdicional, motivação das decisões judiciais, direito à prova e seu ônus no direito processual penal, direito à não auto-incriminação e ao silêncio, duplo grau de jurisdição, presunção de inocência e proporcionalidade.

Outra abordagem ainda necessária para melhor compreensão do assunto proposto, trata-se do entendimento sobre a função jurisdicional e os sistemas de persecução penal, principalmente em tempos de crise, o processo penal de emergência e o garantismo.

Importante ressaltar ainda que o presente estudo tem como marco o processo constitucional, a teoria estruturalista e o Estado Democrático de Direito, também influenciadores da técnica normativa estrutural das decisões jurisdicionais criminais.

O presente estudo buscará alternativas mais eficientes erigidas sob o enfoque dado à problemática proposta, agora, visto sob o âmbito de uma Teoria Geral do Processo, vez que as medidas cautelares no processo penal brasileiro

---

[1] Baseada no *Projeto* e *Linha de Pesquisa* desenvolvidos no Programa de Pós-graduação em Direito Processual da PUC-Minas, depositados na CAPES (Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior), tendo como ano início 2005 e ano base 2006. *Linha de Pesquisa*: "O processo na construção do Estado Democrático de Direito". *Projeto de Pesquisa*: "Evolução Científica dos direitos e garantias no Estado Democrático de Direito". *Área de Concentração*: "Direito Processual". *Descrição*: "O presente projeto se insere na linha de pesquisa do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas, denominada 'A construção do processo no Estado Democrático de Direito' a partir da definição de seu marco teórico, já que se pretende um estudo das propostas de reforma da codificação a partir de compreensão democrática do processo, que garante aos afetados a participação na construção do provimento (Cf. FAZZALARI, 1992), os quais defendem a existência de uma teoria geral do processo fundada em uma 'base principiológica uníssona' (PELLEGRINI, 2005, p. 7), no respeito aos princípios institutivos do processo (Cf. LEAL, 2005). A proposta de estudo apresentada é uma conseqüência das pesquisas do corpo docente da referida linha, que já vem analisando temas da teoria geral do processo, do processo civil, do processo penal, coletivo, legislativo e administrativo, a partir da compreensão do processo como garantia constitucionalizada e uma crítica a uma visão meramente instrumentalista do processo." (Disponível em: <http://servicos.capes.gov.br/arquivos/avaliacao/estudos/dados1/2006/32008015/026/2006_026_32008015005P7_ProjPesq.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2007, p. 16).

foram abordadas, até então, de maneira fracionada pela doutrina, em que pese a clássica obra de Romeu Pires de Campos Barros[2] (1982) intitulada “Processo Penal Cautelar”, além de superficial o estágio em que se encontram os escritos respeitantes sobre o assunto, após o advento da nova ordem constitucional.

Portanto, tomar-se-á como base a teoria estruturalista, idealizada por Elio Fazzalari, e entre nós difundida por Aroldo Plínio Gonçalves, conjugando-a filosoficamente com a teoria do discurso de Jürgen Habermas, e adequando-a com o enfoque constitucionalista do processo, para tanto prestigiando os princípios constitucionais do processo, bem como, os direitos fundamentais e garantias constitucionais decorrentes do Estado Democrático de Direito.

O debate teórico se instala quando na vigente ordem jurídica constitucional há o desrespeito corrente aos princípios constitucionais na aplicação das medidas cautelares de polícia e nas judiciais, principalmente quanto à técnica normativa estrutural das decisões jurisdicionais, com estabelecimento de procedimento inadequado, bem como afetando diretamente os interessados na solução do inquérito e ação criminal.

Nesse contexto, questiona-se a compreensão dos termos “medida cautelar judicial e de polícia”, “processo e jurisdição constitucionais”, “princípios constitucionais do processo penal”, “Estado Democrático de Direito”, “técnica normativa” e “estrutura das decisões jurisdicionais” no sistema brasileiro, para fins de verificação sobre a adequabilidade à ordem jurídica constitucional, e ainda, até que ponto os jurisdicionados estariam sujeitos a interpretação das autoridades judiciária e policial na amplitude dos referidos institutos.[3]

Uso de algemas, condução em chiqueirinho de camburões, escutas telefônicas sem autorização judicial, busca e apreensão sem mandados, prisões temporárias, prisões preventivas fundamentadas exclusivamente na boa e velha “ordem pública”.

Quem não se lembra da prisão no Pará de uma jovem de quinze anos, em uma cela com trinta homens por vinte dias, com o conhecimento da delegada e da

---

[2] BARROS. **Processo Penal Cautelar**, p. 1.

[3] Cf. FERNANDES. **Processo Penal Constitucional**, p. 298-299. O autor Antonio Scarance Fernandes denominou sua obra como “Processo Penal Constitucional”. Preferiu-se, entretanto, na presente pesquisa científica a expressão “Processo Constitucional Penal”, visto que os preceituados Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional antecedem ao Processo Penal, em atendimento ao Estado Democrático de Direito.

juíza. Em abril de 2008 o caso Isabela Nardoni parou o país; foi deferida a prisão temporária e posteriormente a preventiva, com base na ordem pública, do pai e da madrastra, pelo suposto homicídio com a esganadura e arremesso da criança pela janela do apartamento. Que ordem pública? Credibilidade do Judiciário frente a opinião pública? Materialidade e indícios de autoria não são suficientes para a prisão. O caso é grave? Sim, mas não há justificar a prisão cautelar durante o inquérito policial e a instrução criminal. Os acusados são primários e com bons antecedentes, tem residência e trabalho fixos, apresentaram-se aos chamados policiais e judiciais, não há risco de fuga, adulteração de provas ou intimidação de testemunhas. Salvo melhor juízo, não há motivo para a prisão, sem pretender aqui qualquer defesa dos acusados.

Em maio de 2008, um professor de Santa Catarina, ao participar de uma banca de defesa de dissertação na PUC-MINAS, afirmou com todas as letras que estava sob escuta telefônica da polícia, sem autorização judicial. E ele é juiz naquele Estado. Isso não o surpreendeu pelo número de casos de escutas telefônicas que uma investigação da própria polícia identificou.

Também já vivi situação inusitada. Junto a minha esposa fomos parados por uma blitz policial. Enquanto conversava com o policial, olhei para o outro lado e minha esposa já estava sendo revistada por uma policial. Questionei os motivos da revista e da blitz e até hoje não obtive resposta.

Diante de tantas reiteradas arbitrariedades agusou-me buscar as causas do problema e possíveis soluções.

Buscar-se-á trazer, então, os entendimentos sobre a questão, ressaltando os pontos positivos e negativos de cada posicionamento, a partir do modelo de Estado Democrático de Direito, trazido pela Constituição brasileira de 1988.

Conforme visto, trata-se de tema com importância teórico-acadêmico-científica e prática, uma vez que influencia diretamente no entendimento do modelo constitucional do processo, expressão italiana, mas com perfeita aplicação ao sistema brasileiro de processo, e um detalhe, aparentemente simples (respeito aos princípios constitucionais e infraconstitucionais), pode tomar relevância na manutenção da decisão jurisdicional, objeto da presente pesquisa.

Assim, a problemática teórica é delimitada na presente produção científica no momento em que se questiona a compatibilidade de tal prática no processo penal

brasileiro com o devido processo constitucional e demais princípios gerais orientadores da ciência processual.

CAPÍTULO I
INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO PROCESSO PENAL

1.1 Considerações iniciais

No processo penal, como nos demais ramos do Direito, as concepções de Poder e de Estado são fundamentais para a compreensão da evolução da ciência, reflexões que foram amplamente difundidas a partir do Estado de Direito Liberal, antes censuradas pela confusão que se estabelecia entre os dois institutos (Poder e Estado).

Assim, adequadas ao objetivo principal da presente pesquisa, destaque para as ponderações de Sílvio César Arouck Gemaque

> O estudo [das medidas cautelares criminais de polícia e judiciais, em especial] da prisão cautelar é um tema que permite visualizar com grande clareza a influência do choque entre a liberdade e o poder estatal de aplicar penas, na medida em que o exercício do poder de impor restrições ao direito de liberdade, no caso cautelar, configura um dos exemplos clássicos de exercício do poder do Estado. Conforme o grau de desenvolvimento cultural e político de determinado povo, mais seguros e bem delineados serão os mecanismos de exercício do poder estatal de utilização das prisões cautelares. (...) Assim se dá, na medida em que atualmente, diante da crescente criminalidade e do medo da sociedade moderna diante disso, existe um crescente clamor, incentivado e incrementado pela mídia, no sentido de recrudescer as medidas cautelares, aplicando-as como antecipação da pena definitiva, para fazer frente à crescente criminalidade. É preciso, pois, estabelecer parâmetros para a aplicação das leis, limites além dos quais não é possível passar, sob pena de o processo penal e as [medidas cautelares criminais de polícia e judiciais, em especial as] prisões cautelares transformarem-se em instrumento puro de repressão, e não também de preservação dos direitos individuais das pessoas.[4]

Inicialmente há que se ter atenção às reflexões científicas[5] sobre a doutrina do Estado e de Poder, para se chegar às concepções de funções do Estado, ponto importante do presente estudo.

---

[4] GEMAQUE. **Dignidade da pessoa humana e prisão cautelar**, p. 55 e 57.
[5] Cf. BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**, p. 61-118.

1.2 Poder e Estado de Direito

O processo penal moderno tem suas bases no Estado Democrático de Direito, vez que visa à indispensável compreensão sobre os direitos e garantias definidos no ordenamento jurídico, fundamentais à proteção da sociedade e da liberdade substancial e processual[6] do argüido e da sua dignidade como pessoa[7], bem como o cuidado vigilante que o Direito Constitucional e a própria Constituição dedicam a um setor tão delicado das relações entre o poder, o Estado e o Cidadão.

Assim, o Estado se estabelece como instituto fundamental ao Direito Público e ao Direito Constitucional, conforme doutrina de José Alfredo de Oliveira Baracho[8] (a partir de estudos em Carré de Malberg[9]), concluindo que as instituições políticas são baseadas no poder político e no Estado, e este último (Estado), nas idéias de poder e direito.

A conceituação de poder, na concepção de Baracho[10], muito embora com diversificadas formas e características, é tema central das teorias do Estado e do Direito, visto que influi na ordem jurídica quando exercitado.

Para Karl Loewenstein[11] o poder apresenta-se como relação sociopsicológica, baseada no efeito recíproco das ações daqueles que o detêm e exercem e das ações de seus destinatários, ou seja aqueles perante os quais o poder é exercido. Já o poder político é o exercício de um efetivo controle social por parte daqueles que o detêm na sociedade estatal, e, o controle social é caracterizado pela função de se tomar determinada decisão e a capacidade que os detentores do poder têm de obrigar o cumprimento pelos destinatários deste mesmo poder.

Karl Loewenstein [12] desenvolveu seu estudo a partir de concepções preliminares do que chamou na sua obra (Teoria da Constituição) de “anatomia do processo do poder político”, considerando o amor, a fé e o poder como a “enigmática tríade” que são estímulos fundamentais que marcam de forma acentuada a vida do ser humano na sociedade, aqui considerada um sistema de relações de poder, de

---

6 Cf. PRADO. **Bem jurídico-penal e constituição**, p. 70.
7 Cf. BETTIOL. **Instituições de direito e processo penal**, p. 194.
8 Cf. BARACHO. **Regimes Políticos**, p. 119 e 137.
9 Cf. CARRÉ DE MALBERG. **Teoría general del Estado**.
10 Cf. BARACHO. Teoria geral do Poder Constituinte. **Revista de Informação Legislativa**, v.19, p.33.
11 Cf. LOEWENSTEIN. **Teoría de la Constitución**, p. 23.
12 Cf. LOEWENSTEIN. **Teoría de la Constitución**, p. 24-27.

caráter variado, por que fundados no poder político, social, econômico, religioso, moral ou cultural.

Vale ensinamentos de Kildare Gonçalves Carvalho:

> nada obstante a importância da Teoria da Constituição, Estado e Constituição revezam-se como conceitos-chave do Direito Público. É que sem entender o Estado não há como entender a Constituição. E a Constituição deve ser entendida não apenas como norma, mas também como estatuto político, para o que há de se reportar ao Estado, cuja existência concreta é pressuposto de sua existência.[13]

Assim, a concepção de poder[14], tem importância no contexto sóciopolítico, considerado como a infra-estrutura das instituições sociais e políticas, na busca do equilíbrio harmonioso entre o exercício do poder político, na preservação da ordem e da autoridade, garantidoras da liberdade dos destinatários desse mesmo poder através do Direito Político (apoiado na Ciência Política), que estabelecem limites ao exercício do poder pelo Estado, nas suas relações com a sociedade, assegurando, com base nos princípios e regras do Direito Constitucional, direitos e liberdades fundamentais do ser humano, em detrimento do poder de forma degenerada, arbitrária ou abusiva.

Jellinek[15] classificou o Estado sob o aspecto social e jurídico, sendo o primeiro nas relações de vontade de uma variedade de pessoas[16], vivendo e permanecendo em um território[17]; e o segundo sob o ponto de vista da auto limitação jurídica, através das normas do direito com sujeitos de direitos e de deveres[18].

Assim, tem-se o Estado como corporação jurídica através de uma relação de individualidade coletiva com ordem jurídica estabelecida, que serve às instituições e funções do Estado.

Hans Kelsen[19] considerava o poder como a medula substancial do Estado, enquanto que Georges Burdeau[20] concebe o Estado como forma de poder, como espécie de organização social, e ainda, como o instrumento de realização da idéia

---

[13] CARVALHO. **Direito Constitucional**, p. 8.
[14] Cf. BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**, p. 62-63.
[15] Cf. JELLINEK. **Teoría general del Estado**, p. 166 e 168.
[16] Composta por pessoas que mandam e outras que obedecem.
[17] "O Estado é a unidade de associação dotada originariamente de poder de dominação e formada por homens assentados em um território" (JELLINEK. **Teoría general del Estado**, p. 166).
[18] "A corporação formada por um povo, dotada de um poder de mando originário e assentada em um determinado território" (JELLINEK. **Teoría general del Estado**, p. 168).
[19] Cf. KELSEN. **Teoria general del Estado**, p. 125.
[20] Cf. BURDEAU. **Droit Constitutionnel et Institutions Politiques**, p. 35-36.

de direito, e o poder fundado na idéia de direito e de ordenamento jurídico positivo que rege a vida das pessoas em sociedade.

O Estado, para Canotilho[21], é "uma forma histórica de organização jurídica do poder dotada de qualidades", principalmente "a qualidade de poder soberano, que tem como destinatários os cidadãos nacionais". Completando referido raciocínio, o autor Jorge Miranda[22] classifica o poder como a mais marcante das manifestações, sendo visto como qualidade (atributo), bem como pela condição de existência do Estado.

A definição de Luiz Regis Prado [23] sobre o Estado perpassa pela compreensão do ordenamento jurídico positivo, que confere estrutura e conteúdo à comunidade social, garantia dos direitos individuais, das liberdades públicas, da legalidade e da igualdade, mediante organização policêntrica do poder público e a tutela judicial dos direitos dos indivíduos (cidadãos), base fundante da legitimidade democrática.

Marcello Caetano[24], por sua vez, afirma que a sociedade política tem sua formação e organização no momento em que se institui o poder político, a partir do que define poder como "a possibilidade de eficazmente impor aos outros o respeito da própria conduta ou de traçar a conduta alheia" e tal poder se consolida "sempre que alguém tem a possibilidade de fazer acatar pelos outros a sua própria vontade, afastando qualquer resistência exterior àquilo que quer fazer ou obrigando os outros a fazer o que ele queira".

Já Mário Lúcio Quintão Soares[25] considera o Estado como grupo territorial de dominação, a partir da concepção do poder da organização estatal pela espécie de coação que envolve seu exercício e pela relação de dominação com o território, gerando obrigações para todos os habitantes, mesmo aqueles que não sejam considerados juridicamente membros da organização estatal.

Baracho[26] afirma, a partir de seus estudos em Maurice Duverger[27], que o direito é um dos instrumentos essenciais do poder, que é exercido pelo Estado através das constituições, dos códigos, das leis, dos regulamentos, das decisões

---

[21] Cf. CANOTILHO. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 85-86.
[22] Cf. MIRANDA. **Manual de Direito Constitucional**, t. III, p. 169.
[23] Cf. PRADO. **Bem jurídico-penal e constituição**, p. 71.
[24] Cf. CAETANO. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**, t. I, p. 5-8.
[25] Cf. QUINTÃO SOARES. **Teoria do Estado**, p. 49.
[26] Cf. BARACHO. **Regimes Políticos**, p. 134-137.
[27] Cf. DUVERGER. **Instituciones Politicas y Derecho Constitucional**.

administrativas e judiciais e dos pronunciamentos dos tribunais, procedimentos fundamentais baseados na coação e na legitimidade. Completa ainda seu posicionamento dizendo que o ponto comum das análises políticas é o relacionamento dos fenômenos políticos com o poder, constatação vinculada à organização e ao exercício do poder em sociedade, ou ainda, na idéia de poder pela divisão de grupos sociais dos que mandam e dos que obedecem.

1.3 Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático de Direito não representa simplesmente o resultado dos elementos constitutivos do Estado de Direito e do Estado Democrático, mas uma evolução histórica que atravessou os estágios do Estado de Polícia, do Estado liberal e do Estado social, com a superação de grande parte das contradições e das deficiências dos sistemas anteriores, até atingir o modelo[28] contemporâneo que inspira várias das atuais Constituições estrangeiras, além da brasileira de 1988.[29]

O Estado de Polícia, vigorante na idade média[30], era caracterizado pela irresponsabilidade política, em que a lei era confundida com preceitos religiosos e o Estado absolutista criava normas, mas não se submetia a elas, sendo as mesmas reservadas aos indivíduos comuns, submetidos ao autoritarismo, valor fundamental da sociedade.[31]

Nos pilares do Iluminismo e da idade moderna, surge o Estado liberal, com o ideal da democracia no plano político e o *laissez-faire* no plano econômico, com destaque para o advento do princípio da legalidade, da razão e da proteção do indivíduo e da propriedade privada. Os Estados passaram a se organizar e estruturar por meio de constituições formais, movimento denominado constitucionalismo.[32]

---

[28] Em que pese não ser perfeito, por não dar resposta para todos os problemas sociais dos sistemas em que é adotado.

[29] Cf. CALABRICH. **Investigação Criminal pelo Ministério Público**: fundamentos e limites constitucionais., p. 45.

[30] Mas ainda hoje encontrado nos Estados islâmicos, em que vigora a máxima de que a comunidade muçulmana recebeu o mandato de Deus, fonte de revelação e inspiração para o legislador muçulmano, para ordenar o bem e proibir o mal.

[31] Cf. SIQUEIRA JÚNIOR; OLIVEIRA. **Direitos Humanos e Cidadania**, p. 120. Verificar também em TAVARES. O direito nas sociedades primitivas: algumas considerações. **Revista Eletrônica Virtuajus**, 2003.

[32] Cf. SIQUEIRA JÚNIOR; OLIVEIRA. **Direitos Humanos e Cidadania**, p. 120-121.

O Estado liberal tinha por característica a mínima intervenção na esfera privada do indivíduo, nas relações familiares, contratuais e negociais, ou seja, a adoção da máxima de "o que não é proibido por lei é permitido".[33]

As evoluções concebidas no Estado liberal, quais sejam, a supremacia da constituição, a estipulação de funções estatais, a declaração e garantia dos direitos individuais e o respeito ao princípio da legalidade, não foram suficientes para evitar crises, a principal pelo acumulo de capitais e de propriedade em mãos de poucos, além da incapacidade de resposta às demandas sociais e a necessidade real sobre os direitos e liberdades para todos, ocasionou a ruptura com o Estado liberal (caracterizado por cidadão-proprietário e marcado pela idéia de limitação ao poder) e a adoção do Estado social[34] (caracterizado por cidadão-cliente do Estado e pela participação no poder).[35]

O Estado social, também conhecido como Estado administrador, com predomínio da administração sobre a política e da técnica sobre a ideologia, assumiu a função de agente conformador da realidade social para atendimento de uma sociedade de massas com conflitos sociais, e buscou socialmente integrar e reduzir as desigualdades e propiciar condições materiais para emancipação do indivíduo[36], além da consecução do bem-estar social geral.[37]

A sociedade de massas é prestigiada pela promulgação de Constituições sociais, como a Constituição de Weimar (alemã), a Constituição mexicana, a organização de regimes fascistas e nazistas e a adoção do comunismo na ex-União Soviética, com o surgimento dos direitos constitucionais[38] de segunda geração.[39]

---

[33] Cf. BARROS. **A participação da vítima no processo penal**, p. 24.

[34] Para Flavia D'Urso o Estado social representou uma transformação estrutural no antigo Estado liberal (D'URSO. **Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal**, p. 7).

[35] Cf. LAGES. **A inadequação do processo objetivo à luz do modelo constitucional do processo brasileiro**, p. 25.

[36] Para Marcelo Cattoni de Oliveira a sociedade foi dividida em duas esferas (sociedade civil e sociedade política), pelo que "em linhas gerais, a imagem de sociedade implícita ao paradigma liberal de Direito e de Estado é caracterizada pela divisão em sociedade civil e sociedade política, representados, respectivamente, pela esfera privada, ou seja, vida individual, família e mercado (trabalho e empresa capitalista), e esfera pública, cidadania política, representação política e negócios de Estado." (CATTONI DE OLIVEIRA. **Direito constitucional**, p. 55).

[37] Cf. QUINTÃO SOARES. **Direitos fundamentais e direito comunitário**: por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas comunitárias, p. 93.

[38] Conforme Menelick de Carvalho Netto "não se trata apenas do acréscimo dos chamados direitos de segunda geração (os direitos coletivos e sociais, mas inclusive da redefinição dos de primeira (os individuais); a liberdade não mais pode ser considerada como o direito de se fazer tudo o que não seja proibido por um mínimo de leis, mas agora pressupõe precisamente toda uma plêiade de leis sociais e coletivas que possibilitem, no mínimo, o reconhecimento das diferenças materiais e o tratamento privilegiado do lado social ou economicamente mais fraco da relação ou seja, a internalização na legislação de uma igualdade não mais apenas formal, mas tendencialmente

Os direitos fundamentais deixam de ser casuísticos e emergem-se como valores essenciais[40] do sistema jurídico-político, condicionantes do método de sua interpretação, passando de meros direitos de defesa ante o Estado para transformarem-se em direito de participação do cidadão e de prestações do Estado.[41]

Entretanto, com a falência dos regimes totalitários do leste europeu, desmistificando o socialismo burocrático, o Estado social não ficou imune às crises, vez que o discurso assistencialista não conseguia encobrir a insuficiência de recursos do Estado para atender todas as demandas sociais e econômicas da complexa sociedade moderna, o que ensejou releitura dos postulados adotados.

A superação do Estado social foi objeto de comentários de José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior[42], sendo que

> este paradigma foi superado em razão da incapacidade de ver o caráter privado essencial à própria dimensão pública, enquanto *locus* privilegiado da construção e reconstrução das estruturas de personalidade, das identidades sociais e das formas de vida. É precisamente esse aspecto da dimensão pública que deve agasalhar necessariamente o pluralismo social e político, constituindo-se em condições *sine qua non* de uma cidadania ativa e efetiva, que se reconstrói quotidianamente na ampliação dos direitos fundamentais à luz da Constituição, vista como um processo permanente. Exatamente a redução do público ao estatal conduziu aos excessos perpetrado pelo Estado Social e sua doutrina.

Em crítica ao Estado social, Mário Lúcio Quintão Soares[43] afirma que

> resta, portanto, construir a utopia do socialismo democrático, como nova vertente da ideologia socialista, aperfeiçoando as instituições do Estado

---

material." (CARVALHO NETTO. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Comparado**, v. 3, p. 480).

[39] Cf. BONAVIDES. **Curso de direito constitucional**, p. 525.

[40] Em recente texto publicado no site do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, Humberto Theodoro Júnior afirma que "em vez de assegurar um resultado legal (compatível com a norma aplicada ao caso), o processo foi incumbido de proporcionar um resultado justo (mais do que apenas legal). E a garantia constitucional de tutela jurisdicional passou a ser não mais a do devido processo legal, mas a do processo justo. (...) Dúvida não há, de tal sorte, que nossa Constituição assenta o Estado Democrático de Direito brasileiro sobre o valor supremo e fundamental da justiça. Desse modo a concepção da garantia de devido processo legal, expressa em seu art. 5º, n. LIV, não pode ter outro sentido senão o de um processo justo." (A grande função do processo no Estado Democrático de Direito. **Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais**, 2007), sendo o mítico termo "justiça" entendido, contemporaneamente, como "um conjunto de princípios, gerais na sua formulação e de aplicação universal, que deve ser publicamente reconhecido como instância suprema nas questões de ordenação das exigências conflituosas de sujeitos." (RAWLS. **A theory of justice**, p. 135). No mesmo sentido: MOURA. **Justa causa para a ação penal**: doutrina e jurisprudência, p. 96.

[41] Cf. QUINTÃO SOARES. **Direitos fundamentais e direito comunitário**: por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas comunitárias, p. 101.

[42] BARACHO JÚNIOR. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**, p. 167.

[43] **Direitos fundamentais e direito comunitário**: por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas comunitárias, p. 110 e 111.

> democrático de direito através da concretização dos direitos fundamentais da pessoa humana, da democratização dos meios de produção, do pluralismo democrático, do diálogo permanente em todas as esferas de poder e da diluição dos postulados marxistas básicos (materialismo histórico, luta de classes, ditadura do proletariado e extinção do Estado).

e, adentrando no conceito de Estado Democrático de Direito afirma que

> exige redefinição dos princípios do Estado democrático e do Estado de direito, em seus modelos clássicos. Os paradigmas tradicionais devem ser superados pelas novas exigências de transformações sociais e a concretização das premissas de justiça social, conforme os parâmetros constitucionais. Não obstante algumas similitudes conceituais entre os Estados social e democrático, a diferença pertinente aos limites desses Estados, em termos de direitos fundamentais, reside em sua forma e natureza. No Estado social pressupõe-se a crença de que a arbitrariedade ou abuso dos direitos fundamentais podem ser evitados mediante o aumento do poder político do Estado para melhor controle das relações baseadas nestes direitos. No Estado democrático de direito há o pressuposto de que as causas destes abusos situam-se nas desigualdades sociais geradas pelas condições econômicas, políticas e sociais. Uma política eficaz para evitar estas arbitrariedades exige transformações econômicas, políticas e sociais, através da participação dos cidadãos nos centros de poder e fortalecimento das instituições democráticas.

Têm-se, na seqüência, os primeiros postulados do Estado Democrático de Direito, com os denominados direitos de terceira geração, aqui compreendidos como os direitos e interesses difusos, o direito ao meio ambiente equilibrado e os direitos do consumidor, com destaque para a organização da sociedade civil que passa a participar dos debates envolvendo a coisa pública, questionando e fiscalizando o Estado sobre os problemas sociais[44] e seus interesses fundamentais.[45]

---

[44] Destaque para comentários de Giovani Clark ao apontar equívocos na interpretação dada à Constituição de 1988: "a nossa Constituição Econômica de 1988 adotou uma ideologia constitucional neoliberal, ou seja, a economia de mercado; mas os seus pressupostos priorizam o capital nacional e sujeitam aquela à intervenção direta e indireta do Estado, no intuito de buscar os seus fins (art. 170, caput, da CF) e os objetivos fundamentais da República (art. 3º, CF). Todavia, ela é, maldosamente, permeada de normas programáticas, ainda não implementadas, propositalmente, pelo legislador ordinário, dilatando assim a exclusão social através da ineficácia dos direitos econômicos, culturais e sociais inscritos em nossa Carta Constitucional — impossíveis sem a efetivação daquelas —, que se torna um mito a serviço da dominação social dos 'donos do poder'. (...) Infelizmente, essa Constituição Econômica também vem sendo mudada em sua versão originária, a gosto dos donos do poder político e econômico. Tudo para a retomada da fase moderna do pacto colonial, a 'globalização', que mantém a dominação das nações desenvolvidas sobre as subdesenvolvidas e aumenta os lucros do poder econômico privado internacional. (...) A ideologia constitucionalmente adotada não pode ser alterada sequer parcialmente, por constituir limites implícitos do Texto Constitucional. O constituinte derivado não tem poderes nem autorização para modificá-la, já que é uma opção política para a Carta Magna advinda de quem tinha mandato popular específico para tal escolha. O termo ideologia não é usado aqui de forma pejorativa, mas como um conjunto de princípios constitucionais estabelecidos para as relações sociais, políticas e econômicas. (...) Outrossim, a ideologia constitucionalmente adotada é um dos limites implícitos da Carta Magna de 1988, já que garante a consagração efetiva dos direitos e garantias individuais — ponto intocável do Texto Fundamental — a serem efetivados pelo nosso Estado federal. Anotamos, ainda, que a ideologia constitucionalmente adotada é um instrumento

Em pesquisa doutrinária sobre o assunto, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias[46] indica que o Estado de Direito, em oposição ao autoritarismo do Estado de Polícia (*Obrigkeitsstaat* ou *Polizeistaat*) [47] , provem da expressão germânica (*Rechtsstaat*), resultante das palavras *Recht* (Direito) e *Staat* (Estado), também definido como Estado da razão ou Estado do entendimento, revelando, na primeira metade do século XIX, teoria criada e desenvolvida por juristas alemães sobre o Estado, com destaque para Robert Von Mohl, em sua obra "A ciência policial segundo os princípios do Estado de Direito" (1832 e 1834).

O Estado de Direito teve suas bases na vontade racional geral e na preservação da vida em comum e da liberdade das pessoas, além da segurança na administração da justiça (exercício da função jurisdicional), o atendimento às normas legais e a representação do povo junto à atividade legislativa do Estado, assegurando as três funções (legislativa, executiva e judiciária).[48]

Para Carré de Malberg,[49] o Estado de Direito deve assegurar o exercício do poder pelo Estado em relação aos indivíduos, e destes, perante os órgãos jurisdicionais, para anulação ou revogação de atos estatais descumpridores do texto legal, entendimento também exteriorizado por Simone Goyard-Fabre,[50] ao reafirmar a inalienabilidade dos direitos fundamentais reconhecidos ao indivíduo, o que, para Hans Kelsen, [51] representava a jurisdição e a administração vinculadas às leis, normas gerais provenientes de um parlamento eleito pelo povo, responsabilização

---

essencial para alcançarmos os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil." (CLARK. O município em face do direito econômico, p. 108-111). Verificar também: CLARK. **A proteção do consumidor e o direito econômico**, 1994, p. 79. CLARK. O direito ao consumo nas ideologias constitucionais adotadas. **Revista Jurídica Mineira**, 1995, p. 16. CLARK. O genocídio econômico. **Revista do Tribunal Regional da 1ª Região**, 2004, p. 45. CLARK. **O Brasil que queremos**, 2006, p. 239-248.

[45] Cf. BARROS. **A participação da vítima no processo penal**, p. 27.

[46] Cf. BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**, p. 93-94.

[47] Também conhecido como Estado Providência ou Estado Iluminista, caracterizado pelo monarca e súditos.

[48] Cf. CARRÉ DE MALBERG. **Teoría general del Estado**, p. 449. GOYARD-FABRE. **Les pincipes philosophiques du droit politique moderne**, p. 253-254. BÖCKENFÖRDE. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**, p. 18-19. STEIN. **Derecho politico**, p. 101. CANOTILHO. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 87 e 92-93. BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**, p. 93-94.

[49] Cf. CARRÉ DE MALBERG. **Teoría general del Estado**, p. 452-453.

[50] Cf. GOYARD-FABRE. **Les pincipes philosophiques du droit politique moderne**, p. 261.

[51] Cf. KELSEN. **Teoria pura do direito**, p. 416-417.

pelos atos dos membros do governo, a independência dos tribunais e as liberdades fundamentais aos cidadãos.[52]

Karl Larenz[53] (século XX) identificou o Estado de Direito como princípio, regulador de outros subprincípios: a legalidade da Administração Pública, a vinculação do legislador a direitos fundamentais do povo, a independência dos órgãos jurisdicionais, o acesso à jurisdição (impropriamente identificada como acesso à justiça), a proibição de intromissões arbitrárias no status jurídico do indivíduo e a proibição da retroatividade das leis desvantajosas, despontando o Estado constitucionalmente estruturado em que, na lavra de Simone Goyard-Fabre[54], a Constituição tornou-se *l'écriture nécessaire du Pouvoir* (a escritura necessária do Poder).

Jürgen Habermas[55] propõe uma reflexão procedimental acerca dos aspectos de legitimidade, certeza e segurança jurídicas e sobre a racionalidade do Direito.[56]

As bases do Estado Democrático de Direito, no pensamento alemão pós-guerra, realçada e difundida no Brasil pelas obras de Habermas[57], formatam-se em estruturas democráticas, ou ainda, na aliança entre o Estado de Direito e uma ordem democrática legitima; surgindo esta última, da vontade racional dos cidadãos, membros iguais e livres de uma associação estabelecida, no sentido de aferrar um procedimento de normatização legítimo do direito.

Brêtas de Carvalho Dias destaca na doutrina alemã, por obra de Böckenförde, a idéia fundamental da democracia[58]:

> exame da doutrina alemã, em escólio aos conteúdos dos princípios da democracia e do Estado de Direito, fortalece a conclusão de que ambos atuam simultaneamente na moderna estruturação jurídico-constitucional do Estado. Nesta direção, ditos princípios mantêm relação ora marcada por traços que se distinguem, ora caracterizada por vetores que lhes são comuns. A idéia fundamental de democracia, como dito, está relacionada à fonte de legitimação do poder, que é o povo, dele emanando o exercício do poder pelo Estado, motivo pelo qual, somente assim, pode ser considerado poder de direito. Em razão disso, o povo elege seus representantes, cujos trabalhos legislativos devem refletir o pensamento popular na construção dos conteúdos das normas de direito a serem observadas nas relações

[52] Cf. BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**, p. 97-98.
[53] Cf. LARENZ. **Metodologia da ciência do direito**, p. 676.
[54] Cf. GOYARD-FABRE. **Les pincipes philosophiques du droit politique moderne**, p. 78.
[55] Cf. HABERMAS. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade, p. 216.
[56] Cf. LEAL. **Teoria Processual da Decisão Judicial**, p. 73.
[57] Cf. HABERMAS. **Direito e Democracia**, p. 217.
[58] BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**, p. 103-104. BÖCKENFÖRDE. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**, p. 118-121.

> sociais e no exercício das funções e das diferentes atividades desenvolvidas pelos órgãos do Estado. Também ocorre que, a partir daí, os destinatários e atingidos pelos atos estatais são potencialmente todos aqueles que residem no território do Estado, ou seja, o povo, a comunidade política, integrada pelos governantes e governados. Para a doutrina alemã, é esse ciclo de atos de legitimação que aponta o lado democrático do Estado de Direito. Em face dessas considerações, o princípio democrático é considerado pela doutrina alemã um princípio configurador de caráter formal e orgânico. Por outro lado, a mesma doutrina tem o Estado de Direito como princípio de natureza material e procedimental, porque, em termos gerais: 1º) incide no modo de proceder da atividade estatal, limitando e vinculando o exercício do poder pelo Estado ao Direito, a fim de garantir as liberdades individuais; 2º) reconhece os direitos fundamentais das pessoas; 3º) institui o controle jurisdicional da legalidade dos atos da Administração Pública; 4º) concede proteção jurídica às pessoas por meio dos provimentos jurisdicionais gerados em contraditório nos processos. Embora sejam esses os traços básicos que diferenciam os dois princípios, há um campo em que ambos cobrem o mesmo conteúdo, quando se referem à liberdade dos indivíduos. Assim o é, porque a democracia proclama o respeito aos chamados direitos de liberdade democrática, quais sejam, liberdade de opinião, liberdade de imprensa, liberdade de informação e liberdade de reunião e de associação das pessoas. Esses direitos são também fim e conteúdo do Estado de Direito. Logo, para a doutrina alemã, os intitulados direitos de liberdade democrática seriam um vetor comum entre democracia e Estado de Direito, um nexo determinante de união entre os dois mencionados princípios.

Sobre a ordem jurídica, baseando-se na doutrina alemã, o autor acrescenta ainda que esta não pode ser legítima, se contrariar princípios morais. A moral — em que pese o seu conceito aberto, e suas variáveis em cada época e sistemas — ganha destaque como elemento fundamental do Estado Democrático de Direito que, em conjunto ao Direito, coexistirão de modo complementar e se compensarão na aplicação social.

Habermas, quando trata da formatação do Estado Democrático de Direito, faz o vínculo entre os direitos fundamentais, os direitos humanos e o princípio da soberania popular, sendo os dois últimos determinantes deste Estado

> (...) do princípio da proteção do direito e dos direitos fundamentais da justiça resultam todos os demais princípios para a especificação de tarefas, do modo de trabalho e a garantia do status de uma justiça independente, a qual deve aplicar o direito de tal maneira que estejam garantidas simultaneamente a segurança do direito e a aceitabilidade racional das decisões judiciais. [59]

No entanto, não há como desconsiderar os impasses apontados por Rosemiro Pereira Leal[60] quanto à falta da concepção processualizada no discurso de Habermas, vez que alerta sobre a ausência de um *medium* que, aplicado à

[59] HABERMAS. **Direito e Democracia**, p. 216.
[60] Cf. LEAL. **Teoria Processual da Decisão Judicial**, 2002.

vontade racional dos destinatários do próprio direito, deve ser concebido de modo soberano, tornando o direito válido e legítimo, ou seja, uma concepção de processualidade neo-institualizante, ou seja, a instituição constitucionalizada do Processo que viria a prover essa racionalidade inconclusa.

Brêtas de Carvalho Dias define o Estado Constitucional Democrático de Direito a partir dos princípios jurídicos da democracia e do Estado de Direito, com aplicação das normas do direito e estruturado por leis, principalmente a constitucional, protótipo baseado na fonte de legitimação do exercício do poder emanado do povo.[61]

A Constituição brasileira de 1988 (CR/88) elencou em suas normas jurídicas os princípios do Estado de Direito e do Estado Democrático, configurando o Estado Democrático de Direito,[62] objeto explicitado no preâmbulo e no art. 1° da CR/88.

> Constituição brasileira de 1988: *PREÂMBULO*. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais

---

[61] Brêtas de Carvalho Dias, ao tratar das locuções "paradigma" do Estado de Direito e "paradigma" do Estado Democrático de Direito, adotou a acepção moderna da palavra "paradigma", objeto de estudos de Thomas Kuhn (**A Estrutura das Revoluções Científicas**, p. 55, 219, 222 e 226-227) e Arthur José de Almeida-Diniz (**Novos Paradigmas em Direito Internacional Público**, p. 29), aquele rebatizando o conceito de sistema para paradigma, pelo que "paradigmas do Estado de Direito e do Estado Democrático de Direito devem ser compreendidos como sistemas jurídico-normativos consistentes, concebidos e estudados pela teoria do Estado e pela teoria constitucional, no sentido técnico de verdadeiros complexos de idéias, princípios e regras juridicamente coordenados, relacionados entre si por conexão lógico-formal, informadores da moderna concepção de Estado e reveladores das atuais tendências científicas observadas na sua caracterização e estruturação jurídico-constitucional." (BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**, p. 101). Para Canotilho desassociáveis o Estado de Direito ("o Estado limitado pelo direito e o poder político legitimado pelo povo") e o Estado Democrático ("o direito é o direito interno do Estado; o poder democrático é o poder do povo que reside no território do Estado ou pertence ao Estado"), ou seja, só existe o Estado de Direito democrático se presente o Estado Democrático de direito, sujeitos às regras jurídicas, principalmente as constitucionais. Como exemplo: art. 1°, parágrafo único da Constituição brasileira; arts. 3° e 10° da Constituição portuguesa; e art. 20 da Lei Fundamental de Bonn (Constituição da República Federal da Alemanha). Brêtas de Carvalho Dias define "povo" como a "a comunidade política do Estado, composta de pessoas livres, dotadas de direitos subjetivos umas em face de outras e perante o próprio Estado, fazendo parte do povo tanto os governados como os governantes, pois estes são provenientes do povo, sejam quais forem suas condições sociais, todos obedientes às mesmas normas jurídicas, sobretudo à Constituição, que é o estatuto maior do poder político." (**Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**, p. 102). Verificar ainda em Böckenförde (Cf. BÖCKENFÖRDE. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**, p. 118-121), também citado por Canotilho, quando afirma que "O princípio da soberania popular é, pois, uma das traves mestras do Estado constitucional. O poder político deriva do 'poder dos cidadãos'." (CANOTILHO. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 98).

[62] Sobre a questão, Marcelo Vicente de Alckmim Pimenta define que "consectário do princípio democrático é o próprio Estado Democrático de Direito, instituído pela Constituição Federal de 1988. O Estado Democrático de Direito significa a subordinação do Estado à lei e à Constituição, elaborada e promulgada livremente pelo povo." (**Teoria da Constituição**, p. 135).

> e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (...) *Art. 1º* A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

O Estado de Direito é representado pelo conjunto de normas jurídicas (princípios e regras) constitucionais garantidoras fundamentalmente da liberdade, igualdade perante a lei e segurança das pessoas e cidadãos, além de extenso rol de direitos, liberdades e garantias fundamentais (CR/88, arts. 5°, 6° e 93) entre eles o princípio da igualdade, o princípio da reserva legal e o direito à jurisdição pela garantia do devido processo constitucional, estruturado nos princípios do contraditório e da ampla defesa, com a indispensável presença do advogado (CR/88, art. 5°, incisos I, II, XXXV, LIV e LV, e art. 133); o princípio da separação das funções do Estado (CR/88, art. 2°); os princípios regentes da administração pública, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CR/88, art. 37, *caput*); o princípio da responsabilidade objetiva do Estado (CR/88, art. 37, §6º) e o direito de obter indenização do Estado pelos prejuízos sofridos em razão do erro judiciário ou do tempo que a pessoa ficar presa além dos parâmetros legais e fixado na sentença condenatória (CR/88, art. 5°, inciso LXXV); o princípio da independência dos magistrados, pelas garantias da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade de subsídio (CR/88, art. 95); o princípio da fundamentação das decisões emanadas dos órgãos jurisdicionais (CR/88, art. 93, incisos IX e X); o princípio da prestação adequada de serviços públicos pelo Estado (CR/88, art. 175, parágrafo único, inciso IV); o princípio da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais mantidas pelo Estado brasileiro (CR/88, art. 4°, inciso II); o princípio da incorporação no direito interno das normas internacionais de proteção aos direitos humanos contidas nos tratados internacionais dos quais o Estado brasileiro seja parte (CR/88, art. 5°, §2°); e, o princípio da vinculação dos

órgãos legislativos ao Estado de Direito (CR/88, art. 60, §4°, incisos III e IV) e à democracia (CR/88, art. 60, §4°, incisos I e II).[63]

O Estado Democrático baseia-se, por sua vez, na soberania e na vontade do povo (CR/88, art. 10, incisos I, II, parágrafo único; art. 14 e art. 60, §4°, inciso II), instrumentalizada pelo voto direto, secreto e igual para todos, além do plebiscito, do referendo, da iniciativa popular e do processo constitucional, através do direito de ação (ação popular), nos termos do art. 1°, parágrafo único, do art. 14, incisos I, II e III e do art. 5°, inciso LXXIII, todos da Constituição de 1988, próprios para anular atos lesivos ao patrimônio público e à moralidade administrativa.[64]

O Estado de Direito e o Estado Democrático representam um complexo de princípios conexos e normas jurídicas positivadas na Constituição, que se inter-relacionam de maneira técnica e harmoniosa, a fim de configurar o Estado Democrático de Direito, objetivo que lhe é explícito (art. 1°), ao tratar, exatamente, dos princípios fundamentais.[65]

Para Mário Lúcio Quintão Soares[66] o Estado Democrático de Direito

> é constitucionalmente caracterizado como forma de racionalização de estrutura estatal-constitucional. Para elaborar tal conceito, devem ser conjugados elementos formais e materiais exprimindo a profunda imbricação entre forma e conteúdo. Assim, são princípios concretizadores do Estado democrático de direito: princípio da constitucionalidade (...); sistema dos direitos fundamentais (...); princípio da legalidade da administração (...); princípio da segurança jurídica (...); princípio da proteção jurídica e das garantias processuais: a) garantia de processo judicial, de processo penal e de procedimento administrativo e, b) independência dos tribunais e vinculação do juiz à lei; princípio de garantia de acesso ao judiciário (...); princípio da divisão de poderes [funções] (...)

aplicando-se, para tanto,

> o catálogo dos princípios tópicos da interpretação constitucional, desenvolvido consoante postura metódica hermenêutico-concretizante, recortado de diversas formas pela doutrina, serve de suporte obrigatório para a teoria da interpretação constitucional. Assim, a elaboração deste catálogo vincula-se à necessidade sentida pela doutrina e práxis jurídica de encontrar princípios tópicos auxiliares da interpretação constitucional: a) princípios da relevância – auxiliam a resolução de problema prático; b) princípios metodicamente operativos no campo do Direito Constitucional – articulam direito Constitucional formal e material; c) princípios jurídico-constitucionais (v.g. princípio da interpretação conforme a constituição); d)

[63] BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**, p. 105-106.
[64] BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**, p. 106-107.
[65] Cf. BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**, p. 93-107.
[66] QUINTÃO SOARES. **Direitos fundamentais e direito comunitário**: por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas comunitárias, p. 112 e 119.

> princípios jurídicos-materiais (v.g. princípio da unidade da constituição e princípio da efetividade dos direitos fundamentais); e) princípios constitucionalmente praticáveis ou da praticabilidade – susceptíveis de serem utilizados no debate de questões constitucionais dentro da base de compromisso cristalizada nas normas constitucionais.

Assim, o Estado Democrático de Direito tem sua base estruturante no direito do povo à função jurisdicional, garantida pelo devido processo constitucional.

1.4 Funções do Estado

Luiz Sanchez Agesta[67], ao discorrer sobre a estrutura do poder político, faz referência ao instituto das "funções do Estado" inicialmente quatro (Governo, legislação, administração e Justiça), mas posteriormente simplificada a três (executiva, legislativa e judicial).

Jorge Miranda[68] define a referida estrutura como conjunto ordenado de atos, executados por órgãos e agentes do Estado, com a finalidade de cumprir as tarefas elencadas no ordenamento jurídico.

Carré de Malberg[69] define o poder do Estado como uno e as funções como forma de atividade dominadora sobre as pessoas, entendimento similar ao de Canotilho,[70] que vinculou o conceito ao "exercício de poder"[71].

Lembrando as ponderações de Kelsen[72], Jorge Miranda[73] foi categórico ao vincular as funções (atividades) do Estado às funções jurídicas (direito).

Tais conceitos de funções do Estado substituíram com muita propriedade as concepções antigas e ultrapassadas da teoria da separação ou tripartição dos poderes estatais — Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário —,

---

[67] Cf. AGESTA. **Curso de Derecho Constitucional Comparado**, p. 54-55.
[68] Cf. MIRANDA. **Manual de Direito Constitucional**, t. V, p. 9-11.
[69] Cf. CARRÉ DE MALBERG. **Teoría general del Estado**, p. 249.
[70] Cf. CANOTILHO. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 504.
[71] Em recente obra Vicente de Paula Maciel Júnior afirma que "o poder, não sendo mais personalizado em uma figura humana, possibilitou o surgimento do Estado Democrático de Direito, porque ele (o poder) passou a ser regulado por processos discursivos dentro da sociedade. Ocorre uma transformação significativa porque o poder passa a depender de consensos a serem obtidos não pelo decreto do soberano, mas pela confrontação dos diversos interesses dos sujeitos e grupos na sociedade. Esses sujeitos reivindicam a participação nos processos definidores dos limites do poder. Reivindicam a participação política para fixar as competências dos agentes de poder." (**Teoria das Ações Coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas, p. 118).
[72] Cf. KELSEN. **Teoria pura do direito**, p. 394.
[73] Cf. MIRANDA. **Manual de Direito Constitucional**, t. V, p. 12.

deturpadamente alegadas de origem em Montesquieu[74], o qual, por sua vez, inspirou-se nas idéias de Locke.

Baracho[75], e posteriormente Simone Goyard-Fabre[76], explicando o equívoco dos intérpretes de Montesquieu, afirmam que a expressão separação de poderes não foi empregada uma vez sequer pelo referido filósofo, mas por muitos daqueles que lhe deram contornos rigorosos, vez que a teoria original defendia a distinção funcional entre os órgãos do Estado e que teve como destaque a frase: "Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder"[77].

Loewenstein,[78] citando o enunciado do artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, que se seguiu à Revolução Francesa: "Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada e a separação dos poderes determinada, não tem constituição" afirmou que a falada "separação de poderes" deve ser entendida como distribuição de funções do Estado.

Carré de Malberg[79], baseando-se em Duguit, afirmou que a teoria de Montesquieu pautava-se pela separação de funções do Estado.

Em Carl Schmitt[80] e Giorgio Del Vecchio[81] a concepção correta perpassa pelo princípio da distinção (e não divisão) dos poderes do Estado, visando à moderação e o controle dos órgãos do Estado detentores do poder.

Na análise de Burdeau[82], necessária a limitação do poder para segurança dos cidadãos, em detrimento do arbítrio e despotismo.

---

[74] Cf. MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**.

[75] Cf. BARACHO. Aspectos da teoria geral do processo constitucional: teoria da separação dos poderes e funções do Estado. **Revista de Informação Legislativa**, v. 76, p. 107-108.

[76] Cf. GOYARD-FABRE. **Les pincipes philosophiques du droit politique moderne**, p. 195.

[77] (Livro XI, Capítulo IV) constante na obra de Montesquieu, escrita em 20 (vinte) anos e publicada em 1748, pelo que introduziu o princípio do equilíbrio ("balança dos poderes"), baseado na proteção dos destinatários e liberdade política dos cidadãos contra abusos do exercício de poder. (BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**, p. 68).

[78] Cf. LOEWENSTEIN. **Teoría de la Constitución**, p. 54-56.

[79] Cf. CARRÉ DE MALBERG. **Teoría general del Estado**, p. 758 e 766.

[80] Cf. SCHMITT. **Teoria de la Constitución**.

[81] Cf. DEL VECCHIO. **Teoria do Estado**, p. 55-56.

[82] Cf. BURDEAU. **Droit Constitutionnel et Institutions Politiques**, p. 137-138. E, complementa o autor ao afirmar que "toda descrição da organização constitucional de um Estado, toda análise de sua vida política, todo estudo do complexo tecido de forças que orientam o seu destino conduzem sempre, definitivamente, a um exame de sua Constituição. À luz das regras que ela enuncia, pode-se explicar o funcionamento dos poderes públicos, assim como aquilatar as oportunidades que ela oferece aos poderes de fato para utilizar em seu proveito os mecanismos estatais. Vai assim a Constituição situar-se necessariamente no centro de todas as reflexões de que nutre a ciência política." (BURDEAU. **Traité de Science Politique**, p. 1 §205).

Assim é que, a moderna posição doutrinária substituiu a expressão "separação dos poderes do Estado" (Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário) pela locução "separação das funções do Estado" (a função executiva, a função legislativa e a função jurisdicional), vez que prevalece a unidade do Estado e a indivisibilidade do poder.

Brêtas de Carvalho Dias[83] enumera as três funções jurídicas essenciais ou fundamentais do Estado (a legislativa, a governamental ou administrativa e a jurisdicional):

> a) a função legislativa consiste na edição de normas obrigatórias de caráter geral e abstrato, as quais compõem o ordenamento jurídico vigente, criando o Estado, assim, o direito positivo, com o objetivo de disciplinar as suas próprias atividades e as condutas das pessoas na vida em sociedade; b) a função governamental, administrativa ou executiva compreende todas as manifestações concretas das diversas atividades desenvolvidas pelo Estado que visem à concretização dos interesses e negócios públicos correspondentes às necessidades coletivas prescritas no ordenamento jurídico vigente; c) a função jurisdicional permite ao Estado, quando provocado, pronunciar o direito de forma imperativa e em posição imparcial, tendo por base um processo legal e previamente organizado, segundo o ordenamento jurídico constituído pelas normas que o Estado edita, nas situações concretas da vida social em que essas normas são descumpridas.

Paulo Bonavides[84] ressalta a técnica distributiva de distintas funções, mas sob cooperação, harmonia e equilíbrio.

Rosemiro Pereira Leal[85] considera o Povo como única fonte de poder, como parâmetro o discurso jurídico-democrático da sociedade moderna, sendo arcaica a teoria da separação de poderes.

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias[86] chama atenção para o princípio do equilíbrio, objetivando a garantia da liberdade individual, pelo que "o que deve ser considerada repartida ou separada é a atividade e não o poder do Estado, do que resulta uma diferenciação de funções exercidas pelo Estado por intermédio de órgãos criados na estruturação da ordem jurídica constitucional, nunca a existência de vários poderes do mesmo Estado". Entendimento adotado na Constituição Portuguesa de 1976 (artigos 22, 111 e 1080) e na Constituição Italiana (artigos 102, 111 e 113), bem como aplicado nas regras dos artigos 127 (referente ao Ministério

---

[83] BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**, p. 75-76.
[84] Cf. BONAVIDES. **Ciência Política**.
[85] Cf. LEAL. **Estudos continuados de teoria do processo**, v. II, p. 25.
[86] Cf. BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**, p. 73-74.

Público) e 134 (referente à Defensoria Pública) da Constituição brasileira de 1988, mas que pecou na referência das regras dos artigos 2º, 44, 76 e 92.

1.5 Função jurisdicional

Definidos os contornos iniciais sobre poder, Estado e suas funções, também importante ao presente estudo a evolução da função jurisdicional e dos sistemas de persecução penal.

Assim é que, Joaquim Carlos Salgado [87] tece comentários sobre a Constituição democrática contemporânea, a partir da ligação do político (poder), vinculado à organização (órgãos), e o jurídico (norma), importantes institutos para a liberdade.

Aroldo Plínio Gonçalves[88] destaca que o Estado deve legislar (garantir direitos e prescrever deveres), administrar (gerir os negócios públicos) e exercitar a função jurisdicional (reagir contra o ilícito e promover a tutela de direitos).

Friedrich Muller[89] ressalta a importância da sujeição dos órgãos jurisdicionais às leis emanadas da vontade popular, e as decisões jurisdicionais emanadas em nome do povo, não podendo o juiz (órgão jurisdicional) “brincar de pretor romano”.

Seabra Fagundes[90], por sua vez, alertou para a dificuldade em distinguir a função administrativa (Estado-administração) da função jurisdicional (Estado-jurisdição).

Assim, Chiovenda[91] esclareceu a função jurisdicional ou jurisdição, como o poder de aplicar a lei em casos concretos, e a função administrativa como a atividade imposta pela lei aos órgãos públicos.[92]

Jorge Miranda [93] definiu a segunda como a supremacia do autoritarismo constitucional dos direitos e garantias fundamentais dos administrados, e a primeira no contraditório, pela presença do processo.

---

[87] Cf. SALGADO. O Estado Ético e o Estado Poiético. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, v. 27, p. 39.
[88] Cf. GONÇALVES. **Técnica processual e teoria do processo**, p. 50.
[89] Cf. MÜLLER. **Quem é o povo?**, p. 60.
[90] Cf. SEABRA FAGUNDES. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**, p. 2-3.
[91] Cf. CHIOVENDA. **Instituições de Direito Processual Civil**, v. 2, p. 3.
[92] Cf. CHIOVENDA. **Principii di diritto processuale civile**, p. 65.
[93] Cf. MIRANDA. **Manual de Direito Constitucional**, t. V, p. 30.

Carnelutti[94] expôs a função legislativa a partir de casos típicos, diferindo da função jurisdicional que declararia preceitos para o caso concreto, deixando as partes de serem meros expectadores (pacientes) para se tornaram agentes, retirando o juiz do centro das atenções no processo.

Para Liebman[95] a legislação difere-se da jurisdição por representar produção de normas de caráter abstrato e geral, regulando número indefinido de situações e fatos futuros.

Carré de Malberg [96] alerta para o objeto da função jurisdicional que é pronunciar o direito vigente, afastando a hipótese de criação reservada ao legislador pela vontade popular.

Brêtas de Carvalho Dias alinhado com as idéias de jurisdição e processo constitucionais, afirma que

> na concepção estruturante do Estado Democrático de Direito, a função jurisdicional ou jurisdição é atividade-dever do Estado, prestada pelos seus órgãos competentes, indicados no texto da Constituição, somente possível de ser exercida sob petição da parte interessada (direito de ação) e mediante a garantia do devido processo constitucional, ou seja, por meio de processo instaurado e desenvolvido em forma obediente aos princípios e regras constitucionais, dentre os quais avultam o juízo natural, a ampla defesa, o contraditório e a fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais, com o objetivo de realizar imperativa e imparcialmente o ordenamento jurídico.[97]

Rosemiro Pereira Leal[98] define jurisdição como a atividade-dever do Estado, através do órgão jurisdicional, de dar e fazer cumprir o direito positivo, com observância das garantias constitucionais do processo e do princípio da reserva legal, condições fundamentais aos provimentos (sentenças e decisões judiciais em geral).

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira[99] conceitua a jurisdição como o poder (atividade) público-estatal realizado pelos "discursos jurídico-processualmente institucionalizados de aplicação jurídico-normativa".

Para Brêtas de Carvalho Dias os atos estatais emanados dos órgãos jurisdicionais representam

---

[94] Cf. CARNELUTTI. **Teoria Geral do Direito**, p. 129-131.
[95] Cf. LIEBMAN. **Manual de Direito Processual Civil**, v. I, p. 5.
[96] Cf. CARRÉ DE MALBERG. **Teoría general del Estado**, p. 631-635.
[97] BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**, p. 83-84.
[98] Cf. LEAL. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 73.
[99] CATTONI DE OLIVEIRA. **Direito processual constitucional**, p. 160.

> poder do Estado, exercido em nome do povo, que se projeta no pronunciamento jurisdicional, é realizada sob rigorosa disciplina constitucional principiológica (devido processo constitucional), só podendo agir o Estado, se e quando chamado a fazê-lo, dentro de uma estrutura metodológica construída normativamente (devido processo legal), de modo a garantir adequada participação dos destinatários na formação daquele ato imperativo estatal, afastando qualquer subjetivismo ou ideologia do agente público decisor (juiz), investido pelo Estado do poder de julgar, sem espaço para a discricionariedade ou a utilização de hermenêutica canhestra, fundada no 'prudente (ou livre) arbítrio do juiz', incompatível com os postulados do Estado Democrático de Direito, como, ao contrário, até hoje e infelizmente, alguns doutrinadores supõem e apregoam.[100]

Nesse ponto[101], importante a definição de jurisdição constitucional como atividade jurisdicional. Assim, jurisdição constitucional e a atividade exercida por órgãos jurisdicionais do Estado com o objetivo da tutela do princípio da supremacia da Constituição, proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana e a preservação do ordenamento jurídico-constitucional no julgamento de situações concretas, através do processo constitucional, com a prevalência das normas constitucionais sobre as disposições das leis ordinárias e dos atos estatais, estas últimas submetidas ao Controle de constitucionalidade pelas tutelas constitucionais do processo[102].

Baracho[103], por sua vez, afirma que um dos aspectos mais importantes da jurisdição constitucional como tutela dos direitos fundamentais constitucionais é o controle da constitucionalidade das leis, exercido através do conjunto de instrumentos jurídicos processuais, submetidos aos tribunais, questionando infringências aos direitos fundamentais.

Mauro Cappelletti também destaca na função jurisdicional o controle de constitucionalidade das leis, como forma de tutela dos direitos de liberdade do ser humano.[104]

---

[100] Brêtas de Carvalho Dias destaca a falta de rigor científico na utilização de termos como jurisdição civil, penal ou trabalhista, que representam ramos do Direito com regras definidas especificamente para solucionar casos concretos submetidos aos órgãos jurisdicionais, distanciando do conceito de jurisdição que é una, indivisível e representa o exercício do poder-dever do Estado. (**Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**, p. 86)

[101] Cf. BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**, p. 90-91.

[102] Devido processo legal, recurso de amparo, recurso de proteção, recurso constitucional, ação direta de inconstitucionalidade, mandado de segurança, *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de injunção, e ação popular, específicas para cada ordenamento jurídico-constitucional.

[103] Cf. BARACHO. **Processo constitucional**, p. 110 e 113-114.

[104] Cf. CAPPELLETTI. **Proceso, ideologias, sociedad**, p. 371. CAPPELLETTI. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**, p. 23. BARACHO. **Processo constitucional**, p. 111-116. FIX-ZAMUDIO. **Latinoamerica: constitucion, proceso y derechos**

Brêtas de Carvalho Dias [105] classifica as modalidades de efetivação da jurisdição constitucional, em jurisdição difusa e jurisdição concentrada. Na primeira (jurisdição difusa), o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos ocorre de maneira concreta e incidental, por qualquer órgão jurisdicional, *ex oficio* ou sob argüição das partes (exceção) em qualquer processo, mas limitado ao caso específico em julgamento. Na segunda (jurisdição concentrada), o controle de constitucionalidade é exclusivo do Supremo Tribunal Federal, através da provocação das pessoas legitimadas no texto constitucional (CR/88, art. 103, incisos), em processo próprio, sob apreciação em tese da lei ou ato normativo e pronunciamento final com eficácia para todos.

No Estado Democrático de Direito, a função jurisdicional é poder-dever do Estado,[106] que, por provocação dos interessados, age por meio dos seus órgãos estaduais, cumprindo e fazendo cumprir as normas do Direito Positivo, com observância dos direitos fundamentais e garantia do devido processo constitucional.

1.6 Sistemas de persecução penal

O processo penal apresenta-se, no curso da história, sob as formas acusatória, inquisitória e mista, também conhecidas por sistemas de persecução penal e objeto de opção (adoção) pelos países.

O sistema acusatório tem como principal característica a divisão clara das funções de acusação, defesa e julgamento, respectivamente pelo acusador (Ministério Público, vítima ou seus parentes, de acordo com a natureza da ação penal – pública ou privada), defensor (acusado) e juiz.

---

humanos, p. 467. FIX-ZAMUDIO. **La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones procesales**, p. 57.

[105] Cf. BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**, p. 92-93.

[106] O Estado é provocado (exercício do poder de ação) e reage ao apontado ilícito, configurando o objetivo direto e imediato. Já o objetivo indireto e mediato é resolvido pelo argumentar e contra-argumentar, resolvendo as questões de fato e de direito através da análise do magistrado. As questões são pontos (fundamentos dos argumentos) controvertidos e podem ser identificadas como (questões) preliminares (processuais), (questões) de mérito (direito material) e (questões) de alta indagação (questões de fato que exigem prova e revelam a complexidade do processo, pelo que não podem ser demonstradas por prova testemunhal, prova documental e confissão, restando a inspeção judicial e a prova pericial). (Cf. BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Processo Civil Reformado**, p. 219-220).

No sistema inquisitório as funções de acusação, defesa e julgamento podem ser exercidas pela mesma pessoa no processo, *in casu* o magistrado, inclusive suprindo falhas na defesa do acusado. O juiz assume a figura de inquiridor, com a opção de agir de ofício, em um processo que têm por características principais ser escrito e secreto.

O sistema misto adota características acusatórias e inquisitórias, sem um princípio unificador próprio, sendo essencialmente aplicado um deles com alguns elementos do outro.

1.7 Sistema de persecução penal brasileiro

Há divergência na doutrina sobre o sistema de persecução penal adotado pelo processo penal brasileiro.

Colaciona Romeu Pires de Campos Barros[107] os princípios do contraditório, da igualdade, da publicidade e do duplo grau de jurisdição para declarar a opção da legislação pátria pelo sistema acusatório.[108]

Com o mesmo entendimento sobre a adoção no país do sistema acusatório, José Carlos G. Xavier de Aquino e José Renato Nalini afirmam existir controvérsia doutrinária sobre o real enquadramento brasileiro, principalmente no que se refere à imprescindibilidade do inquérito policial sobre a ação penal. Sendo o nosso sistema considerado misto para aqueles que inserem o inquérito policial na compreensão de processo, já que o mesmo é sigiloso, sem o contraditório e a presença de advogado.

Os que defendem a opção brasileira pelo sistema acusatório[109] afirmam que o inquérito policial não constitui processo[110], considerando que a investigação policial

---

[107] BARROS. **Sistema de Processo Penal Brasileiro**, p. 23.

[108] No mesmo sentido: SEABRA. Sistemas Processuais. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, n. 15, p. 275-276.

[109] Nesse sentido, João Porto Silvério Júnior, ao afirmar que "o nosso ordenamento jurídico adotou o sistema acusatório, a persecução penal no Brasil é dividida nas fase extra e *in judicio*. A primeira, corresponde às investigações preliminares (inquérito policial ou colheita de elementos diretamente pelo promotor de justiça), eminentemente inquisitiva, destinada à reunião de provas e descoberta da autoria e materialidade do ilícito, conforme já mencionado; a segunda, é a fase processual que se inicia com o oferecimento da denúncia ou queixa-crime (exercício do direito de ação), amparada pelo contraditório e ampla defesa. O exercício deste verdadeiro direito de ação constitui o invocar da prestação [da tutela] jurisdicional do Estado para que venha compor no caso concreto. É um direito público, abstrato, autônomo, instrumental e subjetivo. Mas não foi sempre assim; passou por uma série de concepções até chegar ao entendimento atual." (SILVÉRIO JÚNIOR. **Opinio Delicti**, p. 31).

não é imprescindível à denúncia e só pode ser concebida como prova na fase judicial se os seus elementos forem reproduzidos e confirmados em juízo, com o respeito aos princípios constitucionais do processo, em especial o contraditório.

Já autores como Afrânio Silva Jardim, Fernando da Costa Tourinho Filho, Julio Fabbrini Mirabete e José Frederico Marques asseveram que o Código de Processo Penal brasileiro adotou o sistema acusatório, posteriormente consagrado na Constituição de 1988.[111]

Por outro lado, Antônio Magalhães Gomes Filho, Joaquim Canuto Mendes de Almeida e Rogério Lauria Tucci são taxativos ao classificarem o nosso sistema como inquisitório,[112] principalmente no que se refere à busca da prova e de uma suposta verdade real.

Para Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, o nosso sistema é essencialmente inquisitório, com elementos acusatórios na fase processual, oportunidade em que ressalta a inexistência de sistemas puros, ou seja, vigorantes os sistemas mistos.[113]

Assim é que, observando a nossa legislação penal, em especial o Código de Processo Penal, em que pesem as críticas pelo desrespeito aos princípios constitucionais do processo que remetem ao sistema acusatório, o inquérito criminal é eminentemente inquisitório, com as intrínsecas características de ser verbal, sigiloso e sem o contraditório. Por sua vez, a instrução criminal, na ação penal (pública ou privada), adota o sistema misto, já que é pública e respeita o contraditório, mas admite a figura de um magistrado com atuação *ex officio*, determinando medidas cautelares sem requerimento dos demais participantes do

---

[110] AQUINO; NALINI. **Manual de Processo Penal**, p. 14.

[111] JARDIM. **Direito Processual Penal**, p. 197. TOURINHO FILHO. **Processo Penal**, v. 1, p. 70. MIRABETE. **Processo Penal**, p. 96. MARQUES. **Elementos de Direito Processual Penal**, v. 1, p. 71.

[112] GOMES FILHO. **Sob Direito à Prova no Processo Penal**, p. 34-35. O autor modificou seu entendimento ao afirmar em obra posterior que "a publicidade dos atos do procedimento representa uma das marcas distintivas do modelo acusatório – que acompanhou os regimes políticos democráticos, desde a Grécia e da Roma republicana -, ao contrário do segredo que caracterizou o modelo inquisitório próprio dos sistemas de poder absoluto. Daí a grande atenção dada ao tema pelo pensamento iluminista, que consagrou à exigência de publicidade processual algumas de suas mais eloqüentes páginas, propiciando com isso o destaque conferido à garantia da publicidade nas reformas revolucionárias." (GOMES FILHO. **A motivação das decisões penais**, p. 49). ALMEIDA. **Processo penal, ação e jurisdição**, p. 193-194. TUCCI. **Direitos e garantias individuais no processo brasileiro**, p. 101. TUCCI. **Temas e problemas de direito processual**, p. 39.

[113] COUTINHO. O papel do novo juiz no processo penal. Direito alternativo. **Seminário Nacional sobre o uso alternativo do Direito**, p. 33-45. Mesmo entendimento de Rogério Lauria Tucci (TUCCI. **Temas e problemas de Direito Processual**, p. 39) e Paulo Lúcio Nogueira (NOGUEIRA. **Curso completo de processo penal**, p. 24-25).

processo, além da produção de provas e o suprimento da defesa, no caso da constatação de sua deficiência técnica.[114]

Diante de referido pragmatismo infraconstitucional, aderimos à crítica de Eugênio Pacelli de Oliveira ao afirmar que

> o nosso processo é mesmo acusatório. Entretanto, a questão não é tão simples. Há realmente algumas dificuldades na estruturação de um modelo efetivamente acusatório. Em primeiro lugar, nenhum tribunal até hoje se levantou contra a *mutatio libelli* do art. 384 do CPP, no qual se permite uma alteração substancial da peça acusatória, a partir de fatos e/ou circunstâncias que o juiz julgue provado na instrução criminal. Assim, uma nova acusação é formulada pelo próprio juiz, com a agravante de já significar uma antecipação da valoração que ele estará a fazer do material probatório já produzido. Não por outra razão, o Supremo Tribunal Federal, acertadamente, decidiu pela impossibilidade de poder o juiz requisitar de ofício novas diligências probatórias, quando o Ministério Público se manifestar pelo arquivamento do inquérito. A violação ao sistema acusatório, na hipótese, seria e era patente. (HC n. 82.507/SE, Rel. Sepúlveda Pertence. Primeira Turma. DJ 19.12.2002, p. 92) Também no campo da distribuição do ônus da prova, encontramos uma ampla liberdade de iniciativa probatória conferida ao juiz, freqüentemente legitimada pelo decantado princípio da verdade real. Ora, além do fato de não existir nenhuma verdade judicial que não seja uma verdade processual, na realidade, o tal princípio, na extensão que se lhe dá, pode ser – e muitas vezes foi e ainda é – manipulado para justificar a substituição do Ministério Público pelo juiz, no que se refere ao ônus probatório que se reserva àquele. No ponto, pensamos que somente uma leitura constitucional do processo penal poderá afastar ou, quando nada, diminuir tais inconvenientes, com a afirmação do princípio do juiz natural e de sua indispensável imparcialidade. Com efeito, a igualdade das partes somente será alcançada quando não se permitir mais ao juiz uma atuação substitutiva da função ministerial, não só no que respeita ao oferecimento da acusação, mas também no que se refere ao ônus processual de demonstrar a veracidade das imputações feitas ao acusado. A iniciativa probatória do juiz deve se limitar, então, ao esclarecimento de questões ou pontos duvidosos sobre o material já trazido pelas partes, nos termos, aliás, da redação do art. 156 do CPP.[115]

E, como adverte José Laurindo de Souza Netto[116]

> o sistema de processo penal adotado pelo direito pátrio relaciona-se com os fins do processo vislumbrados pela nossa legislação e, principalmente, deve estar em consonância com os fundamentos políticos e institucionais do processo inseridos nas normas constitucionais. De qualquer forma, dentro de um processo de revisão, não se pode esquecer que considerar como o único sistema acusatório legítimo, um processo penal de partes, de teor dispositivo, constituiria teoricamente um erro deplorável. As conseqüências de um tal sistema no tecido social conduzem a uma justiça desigual, baseada no regateio dos protagonistas e no poder social. Por outro lado, a adoção de um processo inquisitório ou mitigado, ou mesmo só de um acusatório formal, consistente na autoridade estatal, diante das necessidades e defesa do Estado e de seus poderes, para alcançar a

---

[114] Cf. PEDROSO. **Processo Penal e o Direito de Defesa**: repercussão, amplitude e limites, p. 249-255.
[115] OLIVEIRA. **Curso de Processo Penal**, p. 10-11.
[116] SOUZA NETTO. **Processo Penal**: sistemas e princípios, p. 65.

> famosa verdade material, configuraria ataques processuais às liberdades aos direitos fundamentais, o que aniquilaria a mais elementar dignidade da pessoa. Nem um nem outro desses modelos possui menor legitimidade para se reivindicar de expressão processual própria do Estado de Direito. Uma tal legitimidade cabe, sim, a um modelo processual segundo o qual o contraditório e a ampla defesa sejam observados, em todas as fases, a entidade julgadora não tenha funções de acusação das infrações, mas apenas de julgamento, dentro dos limites que lhe são postos por uma acusação deduzida por um órgão diferenciado.

Em outras palavras, na prática, o sistema persecutório penal brasileiro ainda traz conteúdo inquisitório [117], com elementos acusatórios na fase instrutória

[117] Nesse sentido, o texto de Alexandre Magno Fernandes Moreira ao afirmar que "o sistema acusatório não é previsto explicitamente na Constituição Federal, mas encontra-se implicitamente reconhecido em vários de seus dispositivos: A acusação é facultada à vítima ou a seus familiares (ação penal privada), mas se torna obrigatória ao Ministério Público quando houver indícios do cometimento de crime: Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; (...) art. 5º LIX – será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal. Assegura a igualdade entre as partes (princípio de equilíbrio de situações ou da paridade de armas): Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: Existe o contraditório e a ampla defesa: art. 5º LIX – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusado em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. A defesa é assegurada inclusive àqueles que não puderem pagar: LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. O processo é público: Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) Existe a presunção de inocência: Art. 5º LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. O inquérito é uma fase anterior ao processo e feito por um órgão específico, a polícia: Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: (...) § 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei; (...) § 4º - às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. A Constituição de 1988, como visto, exige o sistema acusatório público. Porém, boa parte da legislação brasileira adota, de forma claramente inconstitucional, elementos do sistema inquisitivo. Tais elementos têm sido eliminados gradativamente, mostrando uma transição entre um sistema misto (acusatório e inquisitório) e um sistema acusatório puro. Tais normas podem ser divididas em duas categorias: as anteriores e as posteriores à Constituição de 1988. No primeiro caso, acontece a não-recepção (espécie de revogação) dessas normas pela nova ordem constitucional. Para que sua extinção deve-se usar a ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) perante o Supremo Tribunal Federal (STF). Com relação às normas posteriores à Constituição ocorre a inconstitucionalidade (espécie de invalidade ou nulidade). Para que sejam extintas devem ser interpostas: a ação direta de inconstitucionalidade (Adin) e mesmo a ADPF, quando for o caso de normas municipais."

processual, mas necessária releitura constitucional da legislação penal para adequação ao sistema persecutório penal consagrado na Constituição de 1988 (art. 5º, inciso LV), qual seja, o essencialmente acusatório,[118] fundamental ao Estado Democrático de Direito.

1.8 Considerações relevantes

Com o processo constitucional como marco direcional dos presentes estudos, buscou-se compor e analisar as medidas cautelares de polícia e judiciais, na Teoria Geral do Processo, partindo-se da técnica normativa estrutural das decisões jurisdicionais criminais no Estado Democrático de Direito e, como parâmetro, a jurisdição constitucional, além de princípios orientadores e fundamentais ao estudo, tais como: devido processo legal, contraditório, ampla defesa, inafastabilidade da prestação da tutela jurisdicional, motivação das decisões judiciais, direito à prova e seu ônus no direito processual penal, direito à não auto-incriminação e ao silêncio, duplo grau de jurisdição, presunção de inocência e proporcionalidade. O debate teórico se instala quando na vigente ordem jurídica constitucional há o desrespeito

---

(MOREIRA. Dos sistemas processuais penais. Tipos ou formas de processos penais. **Revista Jus Navigandi**, p. 7).

[118] O sistema acusatório exige postura mais ativa de cada um dos participantes do processo, devendo assumir o Ministério Público os postulados estabelecidos constitucionalmente. Sobre o assunto, as anotações de Lenio Luiz Streck e Luciano Feldens em que o "ponto de enlace entre o perfil jurídico-constitucional do Ministério Público, o modelo de Estado Social e Democrático de Direito e a conseqüente necessidade de prestigiar-se sua função investigatória: essa atuação na seara criminal — isso é fundamental — implica a disponibilização, em favor do Ministério Público, de um aparato estrutural e funcional apto ao cumprimento do desiderato constitucional. Nesse tom, ao tempo em que a Constituição eleva o Ministério Público a guardião da ordem democrática (art. 127 da CRFB), aparta-o organicamente do Poder Executivo e impõe-lhe a realização do controle externo da atividade policial (art. 129, VII, da CRFB). Tal modificação paradigmática, evidentemente, não pode ser tratada como retórica constitucional." (STRECK; FELDENS. **Crime e Constituição**: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público, p. 43). Crítica, no entanto, cabe ao pensamento de Marcos Alexandre Coelho Zilli, em que "o reconhecimento de uma iniciativa instrutória do julgador, nos moldes aqui delineados, não é incompatível com um sistema processual penal de índole acusatória, desde que seja este caracterizado, apenas, pela outorga das funções de julgar e acusar a diferentes órgãos (...) a função jurisdicional em um Estado de Direito supõe que a aplicação do ordenamento seja efetuada de forma correta e apropriada, o que exige, quando necessário (vale dizer quando as partes processuais fracassam nesta tarefa), uma iniciativa instrutória deflagrada pelo julgador a ser devidamente acompanhada pelas partes [em contraditório]. Nestes estritos limites, não haverá violação às características essenciais do sistema acusatório, tampouco aproximação com o sistema inquisitório." (ZILLI. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**, p. 124). O magistrado tem de assumir a única postura que lhe cabe, qual seja, de diretor dialogador do processo, incompatível com a figura de sujeito complementar às falhas das partes. O juiz é um agente público condutor do procedimento e articulador da decisão.

corrente aos princípios constitucionais na aplicação das medidas cautelares de polícia e nas judiciais, principalmente quanto à técnica normativa estrutural das decisões jurisdicionais, com estabelecimento de procedimento inadequado, bem como afetando diretamente os interessados na solução do inquérito e ação criminal.

O processo penal moderno, com base no Estado Democrático de Direito, realiza-se com a observância aos direitos e garantias definidos no ordenamento jurídico, fundamentais à proteção da sociedade e da liberdade substancial e processual do argüido e da sua dignidade como pessoa, bem como o cuidado vigilante que o Direito Constitucional e a própria Constituição dedicam a um setor tão delicado das relações entre o poder, o Estado e o Cidadão.

No Estado Democrático de Direito, a função jurisdicional é poder-dever do Estado, que por provocação dos interessados age através dos seus órgãos estaduais, cumprindo e fazendo cumprir as normas do Direito Positivo, com observância dos direitos fundamentais e garantia do devido processo constitucional.

O Estado de Direito teve suas bases na vontade racional geral e na preservação da vida em comum e da liberdade das pessoas, além da segurança na administração da justiça (exercício da função jurisdicional), o atendimento às normas legais e a representação do povo junto à atividade legislativa do Estado, assegurando as três funções (legislativa, executiva e judiciária).

O Estado de Direito é representado pelo conjunto de normas jurídicas (princípios e regras) constitucionais garantidoras fundamentalmente da liberdade, igualdade perante a lei e segurança das pessoas e cidadãos, além de extenso rol de direitos, liberdades e garantias fundamentais (CR/88, arts. 5°, 6° e 93). O Estado Democrático baseia-se, por sua vez, na soberania e na vontade do povo instrumentalizada pelo voto direto, secreto e igual para todos, além do plebiscito, do referendo, da iniciativa popular e do processo constitucional, através do direito de ação. O Estado de Direito e o Estado Democrático representam um complexo de princípios conexos e normas jurídicas positivadas na constituição que se inter-relacionam de maneira técnica e harmoniosa, a fim de configurar o Estado Democrático de Direito, objetivo que lhe é explícito (art. 1°), ao tratar, exatamente, dos princípios fundamentais. Assim, o Estado Democrático de Direito tem sua base estruturante no direito do povo à função jurisdicional, garantida pelo devido processo constitucional.

Observando legislação penal pátria, em especial o Código de Processo Penal, em que pesem as críticas pelo desrespeito aos princípios constitucionais do processo que remetem ao sistema acusatório, o inquérito criminal é eminentemente inquisitório, com as intrínsecas características de ser verbal, sigiloso e sem o contraditório. Por sua vez, a instrução criminal, na ação penal (pública ou privada), adota o sistema misto, já que é pública e respeita o contraditório, mas admite a figura de um magistrado com atuação *ex officio*, determinando medidas cautelares sem requerimento dos demais participantes do processo, além da produção de provas e o suprimento da defesa, no caso da constatação de sua deficiência técnica.

Em síntese, observa-se que na prática o sistema persecutório penal brasileiro apresenta em sua legislação penal infraconstitucional traços do sistema misto, embora a constituição preveja, implicitamente, o sistema acusatório (na fase instrutória processual), embate este que exige uma releitura constitucional da legislação penal para adequação ao sistema persecutório penal consagrado na Constituição de 1988 (art. 5º, inciso LV), qual seja, o essencialmente acusatório, fundamental ao Estado Democrático de Direito.

CAPÍTULO II
PROCESSO PENAL DE EMERGÊNCIA

2.1 Abordagem etimológica

A concepção da palavra emergência, do latim *emergentia*, é importante para se entender o conceito do tema a ser discorrido, e sua participação sob o enfoque jurídico, ainda que sua aplicação esteja presente no campo de todas as outras ciências. Sua conotação denotativa sugere de imediato sua relação com o inesperado, urgente, com a crise que, por conseqüência, indica uma desestabilização que coloca em xeque os padrões normais de comportamento e a conseqüente possibilidade de manutenção das estruturas[119].

2.2 Histórico e conceito de emergência

Aceleração parece ser a palavra de ordem do presente momento histórico. Assim percebido pela imediatização da comunicação e a aceleração temporal[120] das relações sociais. Este aumento progressivo de velocidade traria consigo, "no vácuo", a necessidade de uma maior *celeridade* nas respostas do Estado às demandas sociais. Até porque, ao proibir a autotutela punindo como crime a justiça feita pelas próprias mãos, o Estado assumiu o compromisso de solucionar os conflitos e exercer a pretensão punitiva de forma adequada, efetiva e em tempo hábil.[121]

No que tange à *pretensão punitiva* e sua conexão com a expressão *lide* no processo penal, há que se discorrer brevemente sobre a controvérsia doutrinária da questão.

A concepção clássica, trazida aos estudos do processo por Carnelutti, preconiza que a *lide* seria um *conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida*. As divergências doutrinárias eclodiram no momento da transposição do

[119] Cf. CHOUKR. **Processo penal de emergência**, p. 2.
[120] Sobre o "tempo" e sua relação com o direito ver Capítulo III – 3.6 Tempo, Cautelar e Processo.
[121] ALBERTON. **Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo**, p. 177.

referido conceito ao processo penal. Isto porque o antagonismo entre o *ius puniendi* e o *ius libertatis*, ambos de interesse público e tutela do Estado, suscitou questionamentos acerca do que seriam os "interesses" envolvidos nas ações penais.

No desenvolvimento de sua argumentação, entende Eugênio Pacelli de Oliveira não haver *lide penal* e sim ***pretensão punitiva***, conceituando esta como "pretensão condenatória de imposição da sanção penal ao autor do fato tido por delituoso, conforme exigência de subordinação do interesse alheio ao próprio"[122].

Lecionado o autor que

> o interesse na preservação da liberdade individual é também um interesse público, uma vez que interessa ao Estado, na mesma medida, a condenação do culpado e a absolvição do inocente. O Estado, no processo penal, somente pode pretender a correta aplicação da lei penal. Até a idéia de *interesse*, tal como elaborada no processo civil, não parece inteiramente adequada ao processo penal, tendo em vista que esse, o interesse, normalmente, é revertido em favor do titular do direito material. No processo penal não ocorre dessa maneira, tendo em vista que a condenação e a prisão do réu pode até provocar satisfação pessoal do ofendido, mas certamente não reverterá em seu favor, se, por exemplo, a coisa *furtada não for devolvida*. [...] Passaríamos, assim, à teoria que define a lide como uma pretensão *insatisfeita*, independentemente da resistência do réu. Nesse caso, o conceito seria ainda menos relevante no processo penal, dado que, nesse, toda pretensão punitiva há, necessariamente, de ser conduzida ao Judiciário, ou seja, a pretensão *punitiva* é sempre insatisfeita, somente satisfazendo-se por meio do processo.[123]

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, no tocante à polêmica, concorda com Pacelli na impropriedade da ***lide*** (cunhada em argumentos carneluttianos) enquanto referência ao conteúdo do processo penal. No entanto, com ele discorda no que considera a *apropriada* definição, agasalhando o uso da expressão ***caso penal***. E assim o faz, tendo em vista a "evidência de não ser o processo penal o veículo onde, a todo custo, deve-se impor a pretensão punitiva"[124].

A rigor, informa Jacinto Nelson de Miranda Coutinho que Carnelutti, após pesadas críticas, mudou sua posição em relação a existir *lide* no processo penal até o ponto de negá-la. Entretanto, a corrente doutrinária que desta fonte partiu, dela utilizou-se o suficiente para forjar seus argumentos, concluindo pelo que seria *lide penal*, ou seja, não mais referência a um conceito geral do direito processual

---

122 OLIVEIRA. **Curso de processo penal**, p. 74-75.
123 OLIVEIRA. **Curso de processo penal**, p. 74-75.
124 COUTINHO. **A lide e o conteúdo do processo penal**, p. 133, 137 e 138.

aplicável ao processo penal, mas um conceito específico dele. Posicionamento que o autor considera insuficiente para

> agasalhar o conteúdo do processo penal em todas as suas formas e fases, [desafio que considera possível alcançar a partir de uma] visão processual penal desafeta das raízes processuais civilistas. A sanção penal, no nosso processo penal, só pode ser aplicada através da jurisdição – e deve sê-lo através do devido processo legal. [...] Cometido o crime, a sanção só será executada a partir da decisão jurisdicional, presa a um pressuposto: a reconstituição de um fato pretérito, o crime, na medida de uma verdade processualmente válida e evidenciadora da culpabilidade ou da periculosidade. A jurisdição atua para fazer o acertamento do fato, e o processo é o meio que utiliza para concluir se o réu deve ser punido ou não. Para expressar essa reconstituição que se efetiva no processo penal – geralmente de forma conflitual, mas não sempre –, e tem importância prática já na primeira fase de persecução penal, o ideal seria uma expressão ainda não comprometida com outros significados relevantes: **caso penal**, por exemplo. Trata-se, entenda-se bem, de encontrar uma palavra, uma expressão, adequada ao fenômeno que se dá ao processo e, dessa maneira, o melhor é deixar, na medida do possível, um menor espaço à indeterminação, por natureza sempre presente. **Caso penal** cumpre o requisito a contento.[125]

Nesta mesma linha de pensamento, ressalvadas as diferenças, encontra-se posicionamento de Bruno Cezar da Luz Pontes. Depreende o autor que, no processo penal, o que se deseja não é a composição do litígio, e sim encontrar a *verdade real*[126], a partir da qual será aplicado o Direito, seja prevalecendo o *jus puniendi* do Estado, seja prevalecendo o *jus libertatis* do réu. Assim, reflete o autor, "não há que se considerar correta a afirmação que em processo penal existiria lide, já que estaríamos diante de um conflito de interesses entre o Estado e o réu". O que não ocorre, no entendimento dele, porque, no processo penal, não se pretende

---

[125] COUTINHO. **A lide e o conteúdo do processo penal**, p. 133, 137 e 138.

[126] Neste ponto, em que pese as considerações de Bruno Pontes acerca da lide no direito penal, a expressão por ele utilizada "***verdade real***" é o que interessa investigar. Afirma Aury Lopes Jr. que *verdade real* é um *mito* forjado na inquisição (para justificar os atos abusivos do Estado, na mesma lógica de que "os fins justificam os meios") a ser desconstruído, dando lugar ao que chama de ***verdade processual***. Continua o autor, baseado em estudos colacionados em Ferrajoli, que "a verdade processual não pretende ser a *verdade*. Não é obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto processual, mas sim condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e garantias da defesa. A ***verdade formal*** é mais controlada quanto ao método de aquisição e mais reduzida quanto ao conteúdo informativo que qualquer hipotética **verdade substancial**". Concluindo Aury Lopes pela impossibilidade da *verdade real* ser obtida, em virtude do absurdo de equiparar-se o real ao imaginário, pois o real só existe no presente, sendo o fato passado (de onde se quer encontrar a verdade) nada mais que uma *reconstrução imaginária* no presente (LOPES JÚNIOR. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, p. 538, 539 e 540). O princípio da verdade está vinculado à prova no processo que, por sua vez, visa a formação de um juízo de probabilidade, sem a pretensão de atingir a certeza.

sobrepor interesses, mas sim fazer prevalecer aquele que estiver protegido pelo Direito, efetivando-se dessa forma os preceitos constitucionais[127].

Mas é nas concepções de Rosemiro Pereira Leal que cotejamos definição para *lide* mais sintética. Depreende-se do autor que citada expressão significa *conflito processualizado de pretensões sobre um bem da vida jurídica na esfera judiciária*[128].

Superada essa breve passagem acerca do que se conceitua *lide*, percebe-se que ainda é distante o entendimento doutrinário pacífico de tão controverso assunto. Isto clarificado urge retornar ao tema específico de que trata o capítulo.

Fauzi Hassan Choukr, a partir de seus estudos em Ferrajoli, contribui para conceituar a necessidade do argumento "emergência" no momento em que distingue suas duas formas de aplicação no campo jurídico penal: primeiro a legislação de exceção no que diz respeito à Constituição e, em seguida, as mutações legais das leis do jogo. Acrescenta ainda que nos dois casos identifica-se "a derrogação dos valores dominantes em face da suposta necessidade de resposta ao fenômeno emergente, com a implícita insinuação da fraqueza da cultura da normalidade perante a crise a legitimar a adoção de medidas excepcionais"[129].

Em âmbito constitucional encontra-se prevista a emergência que, diferentemente do campo penal, tem limites temporais e geográficos, além daqueles de índole material a regrar a exceção[130].

Essa exceção constitucional admitida como instituição legal que contemporaneamente é base dos textos políticos e "justifica a derrogação dos patamares de proteção aos direitos humanos"[131], inclusive em âmbito internacional (Convenção Americana e Européia dos Direitos Humanos), resguarda o mínimo de direitos do homem (direito à vida, impedimento de submissão à tortura ou outros tratamentos inumanos ou degradantes, impedimento à assunção à condição de escravo e impossibilidade de retrucado das leis penais[132]), quando relaciona

---

[127] PONTES. O processo penal sem lide. **Jus Navigandi**, n. 25.
[128] LEAL. **Teoria geral do processo**, p. 286.
[129] CHOUKR. **Processo penal de emergência**, p. 2.
[130] Cf. CHOUKR. **Processo penal de emergência**, p. 3.
[131] CHOUKR. **Processo penal de emergência**, p. 4.
[132] Providencial o resumo de Cléber Rogério Masson: "O Direito Penal já foi sangrento, vingativo e ilimitado". Para o autor "de modo natural, o período do Direito Penal autoritário revoltou a

emergência como exceção, num estado de direito que avança para amparar ainda, em termos gerais, os regimes excepcionais calcados em princípios como o da proporcionalidade e da não discriminação.

Já a emergência repressiva, por não contar com os limites temporais e geográficos do âmbito constitucional, prolonga-se e invade a normalidade do núcleo cultural com evidente prejuízo deste, conforme afirma Ferrajoli em obra de Choukr, para quem a "cultura de emergência e a prática da exceção, antes de transformações legislativas, são, de fato, responsáveis por uma involução do ordenamento punitivo"[133].

Força a existência de adoção de medidas extraordinárias o grande e incontrolável aumento da criminalidade – em especial os de caráter organizado –, deflagrando em face desta situação o movimento intitulado lei e ordem, que suscita respostas à questão levantada a partir de então, sobre ser este um problema *para* o governo ou *de* governo[134].

2.3 Justificativas e conseqüências do *processo de emergência*

A contemporânea criminologia[135] tem sido o principal argumento para a justificativa de adoção de mecanismos excepcionais que fogem aos padrões tradicionais de tratamento pelo sistema repressivo. O desafio, todavia, é concebê-los sem perder o foco no modelo de *Estado Democrático e de Direito* e o processo constitucional dele extraído, como parâmetro da atividade legiferante nesse campo[136].

A Constituição estabelece graus de criminalidade em sentido crescente entre as *infrações penais de menor potencial ofensivo* e os *crimes hediondos*, instando-se entre eles os *outros tipos*, possibilitando que essa relação suscite a indagação sobre em que momento o devido processo legal não causa impedimento

---

consciência humana, inspirando a reação contra o desprezo pela dignidade do homem". (MASSON. **Processo penal e garantias constitucionais**, p. 125 e 150).

133 CHOUKR. **Processo penal de emergência**, p. 4.

134 Cf. CHOUKR. **Processo penal de emergência**, p. 5.

135 "A alteração da fonte de legitimação consistiu precisamente na assunção da exceção ou da emergência (antiterrorista, antimafiosa ou anticamorra) como justificação política da ruptura ou, se se preferir, da modificação das regras do jogo que no Estado de direito disciplinam a função penal". (FERRAJOLI. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal, p. 650).

136 Cf. CHOUKR. **Processo penal de emergência**, p. 6.

ao sistema repressivo, na medida em que, no sistema brasileiro, suas regras são derrogadas em ambos os pólos da repressão penal, sem o devido cuidado e observação no ceio dessa mesma justiça.

Percebe-se na exigência de uma resposta estatal à altura do dano social, uma projeção lesiva de determinadas condutas, no contexto da criminalidade organizada, o que não quer dizer, segundo palavras de Sergio Moccia que

> não se quer absolutamente negar ou diminuir a extrema gravidade dos fenômenos de corrupção, que têm efeitos devastadores para as instituições a própria vida de nosso país. Certamente estamos diante de uma fenomenologia multiforme de comportamentos fortemente caracterizados pela capacidade de provocar danos à sociedade, que impõe como necessidade absoluta o processo para aqueles que, em vários níveis e de várias formas, contribuíram a criar aquele estado de profunda corrupção. Mas isso não justifica de modo algum as graves violações aos direitos fundamentais em matéria de coerção, para as finalidades de colaboração, ainda que estas violações tenham indubitavelmente facilitado o esclarecimento de um grande número de casos, tornando também imediatamente perceptível à opinião pública o estado das coisas.[137]

O papel do direito penal enquanto sistema global, no momento em que for tratado pela doutrina brasileira com sua devida discussão, deverá voltar-se para o correto equacionamento do problema, conforme palavras de Fauzi Hassan Choukr, que inclui nessa equação o próprio fim da pena. E esclarece ainda o autor que "a busca que o sistema emergencial vai empreender no sistema repressivo é, antes de tudo, a voltada para a (re)legitimação do direito penal estatal, perdida que foi diante da criminalidade que instaura o caos (na versão do discurso oficial)"[138]. Neste caso, a defesa do sistema constituir-se-á então na pena que terá a finalidade maior de resguardar a própria norma penal.

2.4 Emergência X garantismo

A relação entre *segurança social* x *liberdade individual* tende a levar a uma redução simplicista, dificultando a construção de um *sistema processual penal* menos suscetível às interferências do momento.

---

[137] MOCCIA. Emergência e Direitos Fundamentais. **Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, n. 24, p. 24.

[138] Cf. CHOUKR. **Processo penal de emergência**, p. 9.

Aqueles que se apóiam num discurso sob o enfoque da *segurança social*, normalmente são vistos como legitimadores do autoritarismo estatal em detrimento do indivíduo, sendo identificados em geral como politicamente de direita e, mesmo que como um contra-senso, também como reformadores que diligenciam por mudanças não ocorridas, segundo eles, pelas injustificadas resistências daqueles que apregoam pela *liberdade individual*. Estes últimos, ligados política e ideologicamente à esquerda, costumam ser taxados como conservadores em face às mudanças que são oferecidas pelo outro extremo, numa postura resistente, o que favorece a construção de um sistema fraco e inoperante face ao caos. Essa dicotomia, de acordo com Fauzi Hassan Choukr, não deveria ser vista como excludente, mas sim complementar. E acrescenta que:

> a complementariedade fica ressaltada quando se tenta entender o conceito de *segurança* contido no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal que, em última análise, é um componente do conceito de paz. Ambos implicam na estabilidade e respeito à ordem legal estabelecida no estado democrático e de direito. Neste sentido, a persecução penal se legitima apenas quando obedece aos cânones daquele modelo político. Ou, como afirma Hassemer, o procedimento penal e sua concepção jurídica não deveriam ser visto apenas como um meio para o esclarecimento e persecução de feitos puníveis mas, também, como uma demonstração da respectiva cultura jurídica. Seu *ethos* e sua legitimação surgem a partir de uma superioridade moral frente ao controle social e esta superioridade se apóia na questão de qual são os limites e princípios de direito processual que se pretendam valer inclusive nas horas de necessidade. Na opinião do autor, apenas um processo penal de princípios firmes pode manter a confiança e o respeito da população[139].

O autor complementa ainda a exposição anterior ao esclarecer que:

> da segurança individual advinda do respeito pelo Estado dos direitos individuais e coletivos nasce a segurança social que com a primeira interagirá num processo dialético, sendo que o sistema penal num Estado democrático e de direito pauta-se pela tutela de ambos os pólos em questão[140].

A produção de normas promocionais e de forte conteúdo simbólico em relação ao sistema repressivo, em larga escala, ainda é a tônica dominante no campo político, chocando-se com a linha ideológica denominada de garantismo[141],

---

[139] CHOUKR. **Processo penal de emergência**, p. 12.
[140] CHOUKR. **Processo penal de emergência**, p. 12.
[141] A doutrina coteja algumas ponderações acerca do que se denomina como “garantias” no mencionado contexto. Álvaro Ricardo de Souza Cruz assim coloca: “É consensual numa democracia que a tutela dos direitos fundamentais seja a base para sua sustentação. As próprias ações constitucionais, chamadas por José Afonso da Silva de garantias constitucionais

que tem em seus parâmetros constitucionais a racionalidade, de justiça e de legitimidade da intervenção punitiva[142]. O que na prática leva a cultura dos direitos e garantias fundamentais a apresentar-se como motivo de entrave ao funcionamento eficiente do sistema, causando uma industrialização crescente de normas de conteúdo penal e processual penal pautada em um sombrio e nem sempre perfeitamente definido conceito de segurança.

Neste contexto surgem teorias[143] que se pretendem soluções, mas não contribuem além das reflexões sobre sua inaplicabilidade em um âmbito penal

---

procedimentais, constituem, numa concepção atual de cidadania, direitos fundamentais" (CRUZ. **Hermenêutica e jurisdição constitucional**, p. 216.).

[142] FERRAJOLI. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal, p. 683.

[143] Destaque para o histórico colacionado na obra de Luis Gracia Martín: "O discurso atual do Direito Penal do inimigo se articula em torno do paradigma da perda do seu status pelo inimigo, a quem é negada a condição de pessoa ou de cidadão. Isso significa que o inimigo é excluído da sociedade e do Estado. Uma questão que não foi suficientemente esclarecida a respeito é se a condição de inimigo, com a correspondente perda da personalidade ou da cidadania, é uma condição da qual é portador o indivíduo no momento da realização de algum fato típico do Direito Penal do inimigo – por exemplo, já é inimigo o que colabora com um bando terrorista, dado que este é um fato próprio do inimigo -, caso em que a sentença terá um valor meramente declaratório de uma situação anterior, ou se, ao contrário, é uma condição atribuída ao sujeito posteriormente, isto é, como conseqüência da sentença condenatória ditada no processo instaurado contra ele, a qual terá então um caráter constitutivo. Essa questão não foi ainda resolvida com claridade pelo discurso histórico, que consagra ambas as interpretações. Seja como for, o que agora importa destacar aqui é que, de um modo ou de outro, o inimigo é excluído da sociedade e do Estado – porque a sua auto-exclusão é um pressuposto -, e, por isso, privado de status; ou, não sendo assim, será excluído e privado de status a posteriori, mediante a sentença. Pois bem, a idéia da carência ou privação do status e da exclusão ou eliminação está presente também no discurso histórico, e além do mais, de um modo especialmente acentuado. Protágoras propõe a eliminação do sujeito, o que implica que antes esse estaria dentro da sociedade, e o sofista do Anônimo de Jâmblico aponta a submissão e a escravização do sujeito, de modo que é possível entender que ele parte da premissa de que este estava excluído por não se ter submetido previamente à lei. Tomás de Aquino sugere a eliminação ou exclusão do pecador mediante sua morte, como se fosse um animal. Rousseau nega ao sujeito a condição de pessoa ou de cidadão, e o exclui da cidadania mediante sua morte ou seu exílio, como conseqüência do processo e, portanto, a posteriori. Fichte priva o réu de assassinato premeditado de todos os direitos de cidadão e de ser humano – e o degrada e equipara a uma coisa ou a uma cabeça de gado -, e o exclui a posteriori com a morte. Kant parece considerar as duas possibilidades, a saber, que o sujeito já se encontre em um estado de natureza – caso em que já estaria de antemão excluído da cidadania e seria possível realizar contra ele atos de hostilidade – ou que se encontre em estado legal (de cidadão), no entanto não ofereça segurança, caso em que será excluído mediante atos de hostilidade e assim será privado do status. Finalmente, em Hobbes, o inimigo carece da condição de cidadão e está sempre excluído, seja porque nunca esteve vinculado ao pacto de obediência seja porque renuncia posteriormente a sua observância ou cumprimento. Nesse aspecto, definitivamente, o discurso histórico em nada difere do discurso do presente. A negação do caráter de pena ou de castigo às reações contra os inimigos está totalmente presente no discurso histórico, e de um modo quase idêntico ao atual. Tais reações se identificam inteiramente com puros atos de hostilidade, de mera força contra o inimigo, e de modo algum podem ser entendidas como retribuição pelo fato praticado, tampouco perseguem fins de prevenção geral ou de reeducação. Sua finalidade se esgota na neutralização do perigo e na insegurança que representa o inimigo, mediante a submissão deste pela força, portanto, mediante sua inocuização. O sofista do Anônimo de Jâmblico fala expressamente de uma redução à escravidão de quem não se submete à lei; Rousseau, do exercício do direito de guerra contra o inimigo, consistente na morte imposta ao

guarnecido pelos preceitos do Estado Democrático de Direito. Dessa forma apresenta-se a Teoria do Direito Penal do Inimigo.

Günther Jakobs[144] define a Teoria do Direito Penal do Inimigo com a diferenciação básica de que

> O Direito penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra. Esta coação pode ficar limitada em um duplo sentido. Em primeiro lugar, o Estado, não necessariamente, excluirá o inimigo de todos os direitos. Neste sentido, o sujeito submetifo à custodia de segurança fica incólume em seu papel de proprietário de coisas. E, em segundo lugar, o Estado não tem por que, em especial, para não fechar a porta a um posterior acordo de paz. Mas isto em nada altera o fato de que a medida executada contra o inimigo não significa nada, mas só coage. O Direito penal do inimigo (em sentido amplo: incluindo o Direito das medidas de segurança) combate perigos; com toda certeza existem múltiplas formas intermediárias.

o que complementa Manuel Cancio Meliá[145]

> o Direito penal do inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto

---

vencido; Kant, no exercício de hostilidades contra quem não oferece a segurança própria do estado legal; e Hobbes, finalmente, do exercício de atos de hostilidade por meio dos quais o Estado cause ao inimigo todo o mal que entenda necessário. De modo conseqüente com tudo isso, também no discurso histórico está presente a idéia de que essas medidas não estão reguladas pelo Direito (positivo), mas constituem, isso sim, um exercício do Direito (natural) de guerra. No que se refere à possíveis figuras legais do Direito Penal do inimigo, já vimos como em Hobbes está claramente perfilhada a punibilidade dos atos preparatórios com penas desproporcionais e sem garantias de nenhum tipo. O mesmo pode ser dito no caso de Kant, quanto nivela o mero perigo pela ausência de segurança (statu iniusto) à efetiva lesão (de facto). No presente, Jakobs adverte, de modo expresso, contra Rousseau e Fichte, que, 'em princípio, um ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito também o criminoso, e isso por uma dupla razão: por um lado, o delinqüente tem o direito de voltar a se entender com a sociedade, e para isso deve manter seu status de pessoa, de cidadão, em resumo: sua situação dentro do Direito. Por outro lado – conclui Jakobs – o delinqüente tem o dever de efetuar a reparação, e mesmo os deveres têm como pressuposto a existência de personalidade; em outras palavras, o delinqüente não pode se despedir arbitrariamente da sociedade através de seu fato'. Por sua vez, Silva Sánchez admitiria alguma normativa do Direito Penal do inimigo somente em situações extremas e com a condição de que aquela fosse sempre um mal menor em termos de proporcionalidade. Pois bem, inclusive nessa idéia de excepcionalidade extrema de um Direito Penal do inimigo, e na sua consideração implícita ou explícita como um mal que deve ser evitado a todo o custo, coincidem o discurso do presente e o histórico. Os esforços para evitar a todo o custo a exclusão do delinqüente estão muito claros em Fichte quando propõe como remédio o contrato de expiação; e também em Hobbes se observa uma tendência a manter o delinqüente dentro do estado de cidadania até onde for possível, aduzindo para isso uma ampla relação de motivos 'compreensíveis' que levam o cidadão a delinqüir e reconhecendo inclusive o perdão como um imperativo da lei natural." (GRACIA MARTÍN. **O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo**, p. 124-127).

[144] JAKOBS, Günther. Direito Penal do Inimigo. *In*: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Orgs.). **Günther Jakobs e Manuel Cancio Meliá. Direito Penal do Inimigo**: noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 30.

[145] MELIÁ, Manuel Cancio. 'Direito Penal' do Inimigo?. *In*: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Orgs.). **Günther Jakobs e Manuel Cancio Meliá. Direito Penal do Inimigo**: noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 67, 70-71.

> de referência: o fato futuro), no lugar de – como é o habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas. (...) A essência deste conceito de Direito Penal do inimigo está, então, em que constitui uma reação de combate, do ordenamento jurídico, contra indivíduos especialmente perigosos, que nada significam, já que de modo paralelo às medidas de segurança, supõe tão-só um processamento desapaixonado, instrumental, de determinadas fontes de perigo, especialmente significativas. Com este instrumento, o Estado não fala com seus cidadãos, mas ameaça seus inimigos. (...) Por isso, propor-se-ão duas diferenças estruturais (intimamente relacionadas entre si) entre 'Direito penal' do inimigo e Direito penal: a) o Direito penal do inimigo não estabiliza normas (prevenção geral positiva), mas denomina determinados grupos de infratores; b) em conseqüência, o Direito penal do inimigo não é um Direito penal do fato, mas do autor. Há que ser enfatizado, de novo, que estas características não aparecem com esta nitidez preto no branco, no texto da Lei, mas que se encontram sobretudo em diversas tonalidades cinzentas.

Seria apropriado dizer que tal teoria reveste-se com uma roupagem nova de conceitos velhos. Faz-se renascer das cinzas de um poder estatal arbitrário, violento e desumano, há muito combatido na história[146], que justificava seus atos de crueldade na função tuteladora da "segurança social" a ser exercida pelo Estado, principalmente quando no combate ao crime.

O catedrático criminalista alemão Günther Jakobs, já na década de 80, sustentava os créditos pelo desenvolvimento da argumentação da teoria do direito penal do inimigo, ou, nas palavras de Cleber Rogério Masson, da "criação de uma nova teoria da ação jurídico-penal, o funcionalismo radical ou sistêmico, analisado como o pensamento que reserva elevado valor à norma jurídica como fator de proteção social". Para Jakobs, revela Masson, "apenas a aplicação constante da

[146] Um rápido olhar na história nos remete à Atenas, onde os crimes contra os deuses e as instituições do Estado eram punidos com a morte, desconsiderando-se nestes casos a intenção do autor. Assim também o era no mundo romano, onde a traição à pátria (em suas variadas hipóteses), era castigada com requintes de crueldade (fustigação e decapitação com o machado), para culminar na morte certa e destituída do reconhecimento da condição de pessoa. Nas Ordenações Européias consolidadas no direito penal entre os séculos XV e XVII, destacam-se as Portuguesas Afonsinas, Manoelinas e Filipinas pela brutal severidade no trato dos hereges, apóstatas, feiticeiros, pederastas e autores dos considerados *crimen laesae majestatis*, punindo-os com a morte, na maioria das vezes, pela vivicombustão precedida de tortura. Em todos os tempos, uma hedionda característica jungia os atos arbitrários: a pessoa a ser punida era considerada *inimiga* do Estado. Este macabro rótulo — a despeito de toda a evolução humanitária advinda do iluminismo e do racionalismo no trato aos direitos humanos a partir do século XVIII —, ressurgiu no século XX a justificar o genocídio de milhares considerados *inimigos* do nazismo, comunismo, fascismo entre outros, nas vestes de um Estado policial autoritário. (LUISI. **Direito penal em tempos de crise**, p.113-114).

norma penal é que imprime à sociedade as condutas aceitas bem como os comportamentos indesejados"[147].

Ao estudar a Teoria do Direito Penal do Inimigo, a partir dos textos de Günther Jakobs, Eugênio Pacelli de Oliveira[148] é categórico ao afirmar que

> Dentre os mais modernos sistemas penais da atualidade, a obra do Prof. Günter Jakobs ocupa posição de proeminência, ao menos no que respeita à complexidade teórica e às perplexidades geradas por boa parte de suas concepções, a maioria delas relacionadas com a base de sua estrutura jurídico-penal, sobretudo a partir da teoria da pena ali sustentada, bem como da perspectiva traçada na sua articulação do conceito de sociedade. Embora o ilustre jusfilósofo – o Prof. Jakobs é Catedrático (atualmente aposentado) de Filosofia do Direito e de Direito Penal da Faculdade de Bonn, Alemanha – tenha construído um dos mais conseqüentes sistemas de dogmática penal das últimas décadas, curiosamente o que parece ter despertado a atenção de grande parte do universo das Ciências Penais sequer encontra-se entre as categorias dogmáticas que integram o seu sistema (à exceção, talvez, da culpabilidade, também objeto de forte oposição), mas, por razões as mais diversas, nas conseqüências por ele obtidas de sua teoria da pena, base para a estruturação de seu funcionalismo penal. De modo muito especial, as críticas subiram, e muito, de tom, em relação à já conhecidíssima teoria do chamado direito penal do inimigo. (...) Em apertada síntese, as principais críticas agrupam-se no seguinte: a) faltaria uma definição mais clara acerca do inimigo, isto é, uma maneira mais ou menos segura de identificar a distinção entre o cidadão e o inimigo; b) a própria expressão direito do inimigo já insinuaria uma contradição em termos (direito x inimigo); c) destinar o tratamento de inimigo a um criminoso colocaria o Estado na posição de terrorista; d) não haveria distinção entre a guerra e o direito penal do inimigo, abrindo-se espaço para uma lógica de guerra interna, sob os auspícios de uma falsa mensagem de segurança nacional; e) a teoria social do direito penal evoca uma funcionalização sistêmica da sociedade, em prejuízo da humanidade que dignifica o ser no mundo. No Brasil, as objeções foram ainda mais ácidas: nazismo, totalitarismo, violação permanente aos direitos humanos, e, por fim, desconsideração da pessoa, ao fundamento de que o direito penal do inimigo trataria o autor do crime como coisa e não como pessoa. De fato, é voz corrente, no país, que Jakobs teria chegado ao ponto de dizer que o inimigo "não era pessoa"; daí a conclusão de tratar-se de coisa. Das muitas dúvidas que a concepção do ilustre jusfilósofo alemão pode levantar, essa, seguramente, não deveria ser colocada nos termos em que geralmente se professa no Brasil. É equívoco manifesto dizer que Jakobs desconsidera a humanidade intrínseca do chamado inimigo, reduzido que se veria ao mundo dos objetos. Jakobs jamais disse isso. Mais ainda: nem mesmo uma objeção que quisesse associar o inimigo (do Direito Penal) àquele da guerra (o que não se encontra na obra de Jakobs), na qual se defende a soberania do país e não a violação a bens jurídicos, contempla a citada coisificação do indivíduo. A nosso aviso, algumas e sérias objeções podem ser levantadas ao chamado direito penal do inimigo, tanto em seu aspecto material (do direito penal propriamente dito) quanto no aspecto processual. Aliás, diríamos que, em relação ao processo penal, há problemas de maior visibilidade, já que a redução das garantias

[147] Assim justificada na obra doutrinária do autor "Derecho penal del enemigo". (JAKOBS. **Derecho penal del enemigo**). MASSON. **Processo penal e garantias constitucionais**, p. 141-142.

[148] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli (eugenio_pacelli@terra.com.br). Envio de **Apresentação da Obra Direito Penal do Inimigo**. 17 mai. 2008. Enviado às 11h07min. Mensagem para: Sérgio Henriques Zandona Freitas (sergiohzf@uai.com.br).

processuais, feitas a partir de uma definição a priori do autor do fato, que, abstratamente, se incluiria entre as manifestações de desrespeito à identidade normativa (já veremos o que isso significa), reduz a essência da própria garantia, que, no plano da descoberta da materialidade (fato) e da autoria, se põe como embaraço exatamente às antecipações de juízos de certeza que podem provir do Poder Público, já então não mais como saber e conhecimento, mas como manifestação exclusiva do poder de autoridade. (...) Acerca do formalismo excessivo do conceito de bem jurídico penal (a norma penal), o autor sustenta que referido questionamento também poderia ser lançado ao tradicional conceito de bem jurídico, presente nos demais sistemas penais, já que somente em determinada sociedade concreta é que se saberia quais seriam aqueles (bens) eleitos (em Lei) para proteção. Assim, a mesma fonte da criação da norma penal que é protegida no sistema de Jakobs seria também responsável pela escolha dos bens jurídicos protegidos nos demais sistemas. Nesse ponto, devem ser registrados os inúmeros movimentos doutrinários que propugnam por uma associação entre o Direito Penal e o Direito Constitucional, para fins de determinação prévia dos bens jurídicos a serem objeto de tutela penal. Aliás, de nossa parte, pensamos que sequer seria necessário qualquer registro em texto constitucional para que fossem reconhecidos como tais o direito à vida, à integridade física e psíquica, por exemplo, sem os quais sequer se poderia pensar na coexistência humana. Nesse ponto, porém, pensamos não haver como fugir de pelo menos uma constatação: a exigência de lesão a bens jurídicos, para fins de legitimação de uma norma penal, parece oferecer maior segurança ao cidadão, enquanto se puder qualificar como tal (bem jurídico) somente aquele objeto de valoração socialmente reconhecida. Já em relação às críticas dirigidas ao chamado direito penal do inimigo, passa já da hora de tratar do tema em seus devidos termos, a fim de se evitar um inaceitável processo de demonização do não-alinhado teoricamente (inimigo?). Não aderir às conseqüências extraídas de semelhante modelo, como é o nosso caso, é uma coisa; outra, muito diferente, é repudiar a priori a idéia, apenas pelo que aparentemente ela sugere, sem o exame mínimo de sua fundamentação. Adiante-se logo que não há qualquer coisificação do homem em semelhante perspectiva (do direito penal do inimigo). Ao dizer que o denominado (e muito mal escolhido, com o devido respeito) inimigo não poderia ser tratado como pessoa, Jakobs simplesmente levou seu sistema às últimas conseqüências. Pessoa, para ele, como visto, é aquele titular de direitos e deveres em determinada ordem social. Cidadão, portanto, é aquele de quem se pode esperar o conhecimento da estrutura normativa da sociedade e o comportamento segundo expectativas comunicativamente compartilhadas. O motorista somente atravessa o sinal verde porque espera que aquele que estiver em outra direção respeite também o sentido da proibição do sinal vermelho. Do contrário, não seria possível o tráfego de veículos automotores. E o trânsito é uma daquelas necessidades básicas que parece revelar a convergência valorativa (senso comum) a que tivemos oportunidade de nos referir, e, por isso, está já entronizado na interação social. Mas o que aqui mais nos interessa é desmistificar certas incompreensões acerca da obra de Günther Jakobs. A pena, da maneira como a concebe o autor, é a manutenção da vigência da norma, pela marginalização do sentido emanado do ato contrário a ela. Por certo que muitas podem ser as motivações para que alguém deixe de observar determinada regra legal, indo desde pretensões de resistência ou desobediência cívica em relação à injustiça de seu conteúdo até o mero proveito pessoal que de tal descumprimento resulte. Mas, nesse passo, é de todo relevante assinalar que não se pode pensar na perda de cidadania de todo aquele que descumpre determinada norma penal. O inimigo a que se refere Jakobs, ao contrário de muito quanto já se alegou, não perde a sua humanidade. Não receber o tratamento de pessoa (social e jurídica, portanto) significa dizer apenas que determinados comportamentos, em

> razão de sua peculiar natureza, poderiam revelar o completo abandono de uma sociedade com a qual, não só não se compartilha valor algum, mas também da qual não se respeitam as condições fundamentais de sua existência. É para essa situação que, segundo o autor, se justificaria o incremento das proteções penais e processuais penais. Do ponto de vista teórico, se a ordem jurídica e social forem legítimas do modo que são pressupostas em Jakobs, ou, acrescentaríamos, orientadas pela adesão interna e baseadas na realização dos direitos fundamentais que ainda justificam a vida social e a vontade livre, não se poderá inquinar de arbitrária a distinção feita em relação ao cidadão. A distinção (e não o tratamento), compreenda-se bem. Teoricamente, repita-se, essa distinção parece mesmo produzir efeitos, não no que diz respeito ao tratamento penal e/ou processual penal de um (cidadão) e de outro (inimigo ou não-cidadão), mas no âmbito da teoria da pena, afastando, no último caso, quaisquer pretensões de justificações no campo da prevenção positiva. Afinal, como se esperar eficácia preventiva e comportamento segundo o direito daquele que se manifesta (Problema: quem, quando e como saber?), desde logo e sempre, contrário às mais essenciais regras de coexistência. De todo modo, a expressão inimigo parece-nos inadequada, particularmente no âmbito de uma teoria essencialmente jurídica como ocorre no sistema penal. Aliás, pode-se estimar que a força beligerante de seu sentido mais usual é responsável pela maioria das objeções que suscitou. Daí a associação do não-cidadão à guerra, ao totalitarismo e outras intolerâncias. Pensamos também que a percepção da aludida distinção entre cidadão e não-cidadão (inimigo) não teria, necessariamente, que desaguar em uma distinção de tratamento penal e processual entre eles, sobretudo no terreno do processo penal, que em última análise, e ainda que sob um viés funcional, presta-se ao conhecimento do fato e de todas as suas circunstâncias, e, por isso mesmo, há de vedar antecipações de juízo, sobretudo quando pautadas em critérios materiais, como a maior gravidade ou a natureza do delito em apuração. Embora se possa entender semelhante perspectiva sob a ótica de uma teoria essencialmente normativa como é o sistema de Jakobs, orientada por critérios definidos a priori, permanecemos na compreensão de que a maior ou menor reprovação do fato, bem como o exame das especificidades de sua execução, quando puderem autorizar medidas acautelatórias mais invasivas que aquelas normalmente admitidas para os demais crimes (casos de interceptação telefônica, de dados etc.), não serão, por elas mesmas, a justificação para a diversidade de tratamento legislativo. São as previsíveis dificuldades na sua descoberta (do fato) – essas, sim, passíveis de definição em abstrato - que poderão legitimá-las, por exigência do próprio conhecimento, no sentido processual, isto é, da certeza carente de demonstração empírica. Aliás, essa é uma questão de grande relevância, na medida em que somente a identificação do móvel (motivo) da ação é que poderia demonstrar cabalmente a classificação (cidadão ou não) de seu agente. (...) Por fim, se é verdade que não se pode pensar em identidade normativa em uma sociedade tão fragmentada como a brasileira, na qual tão poucos ainda determinam o horizonte de existência de tantos, de outra parte, porém, soa bastante proveitoso pensar-se em níveis de convergência valorativa, não (ou, ainda não) em termos sociais, mas no âmbito mesmo do Direito, quando nada para a confirmação das desigualdades diversas, a reclamar solução jurídicas distintas de casos aparentemente (ou formalmente) idênticos, mas, também, para a revelação das comunhões básicas e gerais (vida, integridade física e psíquica, liberdade sexual, de pensamento e tantos mais se façam presentes no correr histórico nacional).

O contemporâneo teórico coloca em discussão a real efetividade do direito penal existente face à criminalidade moderna. Posiciona-se de forma inequívoca

pela adoção do direito penal do inimigo, erguido e impulsionado pela necessidade de se revolucionar os conceitos clássicos arraigados, “pugnando pela flexibilização ou mesmo supressão de diversas garantias materiais e processuais até então reputadas em uníssono como absolutas e intocáveis”[149]. O que significa dizer, na prática, que aquele considerado *inimigo*, não se enquadra no conceito de cidadão, já que considerado uma ameaça à ordem pública, não pode usufruir de direitos processuais, como o da ampla defesa e o de constituir defensor, sendo mesmo destituído de sua posição de sujeito na relação jurídico-processual.

O caráter antecipatório, sobretudo, deve guiar as premissas do direito penal do inimigo, adiantando a tutela penal para atingir atos preparatórios, alargando-se o campo de incidência das medidas preventivas e cautelares, sem redução quantitativa da punição, visto que o inimigo não tem direitos e, assim, seu sacrifício se impõe para a proteção do interesse público, pois, conforme julga Jakobs

> se o inimigo é um ser manifestamente voltado para os crimes e se sua condição pessoal revela a ilicitude de sua atuação, não se pode esperar pratique ele infrações penais para, posteriormente, cobrar-se repressão pelo Estado, como se dá com cidadãos comuns. Ao contrário, para a manutenção da ordem deve-se combater sua periculosidade, impondo-se uma medida de segurança com a **mera demonstração da futura e eventual prática de um crime**[150]. (Grifos nossos)

Ora essa, acredita então Jakobs haver sob o Estado (leia-se sob os que o rege) o manto da premonição? Por fatídica *coincidência* e sob *similares justificativas*, ele reinicia o rotulamento e ataque prévio a pessoas exatamente no país onde o nazismo etiquetou e calou milhares considerados intolerados pelo Estado autoritário, selecionados por condições estritamente subjetivas e pessoais. Pois não seriam estas ações e critérios diretamente contrários aos preceitos do processo constitucional balizados pelo Estado Democrático de Direito?

---

[149] Para Jakobs, transposto pelas palavras de Masson, o inimigo “é o indivíduo que afronta a estrutura do Estado, pretendendo desestabilizar a ordem nele reinante ou, quiçá, destruí-lo. É a pessoa que revela um modo de vida contrário às normas jurídicas, não aceitando as regras impostas pelo Direito para a manutenção da coletividade. Em assim agindo, demonstra não ser um cidadão e, por conseqüência, todas as garantias inerentes às pessoas de bem não podem ser a ele aplicadas”. E, “Possível, assim, a eliminação de direitos e garantias individuais, uma vez que não paira necessidade de obediência ao devido processo legal, mas a um procedimento de guerra, de intolerância e repúdio frente ao inimigo”, nas palavras de Masson retirada dos estudos da teoria em análise. (MASSON. **Processo penal e garantias constitucionais**, p. 142, 143, 144 e 146).

[150] MASSON. **Processo penal e garantias constitucionais**, p. 145.

A rigor e contrário senso, ainda que pese toda a carga destrutiva de tal doutrina, certo é que o dano de suas reflexões é manifestamente percebido nos sistemas jurídicos penais dos contemporâneos Estados Democráticos de Direito. Assim o é, por exemplo, na dita legislação emergencial da Itália. Sob o crivo do combate ao terrorismo, ao crime organizado e outros tantos *inimigos* presentes em vestes diversas, mas com práticas delituosas da maior gravidade, desprezam-se direitos da pessoa humana, em prol de uma suposta eficácia no combate à criminalidade[151].

Para tanto, ao apreciar a Teoria do Direito Penal do Inimigo, Luiz Gracia Martín[152] destaca a necessidade de observância do Direito Penal democrático e do Estado de Direito

> O Direito Penal democrático e do Estado de Direito deve tratar todo homem como pessoa responsável, e não pode ser lícito nenhum ordenamento que estabeleça regras e procedimentos de negação objetiva da dignidade do ser humano, sob hipótese alguma. Um ordenamento que incluísse regras incompatíveis com a dignidade do ser humano, como já dito, seria injusto, e acarretaria a desvinculação do Estado do Direito, dado que, como proclama o art. 1 da CE, a justiça é um valor superior do ordenamento jurídico do Estado de Direito. Nem sequer o homem poderia dispor de sua dignidade, porque esta é uma qualidade inseparável de seu substrato ontológico. Como já vimos, para Pufendorf, a qualidade mais importante do homem é a que ele designou como imbecilitas e entendeu como o desamparo do homem entregue a si mesmo. Semelhante qualidade tem como força neutralizadora a socialitas, ou seja, a necessidade do homem de viver em sociedade com outros homens, passível de realização graças à liberdade ética do homem, isto é, à sua dignidade. Um homem que, renunciando à sociabilidade, optasse por configurar sua vida fora e à margem da sociedade, e se opusesse inclusive frontalmente à sua ordem, expressaria também nisso uma decisão de liberdade ética e com ela manteria intacta sua dignidade. Nessa situação, porém, deveria enfrentar sozinho essa ordem, estranha a ele, configurada como sociedade por outros homens, e teria também que esperar respostas e reações dessa ordem do mesmo modo que teria que esperá-las da ordem físico-natural com a qual se relaciona e interage. Pois bem, enquanto as respostas e reações do mundo físico-natural são necessárias e inapeláveis, as do mundo social são só contingentes, pois somente podem ser entendidas como produto de convenções entre homens, isto é, entre seres iguais àquele que decidiu livremente renunciar à sociabilidade para manter-se sozinho na imbecilitas da qual falava Pufendof. Mas assim como as reações e respostas do mundo físico-natural desconhecem medidas e justiça, porque são assim e não podem ser de outro modo, as do mundo social, ao contrário, na medida em que não são necessárias, devem, sim, ser medidas com os critérios do valor, da justiça e da proporcionalidade. Por tudo isso, parece necessário reiterar aqui a chamada de Pufendof, e entender com ele que, mesmo quando não se espere de outro homem nada bom (nem mau), a natureza quer eu este seja tratado como igual e semelhante nosso, porque essa razão basta por si só, ainda que não houvesse nenhuma outra, para que o

[151] LUISI. **Direito penal em tempos de crise**, p.130.
[152] GRACIA MARTÍN. **O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo**, p. 176-177.

> gênero humano forme uma comunidade pacífica. Por outro lado, é preciso levar em consideração que muitos dos casos que o discurso do Direito Penal do inimigo pretende absorver são casos típicos de delinqüentes por convicção. Mas como disse Welzel, 'aqui também, e precisamente aqui, o Direito deverá mostrar-se como Direito e não simplesmente como poder', para que desse modo 'a luta em torno da conformação justa das relações sociais seja sempre uma polêmica entre idéias, e não se busque colocar fim nela pela submissão, nem muito menos pela aniquilação do homem pelo homem'.

Nesse sentido, as ponderações de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli[153]:

> o denominado 'Direito penal do inimigo' abriga dois fenômenos criminais: o simbolismo do Direito penal e o punitivismo expansionista, capaz de agregar, num mesmo ninho, o conservadorismo e o liberalismo penal. Os paradigmas preconizados pelo 'Direito penal do inimigo' mostram aos seus 'inimigos', toda a incompetência Estatal, ao reagir com irracionalidade, ao diferenciar o cidadão 'normal' do 'outro'. A excepcionalidade há de ser negada com o Direito penal e processual penal constitucionalmente previstos, na medida em que a reação extraordinária afirma e fomenta a irracionalidade.

Uma involução injustificada quando da aplicação de tal teoria.[154] Se não bastasse a crescente atuação do inimigo evidenciando a carência de resultados práticos, há um irrefutável conflito entre o pilar fundamental do Estado Democrático de Direito, qual seja, a afirmação da dignidade do ser humano pela proteção de seus

---

[153] CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José. Prólogo III. *In*: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Orgs.). **Günther Jakobs e Manuel Cancio Meliá. Direito Penal do Inimigo**: noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 17-18.

[154] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. BUSATO, Paulo César. Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigo. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, a. 4, n. 14, p. 137-169, 2004. PEGORINI, Fernanda Vecchi; ALMEIDA, Francis Moraes de. A emergência do 'risco' na política criminal brasileira. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, a. 7, n. 25, p. 183-201, abr./jun. 2006. GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, a. 13, n. 56, p. 80-112, set./out. 2005. PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, a. 12, n. 47, p. 31-45, mar./abr. 2004. BURG, Jochen. Direito penal do inimigo como teoria da vigência da norma e da pessoa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, a. 14, n. 62, p. 107-133, set./out. 2006. MALAN, Diogo Rudge. Processo penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, a. 14, n. 59, p. 223-259, mar./abr. 2006. BUSATO, Paulo César. Quem é o inimigo, quem é você? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, a. 15, n. 66, p. 315-371, mai./jun. 2007. CARVALHO, Thiago Fabres de. O 'Direito Penal do Inimigo' e o 'Direito Penal do Homo Sacer da Baixada': exclusão e vitimação no campo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, a. 7, n. 25, p. 85-119, abr./jun. 2007. NEUMANN, Ulfrid. Direito penal do inimigo. Trad. Antonio Martins. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, a. 15, n. 69, p. 156-177, nov./dez. 2007. BARBATO JÚNIOR, Roberto. Direito, sociologia e ficção: o controle social e os comportamentos desviantes. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, a. 4, n. 14, p. 170-182, 2004.

direitos e garantias individuais, com a tolerância de supressão de referidos direitos e garantias, conforme defendido por Jakobs[155].

2.5 Direito comparado

A abordagem comparativa do tópico requer cuidado, em virtude das diferenças internas existentes entre os diversos ordenamentos e dos naturais obstáculos para se captar com lealdade o sentido e alcance das normas jurídicas que refletem outra cultura e derivam de valores sociais, econômicos e políticos distintos. Mas faz-se mister por ser a inserção deste fator no presente estudo, não optativa e sim preponderante para a complementação dessas análises.

Reforça Ada Pellegrini Grinover quanto à importância da análise do estudo comparado, ao afirmar que

> trata-se de examinar a resposta desordenada do legislador estrangeiro a instâncias urgentes da sociedade, levando à emanação de leis esparsas, às vezes contraditórias, que buscam dar solução, mediante um emaranhado de normas, a problemas contingentes ligados ao crime organizado.[156]

Ocorre ainda que os crimes ligados à legislação de emergência vêm sendo alvos do envolvimento cooperativo entre os países, sobretudo em relação aos crimes organizados ligados à lavagem de dinheiro e tráfico de drogas, tornando imperioso o empreendimento de forças na construção dos textos supranacionais reguladores da matéria. Esta ação conjunta tende a projetar legislações internacionais com o mínimo de tutela legal, quer na ótica do jurisdicionado, quer na ótica estatal, formando parâmetros de proteção à dignidade humana, ainda que em proporções diminutas, a partir das várias legislações nacionais envolvidas na cooperação internacional.

Analogamente, o estudo comparado, ao apresentar parâmetros de tendências legislativas nos planos internos e interagindo-as para o plano

---

[155] LUISI. **Direito penal em tempos de crise**, p.131.
[156] GRINOVER. O crime organizado no sistema italiano. **Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Penais**, n. 12, p. 76.

transnacional, revela-se bússola a orientar o legislador a errar menos sem a pretensão de traduzir-se em soluções imperiosas.

A abordagem analítica sob o enfoque Europeu-Continental suscita iniciar-se pela recorrente necessidade da emergência Italiana. Lá a tradição literária sobre o tema é que o alimenta, visto que a doutrina trata o conceito de emergência como muito pouco produtivo para reflexões que pretendam não se fundar sobre o vazio. Chiavario compartilha sua perspectiva realista da situação, para quem a emergência não é uma invenção, mas um fenômeno de longo período; que vem há longo tempo e durará ainda longamente.[157]

O relacionamento dramático travado entre o processo penal italiano e o combate à criminalidade, numa análise panorâmica, atenta à necessidade de uma legislação *mais rígida*, que não perca de vista o devido equilíbrio com as garantias individuais assumidas pela Constituição italiana, bem como com os textos supranacionais naquele país ratificados.

Um lento processo de reforma, calcado basicamente em leis, surgiu na Itália a partir da necessidade de superação do velho modelo processual penal, imposta pelo pós-guerra. Há desde então uma longa caminhada entre as codificações autoritárias — em particular as de cunho fascista — até a chegada do atual Código, em vigor desde 1989 e, malgrado inúmeras críticas sofridas, de perfil acusatório e voltado para o equilíbrio dos valores eficiência e garantia, conforme aponta Chiavario.[158]

Os acontecimentos políticos, especialmente os ligados à máfia e ao terrorismo, influenciaram e tornaram tortuosa a caminhada e avanço do novo Código, marcado por *retrocessos* que evidenciaram a precisão não só de um Código novo, mas de uma nova cultura codificada.

O nascente processo penal acusatório foi alvo de uma onda de críticas, acentuadamente no que dizia respeito à incredulidade em sua eficácia no combate à máfia, sem afastar, no entanto, as vozes mais otimistas, tornando natural por conseqüência, a reinserção da política emergencial.

---

[157] Cf. CHOUKR. **Processo penal de emergência**, p. 75.
[158] Cf. CHOUKR. **Processo penal de emergência**, p. 77.

Segundo Ada Pellegrini Grinover, em relação às medidas adotadas frente à criminalidade organizada na Itália, “criou-se com elas um sistema completo contra o crime organizado, cuidando-se de aspectos penais, processuais e administrativos, passando pelo ordenamento penitenciário e chegando-se à proteção dos colaboradores da justiça e da vítima”[159]. Com efeito, pode-se dizer que o sistema codificado convive com um subsistema dito emergencial – com parâmetros próprios para a produção de prova, prisão cautelar, execução de penas, dentre outros, embora careça ainda se investigar até que ponto essa convivência é pacífica e contribui para o desejado equilíbrio entre os fatores de garantia e eficiência na equação processual de emergência.

Sobre esse ponto, Luigi Ferrajoli[160] colaciona críticas a tal modelo legislativo italiano, indicando males da legislação emergencial de forma contundente:

> A cultura de emergência e a prática da exceção, antes mesmo das transformações legislativas, são de fato responsáveis pela involução do nosso ordenamento punitivo que se expressa na reedição, em trajes modernizados, dos velhos esquemas substanciais próprios da tradição penal pré-moderna, bem como na recepção pela prática judiciária de técnicas inquisitivas e de métodos de intervenção que são típicos da atividade de polícia. [...] Certamente as leis de emergência alargaram de maneira enorme o poder jurisdicional de disposição, legitimando arbítrios e abusos.

e complementa

> esta concessão da emergência outra coisa não é que a idéia do primado da *razão de Estado* sobre a *razão jurídica* como critério informador do direito e do processo penal, seja simplesmente em situações excepcionais como aquela criada pelo terrorismo político, ou de outras formas de criminalidade organizada. Ela equivale a um princípio normativo de legitimação da intervenção punitiva: não mais jurídica, mas imediatamente política; não mais subordinada à lei enquanto sistema de vínculos e de garantias, mas à esta supraordenada. [...] A exceção, de outra parte, forma por si só a fonte mais ou menos latente de legitimação externa de toda a prática judiciária conscientemente disforme às regras ordinárias. As práticas, de fato, todas as vezes obstaculizadas por impasses legais e garantistas, são sempre vistas com sentimento de exceção, isto é, com a idéia de que, no caso concreto, tanto mais se política ou socialmente grave e alarmante, é “excepcional” em relação à regra. [...] As duas coisas são obviamente conexas, assinalando, em níveis diversos, uma mesmíssima crise de legalidade do direito penal, resultado da crescente divergência entre o seu dever ser normativo e o seu ser efetivo. Mas uma não justifica a outra, ainda que seguramente tenha contribuído para alimentá-la.

---

[159] GRINOVER. O crime organizado no sistema italiano. **Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Penais**, n. 12, p. 86.

[160] FERRAJOLI. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal, p. 649-650.

Concluindo o citado autor que “o direito penal produzido na Itália para enfrentar a emergência do terrorismo e da criminalidade organizada é, indubitavelmente, sob mais de um dos pontos perfilados contrastante com os princípios do Estado de direito”[161].

Constata-se, portanto, que a potencial inoperância processual italiana para combater problemas socialmente substanciais coloca em xeque a utilidade ou instrumentalidade do sistema de emergência naquele país.

O conceito de gravidade corroborado ao terrorismo na França fez surgir um regime jurídico derrogatório do direito comum, passível tanto ao terrorista quanto ao delinqüente, não obstante, com avanços positivos a serem notados entre os instrumentos de ordem procedimental e instrutória, designados pela legislação francesa no combate ao terror, em esfera emergencial. Em geral, a investigação e a persecução como um todo deverá obedecer os cânones da Convenção Européia dos Direitos dos Homem, da qual a França é signatária.[162]

Na Alemanha, as turbulentas experiências políticas na sociedade, em fins da década de sessenta, levaram à adoção de uma série de técnicas de combate ao terrorismo. No Direito deste país, compõe o pacote de medidas emergenciais um pequeno grupo de rígidas leis que tiveram como características fundamentais o incremento do poder executivo, consubstanciado no aumento do poder policial e medidas administrativas de controle social; sendo muitas dessas normas, anos mais tarde, aperfeiçoadas e deslocadas para o combate da criminalidade organizada.

Essa legislação emergencial fez surgir medidas administrativas, além de outras que ampliavam os mecanismos investigatórios e colaboracionais. Na primeira, possibilitou-se o patrulhamento ideológico. No mecanismo seguinte, com a atual lei de repressão ao tráfico de entorpecentes e outras formas de criminalidade organizada datada de 1992, destaca-se a regulamentação de agentes infiltrados nos procedimentos policiais de investigação. Ficando, portanto, para exemplificar-se por

---

[161] Justificadas tais afirmações pelo fato de que “enquanto a razão de Estado persegue a ‘verdade substancial’ com qualquer meio, e assim admite procedimentos inquisitivos aptos a identificar o inimigo, com investigações diretas sobre a pessoa além das ações cometidas, a jurisdição persegue a ‘verdade formal’ ou ‘processual’, segundo regras como a possibilidade fática da imputação, a presunção de não culpabilidade, o ônus da prova e o contraditório, que a submetem à verificação da acusação e a expõem a falsificação da defesa” (FERRAJOLI. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal, p. 649-650).

[162] Cf. CHOUKR. **Processo penal de emergência**, p. 93.

último, a chamada técnica colaboracionista do direito premial ou *Der Kronzeug* (testemunhos da coroa), com a qual se buscava o bandeamento para a legalidade de supostos autores de práticas punidas com as técnicas da emergência[163]. Mais uma vez, as colocações citadas valem-se de uma visão panorâmica sob os pontos de destaque.

O resultado da aplicabilidade desses métodos de emergência colocou em dúvida sua funcionalidade em face às atitudes tomadas pelos suspeitos, sobretudo os de práticas terroristas, que continuaram seus atos de protesto mesmo após sofrerem as coações por ele impostas.

Já na Espanha percebe-se paradoxal tradição em leis emergenciais, quando se analisa o fato de que o fenômeno terrorista deixa de ser considerado como algo episódico para merecer tratamento perene, ao serem tais leis emergenciais assentadas na própria Constituição.

A legislação emergencial espanhola cercou-se de medidas com forte caráter de repressão política, o que culminou em parcos resultados práticos e alto grau de violência estatal. Encontra-se nesse ordenamento também previsto a figura do colaborador ou arrependido, presente de forma praticamente idêntica à figura do direito italiano.

2.6 O Processo de emergência no direito brasileiro

O solo brasileiro não é alvo de práticas terroristas de cunho político-religioso, ou de atividades mafiosas nos moldes italianos, mas impõe, face aos conflitos causados pelo aumento constante dos delitos e o combate ao crime organizado, o emprego simbólico do sistema repressivo como canal principal de regulação social, na forma de uma legislação específica.

Quando se leva em conta a cultura emergencial na situação brasileira, identifica-se a característica peculiar aos países em processo de (re)democratização, onde os valores que lhes são próprios mal são estabelecidos no pacto de civilidade e acabam por serem desmoronados na prática dos operadores

[163] Cf. CHOUKR. **Processo penal de emergência**, p. 97.

do direito – e na prática social de forma geral – que assim conferem uma vivência apenas formal aos cânones culturais da normalidade, sendo particularmente sensíveis neste aspecto a lei brasileira acerca dos *crimes hediondos*, de combate à criminalidade organizada e a lei de lavagem de dinheiro[164].

As tensões que dão vida às leis repressivas de caráter substancial ou instrumental, muitas vezes se esvaem das pressões, restando apenas o efeito danoso cultural no sistema, e nesse sentido cresce em importância a conceituação de emergência, conforme nos apresenta Fauzi Hassan Choukr[165]. Não se pode admitir um conceito de segurança que passe pela violação das normas fundamentais, estatuídas no ato de fundação da sociedade.

Vale ressaltar inicialmente a dicotomia no atual quadro do Código Penal no que se refere à normalidade *versus* a emergência. Não é possível sequer identificar no bem jurídico penalmente tutelado um norte para essa opção. Observa-se, por conseguinte, o paradoxo de ter a normalidade em muitos casos se transformado em exceção, relação facilmente comprovada a partir da análise de capítulos específicos do Código. Poucos são os pontos que mantêm a estrutura normal em prevalência à emergencial.

Somente na Constituição Federal de 1988 é que se preocupou com a estratificação de crimes em seu interior, demarcando-se três tipos: os crimes hediondos (CR/88, art. 5º, inciso XLIII), as infrações penais de menor potencial ofensivo (CR/88, art. 24, inciso X e art. 98, inciso I) e, por exclusão, os crimes da normalidade[166].

Os dados estatísticos levantados por Choukr, em seu estudo sobre os resultados efetivamente positivos da aplicação da legislação emergencial brasileira na edificação dos crimes, com o foco nos hediondos, concluiu que

---

[164] Cf. CHOUKR. **Processo penal de emergência**, p. 215.

[165] Que acrescenta: "para fins de uma correta delimitação do caminho que se abre, emergência vai significar aquilo que foge dos padrões tradicionais de tratamento pelo sistema repressivo, constituindo um subsistema de derrogação dos cânones culturais empregados na normalidade. Tal declinação da cultura normal não se dá pela inserção tópica das regras fora da estratificação codificada pois, se assim fosse, toda lei extravagante deveria ser rigorosamente considerada como emergencial ou de exceção. A caracterização da presença do subsistema se dá com a mitigação, direta ou indireta, de garantias fundamentais estabelecidas no pacto de civilidade, nesta devendo ser entendida não apenas o texto interno constitucional mas, igualmente, os textos supranacionais que versem sobre a matéria." (CHOUKR. **Processo penal de emergência**, p. 131).

[166] Cf. CHOUKR. **Processo penal de emergência**, p. 141.

> diante de tal cenário, [...] a política de lei e ordem não serve como fator de contenção da criminalidade. A conclusão retro coaduna-se, antes de mais nada, com o bom senso. O direito penal assim empregado mascara as verdadeiras raízes culturais, sociais e econômicas que estão por detrás da maior parte dos problemas rotulados globalmente como criminalidade.[167]

A lei brasileira dos crimes hediondos, não diferente das legislações de emergência analisadas no direito comparado, exaspera a custódia cautelar, tornando-a funcional em relação ao contexto repressivo, com o assentimento dos Tribunais Superiores em âmbito federal e na maioria dos Estados nesse sentido; embora haja o aceno de algumas posições inclinadas a manter a coerência constitucional.

Esse percurso traçado remete a alguns mandamentos próprios do direito penal do inimigo, adotados pela legislação penal brasileira[168]. Embora se saiba que estas mudanças se destinam a sintonizar os meios de persecução penal com a moderna criminalidade (justificativa rasa para promoção de tal teoria), não há como afastar os nocivos efeitos que o direito penal do inimigo acarreta.

Por conseguinte, a prática de um modelo emergencial avesso aos princípios da legalidade, da humanidade e do devido processo legal, invariavelmente descambará para o esvaziamento das cautelares pessoais, para o empobrecimento da garantia da motivação das decisões, para a incompreensão dos fins e da individualização da pena, além do exercício do duplo grau de jurisdição; culminando numa frustrada tentativa de solução para a tão ineficiente tutela da segurança social.

Logo, parece mais razoável partir-se dos princípios constitucionais processuais no Estado Democrático de Direito para calcar e defender o processo penal e suas peculiaridades, amoldados à eficiência e celeridade impostos pelas transformações globalizantes do momento, com foco voltado para a reconstrução do

---

[167] CHOUKR. **Processo penal de emergência**, p. 144.

[168] Cleber Rogério Masson lista uma relação de exemplos: "Veja-se que a Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995, dispondo sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, autorizou a ação controlada, para que a interdição policial se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações (art. 1º, II). Possibilitou também o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais, a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial, bem como a infiltração de agentes de polícia ou inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados, também autorizada judicialmente (art. 1º, III, IV e V). [...] Pode-se ainda citar a instituição do Regime Disciplinar Diferenciado na Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984), específico para condenados de alta periculosidade. (MASSON. **Processo penal e garantias constitucionais**, p. 148).

fato delituoso e sua estruturação na teoria do delito, estimando-se pela marcha ré da *hipertrófica* [169] produção legislativa no campo penal, preservando-se a garantia paritária das partes no provimento final.

2.7 Considerações relevantes

No que tange à *pretensão punitiva* e sua conexão com a expressão *lide* no processo penal, sabe-se que a concepção clássica, preconiza que a *lide* seria um *conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida*. Contudo contrariamente entende-se não haver *lide penal* e sim *pretensão punitiva*, ou seja, pretensão condenatória de impor sanção penal ao agente delituoso, submetendo o interesse alheio ao do Estado. Este não pretenderia a punição a todo custo, justificando então o termo *caso penal* em detrimento de outros, depreende-se da doutrina. Outra vertende entende que no processo penal o que se deseja não é a composição do litígio, e sim encontrar a *verdade real*, a partir da qual será aplicado o Direito, seja prevalecendo o *jus puniende* do Estado, seja prevalecendo o *jus libertatis* do réu. Não se pretenderia, dessa forma, sobrepor interesses, mas sim fazer prevalecer aquele que estiver protegido pelo Direito, efetivando-se os preceitos constitucionais. Clarificada, sobretudo, a definição de *lide* como *conflito processualizado de pretensões sobre um bem da vida jurídica na esfera judiciária*.

A aplicação do processo penal de emergência divide-se no campo jurídico penal em duas frentes: primeiro a legislação de exceção no que diz respeito à Constituição e, em seguida, as mutações legais das leis do jogo. Essa exceção constitucional admitida como instituição legal que contemporaneamente é base dos textos políticos e justifica a supressão dos direitos humanos, inclusive em âmbito

[169] Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini lecionam sobre a hipertrofia: "a hipertrofia, assim como seu caráter predominantemente preventivo e simbólico, ao lado da funcionalização (instrumentalização) e da desformalização, incluindo-se ainda a descodificação e a prisionização, passaram a ser os pontos de maior destaque da conformação do Direito penal na era da globalização." A hipertrofia "representa fenômeno que já vem incomodando a estrutura do Direito Penal tradicional há muito tempo. Está estreitamente vinculado com a evolução do Estado de Direito (criado nos séculos XVIII e XIX), pois é a partir daí que se intensifica a regulamentação de uma série de atos e fatos sociais (ordem social), inclusive no âmbito penal, com a pretensão de, assim, dotar sua persecução de maiores garantias. A criação do Estado de Direito trouxe como resultado mais evidente a jurisdicionalização da resolução de conflitos, incluindo-se os de menor relevância, e influenciou largamente toda a hipertrofiada produção legislativa no campo penal até então existente. Aí se iniciou o fenômeno da *expansão do Direito penal*". (GOMES; BIANCHINI. **O direito penal na era da globalização**, p. 16 e 160).

internacional (Convenção Americana e Européia dos Direitos Humanos), resguarda o mínimo de direitos do homem (direito à vida, impedimento de submissão à tortura ou outros tratamentos inumanos ou degradantes, impedimento à assunção à condição de escravo e impossibilidade de retrucado das leis penais), quando relaciona emergência como exceção, num estado de direito que avança para amparar ainda, em termos gerais, os regimes excepcionais calcados em princípios como o da proporcionalidade e da não discriminação; diferentemente da emergência repressiva, informa a doutrina, que provoca evidente prejuízo ao núcleo cultural e é responsável por uma involução do ordenamento punitivo.

A contemporânea criminologia tem sido o principal argumento para a justificativa de adoção de mecanismos excepcionais que fogem aos padrões tradicionais de tratamento pelo sistema repressivo. O desafio, todavia, é concebê-los sem perder o foco no modelo de *Estado Democrático e de Direito* e o processo constitucional dele extraído, como parâmetro da atividade legiferante nesse campo. Percebe-se na exigência de uma resposta estatal à altura do dano social, uma projeção lesiva de determinadas condutas. A relação entre *segurança social* x *liberdade individual*, tende a levar a uma redução simplicista, dificultando a construção de um *sistema processual penal* menos suscetível às interferências do momento.

A produção de normas promocionais e de forte conteúdo simbólico em relação ao sistema repressivo, em larga escala, ainda é a tônica dominante no campo político, chocando-se com a linha ideológica denominada de garantismo, que tem em seus parâmetros constitucionais a racionalidade, de justiça e de legitimidade da intervenção punitiva. O que na prática leva a cultura dos direitos e garantias fundamentais a apresentar-se como motivo de entrave ao funcionamento eficiente do sistema, causando uma industrialização crescente de normas de conteúdo penal e processual penal pautada em um sombrio e nem sempre perfeitamente definido conceito de segurança.

Nesse contexto, surgem teorias rasas que se pretendem soluções. Assim é a Teoria do Direito Penal do Inimigo, que renasce das cinzas de um poder estatal arbitrário, violento e desumano, há muito combatido na história, que justificava seus atos de crueldade na função tuteladora da segurança social a ser exercida pelo Estado. A discussão pontua-se na real efetividade do direito penal existente face à criminalidade moderna. A resposta, de acordo com essa teoria, estaria em suprimir

garantias materiais e processuais até então reputadas em uníssono como absolutas e intocáveis. O que significa dizer, na prática, que aquele considerado *inimigo* (ser manifestamente voltado para os crimes), portanto impossível de enquadrar-se no conceito de cidadão, já que considerado uma ameaça à ordem pública, não pode usufruir de direitos processuais, como o da ampla defesa e o de constituir defensor, sendo mesmo destituído de sua posição de sujeito na relação jurídico-processual. O caráter antecipatório, sobretudo, deve guiar as premissas do direito penal do inimigo, adiantando a tutela penal para atingir atos preparatórios, alargando-se o campo de incidência das medidas preventivas e cautelares, sem redução quantitativa da punição. Impõem-se como medida de segurança mesmo frente à mera demonstração de uma futura prática de crime, visto que o inimigo não tem direitos e, assim, seu sacrifício se obriga para a proteção do interesse público. Inadmissível tal premonição, aceita em Estados autoritários e genocidas, mas diretamente contrária aos preceitos do processo constitucional balizados pelo Estado Democrático de Direito. A rigor e contrário senso, ainda que pese toda a carga destrutiva de tal doutrina, certo é que o dano de suas reflexões é manifestamente percebido nos sistemas jurídicos penais dos contemporâneos Estados Democráticos de Direito. Assim o é, por exemplo, na dita legislação emergencial da Itália. Com efeito, pode-se dizer que o sistema codificado convive com um subsistema dito emergencial – com parâmetros próprios para a produção de prova, prisão cautelar, execução de penas, embora careça ainda se investigar até que ponto essa convivência é pacífica e contribui para o desejado equilíbrio entre os fatores de garantia e eficiência na equação processual de emergência. Constata-se que a potencial inoperância processual italiana para combater problemas socialmente substanciais coloca em xeque a utilidade ou instrumentalidade do sistema de emergência naquele país

As tensões que dão vida às leis repressivas de caráter substancial ou instrumental, muitas vezes se esvaem das pressões, restando apenas o efeito danoso cultural no sistema. Não se pode admitir um conceito de segurança que passe pela violação das normas fundamentais, estatuídas no ato de fundação da sociedade. A lei brasileira dos crimes hediondos, não diferente das legislações de emergência analisadas no direito comparado, exaspera a custódia cautelar, tornando-a funcional em relação ao contexto repressivo, com o assentimento dos Tribunais Superiores em âmbito federal e na maioria dos Estados nesse sentido; embora haja o aceno de algumas posições inclinadas a manter a coerência

constitucional. Esse percurso traçado remete a alguns mandamentos próprios do direito penal do inimigo, adotados pela legislação penal brasileira. Embora se saiba que estas mudanças se destinam a sintonizar os meios de persecução penal com a moderna criminalidade (justificativa rasa para promoção de tal teoria), não há como afastar os nocivos efeitos que o direito penal do inimigo acarreta.

Por conseguinte, a prática de um modelo emergencial avesso aos princípios da legalidade, da humanidade e do devido processo legal, invariavelmente descambará para o esvaziamento das cautelares pessoais, para o empobrecimento da garantia da motivação das decisões, para a incompreensão dos fins e da individualização da pena, além do exercício do duplo grau de jurisdição; culminando numa frustrada tentativa de solução para a tão ineficiente tutela da segurança social.

Logo, parece mais razoável partir-se dos princípios constitucionais processuais no Estado Democrático de Direito para calcar e defender o processo penal e suas peculiaridades, amoldados à eficiência e celeridade impostos pelas transformações globalizantes do momento, com foco voltado para a reconstrução do fato delituoso e sua estruturação na teoria do delito, estimando-se pela marcha ré da *hipertrófica* produção legislativa no campo penal, preservando-se a garantia paritária das partes no provimento final.

CAPÍTULO III
CAUTELARIDADE E PROCESSO PENAL

3.1 Noções iniciais

O termo “cautela” tem origem no latim “cautela”, “ae” significando precaução, cuidado, desconfiança, prevenção, caução, segurança, admitindo com o mesmo sentido as flexões “cautus” e “cautum”. A sua cognação (origem) vernacular está representada por cultismos do século XIV em diante.

A cautelar no processo[170] tem por finalidade o equilíbrio entre as partes, com medida de caráter provisório, principalmente para criar obstáculos ou impedir a irreparabilidade da lesão de um direito[171].

3.2 Teoria geral do processo

No estudo da cautelaridade no processo penal importante a resposta a uma pergunta: existe uma teoria geral do processo? A teoria geral do processo é admitida

[170] Fabrício Adriano Alves colaciona distinção, importante ao presente estudo, entre tutela de urgência, tutela cautelar e tutela antecipatória: “É de fundamental importância, antes de analisar o que constituiu e caracteriza a tutela antecipada, diferenciá-la do instituto jurídico da tutela cautelar pois esta, assim como a tutela antecipatória, reveste-se da característica da sumarização. A tutela de urgência é mais abrangente que a tutela cautelar e volta-se a todas aquelas situações em que o decurso do tempo constitua um ônus extremamente pesado para as partes. A tutela de urgência tem um caráter preventivo, de maneira a evitar que a demora do processo permita à outra parte um comportamento que venha a causar um dano irreparável. É um gênero do qual a tutela antecipada constituem espécies. A tutela cautelar é uma espécie do gênero tutela de urgência. Sempre que houver tutela cautelar haverá urgência. Contudo, certas pretensões urgentes poderão ser satisfeitas por outros institutos processuais, diversos das medidas cautelares. Através dos procedimentos cautelares o Estado assegura a possibilidade de futura realização de direitos subjetivos, cujo o principal escopo é impedir que a demora na verificação exaustiva quanto à existência de um direito leve ao perecimento desse mesmo direito ou do interesse de sua satisfação. Desde logo, fica claro que a tutela cautelar visa proteger a possibilidade de realização futura do direito e não apenas, proteger o processo de conhecimento, como durante muito tempo se acreditou. Sempre que determinada situação colocar em risco a satisfação futura de um direito alegado pela parte, incumbe ao Estado através da tutela cautelar, garantir a possibilidade de tal satisfação, ainda que não se tenha certeza quanto à existência ou inexistência desse direito. A tutela antecipada (ou tutela antecipatória), destina-se a satisfazer o próprio direito antes de ser proferida decisão final em determinado processo. Importante destacar que a tutela antecipatória satisfaz e não apenas assegura a satisfação futura de um direito. Daí sua distinção em relação às medidas cautelares, p. ex., liminar de reintegração de posse, na ação de esbulho possessório, satisfaz o direito da parte, ou seja, realiza a pretensão do possuidor esbulhado, ainda que tal satisfação seja provisória. A antecipação da tutela, portanto, é o mecanismo processual da tutela de urgência através do qual se consegue obter a satisfação (antecipada) de um direito subjetivo reivindicado em determinado processo.” (ALVES. **Urgências de tutela**: processo cautelar e tutela antecipada, reflexões sobre a efetividade do processo no Estado Democrático do Direito, p. 100). Verificar também: COSTA, Marcelo Freire Sampaio. Aspectos da Teoria Geral da Tutela Antecipada. **Revista Ciência Jurídica**. São Paulo, a. 15, n. 99, p. 23-36, mai./jun. 2001.

[171] FERREIRA. **Medidas Cautelares**, p. 3-4.

pela maioria dos grandes processualistas, dentre esses: Francesco Carnelutti, Enrico Tullio Liebman, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Héctor Fix-Zamudio, Angelina Ferreyra de La Rúa e Cristina González de La Veja de Opl, Elio Fazzalari, José Alfredo de Oliveira Baracho, Aroldo Plínio Gonçalves, Rosemiro Pereira Leal, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, Fernando Horta Tavares, José Marcos Rodrigues Vieira, Flaviane de Magalhães Barros, Humberto Theodoro Júnior, José da Silva Pacheco, Emmanuel Jeuland, Fernando de La Rua, Fernão Borba Franco, Floriano de Azevedo Marques Neto, Jânia Maria Lopes Saldanha, Loïc Cadiet, María Amparo Renedo Arenal, Ricardo Maurício Freire Soares, Miguel Calmon Dantas, Willis Santiago Guerra Filho, Ovídio A. Baptista da Silva e Fábio Luiz Gomes, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, José Joaquim Calmon de Passos, Fredie Didier Júnior, José de Albuquerque Rocha, Fernando da Costa Tourinho Filho, Afrânio Silva Jardim, Julio Fabbrini Mirabete, Fernando Capez, Romeu Pires de Campos Barros, Marcellus Polastri Lima, Giovanni Leone, José Eduardo Carreira Alvim, Valdeci dos Santos, Vicente Greco Filho, Luiz Guilherme Marinoni, Misael Montenegro Filho, Manuel Galdino da Paixão Júnior, Elpídio Donizetti Nunes e Luiz Guilherme da Costa Wagner Júnior.[172] Os autores que

[172] Frise-se que alguns dos autores enumerados, nacionais ou estrangeiros, são especialistas em Direito Processual Civil e outros em Direito Processual Penal, o que reafirma a existência de uma Teoria Geral do Processo. Para Carnelutti, defendendo a unidade substancial do direito processual, "a ciência do direito processual não alcançará seu ápice enquanto não se haja, solidamente, construído uma parte geral, em que os elementos comuns a todas as formas de processo encontrem a sua elaboração (...)", pelo que deve ser inspirado na tendência de "(...) alcançar a mais alta síntese dos princípios do direito processual, compreensiva não só dos institutos do processo de cognição, mas de todo tipo de processo, inclusive do processo de cognição e execução, do processo civil e penal." (**Sistema de Direito Processual Civil**, v. I, p. 267). Liebman, por sua vez, deixa transparecer, desde o início de seu Manual, sua aderência à teoria geral do processo, sendo que para ele "o direito processual, em qualquer de seus ramos (civil, penal, administrativo, tributário), disciplina uma atividade que se situa no ponto de encontro de problemas fundamentais da sociedade e do Estado: trata-se da atividade consistente em fazer justiça e assegurar a integridade e vitalidade da ordem jurídica, concorrendo assim para definir e assegurar a personalidade dos indivíduos em suas relações recíprocas e perante o poder social, na medida em que lhes oferece meios jurídicos para a defesa de seus direitos e interesses e da sua liberdade." (**Manual de Direito Processual Civil**, v. I, p. 58). Niceto Alcalá-Zamora y Castillo afirma que "Por teoria geral do processo há de se entender o estudo e exposição de conceitos, instituições e princípios comuns aos distintos ramos processuais, isto é, os componentes do tronco de que partem todas elas (...), mais uma aspiração que realidade, a teoria geral do processo mostra até que ponto numerosos conceitos, instituições e princípios, e entre eles, os fundamentais sob o ponto de vista sistemático, são comuns às distintas zonas (...) [pelo que] evitará que certos temas e matérias sejam analisados em três ou quatro cursos, com risco inevitável de repetições em todos eles se forem coincidentes as exposições, ou de contradições ou confusões, se não coincidirem." (El juicio de amparo y la enseñanza del derecho procesal. Estúdios de derecho procesal em honor de Niceto Alcalá-Zmora y Castillo. **Estudios de Teoria General e Historia Del Proceso** (1945-1972), v. I, p. 594). FIX-ZAMUDIO. El juicio de amparo y la enseñanza del derecho procesal. Estúdios de derecho procesal em honor de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. **Boletin Mexicano de Derecho Comparado**, n. 22-23, p. 431. Angelina Ferreyra de La Rúa e Cristina

González de La Veja de Opl, na obra Teoria General Del Proceso, afirmam que a teoria geral do processo se ocupa dos conceitos fundamentais e válidos dos seus vários ramos, no sentido de analisar e compreender seus elementos estruturais universais. (**Teoria general del proceso**, p. 26-27). Para Fazzalari "'istituzioni' coprono un settore di conoscenza – regole fondamentali dei vari tipi di processo e relativenozioni – il quale può indicarsi come 'diritto processuale generale'" (**Istituzioni de diritto processuale**, p. 69), com a tradução de Eliane Nassif "'instituições' cobrem um setor de conhecimento – regras fundamentais dos vários tipos de processo e respectivas noções – o qual pode ser denominado como 'direito processual geral'" (**Instituições de Direito Processual**, p. 104). Para José Alfredo de Oliveira Baracho "a construção de uma Teoria Geral do Direito Processual ou do Processo, não se confunde com a construção unitária do processo em sua totalidade. Significa chegar a uma unidade científica possível, sem forçar a essência dos conceitos e caminha para a via sintética, metodologicamente possível." (**Processo Constitucional**, p. 121). GONÇALVES. **Técnica processual e teoria do processo**, p. 55. LEAL. **Teoria Geral do Processo**, p. 232. BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Processo e Constituição**, p. 571. TAVARES. **Constituição, direito e processo**: princípios constitucionais do processo. VIEIRA. **Da ação cível**, p. 54-57. Verificar também em: VIEIRA. Tutela antecipada. **Boletim Técnico**, v. 2, n. 2, [s.d.]. VIEIRA. A condenação civil e o cumprimento da sentença. **Processo civil reformado**, 2006. BARROS. **O Brasil que queremos**: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito, p. 236. THEODORO JÚNIOR. **Curso de Direito Processual Civil**, v. I, p. 2. Para José da Silva Pacheco a teoria geral do processo "consiste no conhecimento racional dos institutos processuais, baseado em princípios, conceitos e noções gerais extraídos da própria realidade processual. Mostra-se tanto mais valiosa quanto mais unificar o saber positivo, servindo de esteio, alavanca e estímulo para o desenvolvimento científico do direito processual. Embora de caráter especulativo, baseia-se na realidade e destina-se ao seu aprimoramento e otimização." (**Curso de Teoria Geral do Processo**, p. 1). JEULAND. **Teoria do Processo**: panorama doutrinário mundial, p. 229-230. RÚA. **Teoria general del proceso**, p. 1. FRANCO. **Teoria do Processo**: panorama doutrinário mundial, p. 256. MARQUES NETO. **Teoria do Processo**: panorama doutrinário mundial, p. 262. SALDANHA. **Teoria do Processo**: panorama doutrinário mundial, p. 423. CADIET. **Teoria do Processo**: panorama doutrinário mundial, p. 485. ARENAL. **Teoria do Processo**: panorama doutrinário mundial, p. 634. Ricardo Maurício Freire Soares colaciona os argumentos favoráveis e os contrários à unidade processual na teoria geral do processo. Os argumentos favoráveis são: "1) O processo é uma única entidade lógico-jurídica; 2) A jurisdição é também uma, figurando as competências civil penal como imperativos da divisão social do trabalho e especialização funcional; 3) A unicidade pode ser estendida ao poder [função] legislativo; 4) As ações civis e penais são idênticas do ponto de vista conceitual, só variando os princípios políticos que as informam; 5) A diferença entre disponibilidade e indisponibilidade se desvanecem quando se contata que o processo civil inquisitório gira em torno de interesses indisponíveis, bem como a ação penal privada e a transação penal se prendem a interesses disponíveis da vítima.", e os argumentos desfavoráveis são: "1) irrelevância do conceito de lide em processo penal; 2) Inadequação do conceito civilista de pretensão no processo penal; 3) Inquisitividade inerente ao exercício da jurisdição penal, diferentemente da dispositividade do processo civil; 4) Inocorrência de revelia; 5) Inexistência de processo e de ação cautelar no plano da jurisdição penal." (SOARES. **Teoria do Processo**: panorama doutrinário mundial, p. 843). DANTAS. **Teoria do Processo**: panorama doutrinário mundial, p. 683. Willis Santiago Guerra Filho afirma que "a teoria do processo pode ser encarada como uma disciplina aglutinadora de dados sobre seu objeto formal de estudo, provenientes das mais diversas fontes: sociologia, história, psicologia, ciência política. Por outro lado, cabe a ela trabalhar o aparato conceitual empregado na descrição propriamente jurídica do objeto material, que compartilha com aquelas disciplinas não-jurídicas, em busca de categorias passíveis de ser aplicadas às suas múltiplas manifestações." (**Teoria do Processo**: panorama doutrinário mundial, p. 1000-1001). SILVA; GOMES. **Teoria Geral do Processo Civil**, p. 36. Em obra coletiva escrita por Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, introduzem a teoria geral do processo afirmando que "a própria Constituição Federal, discriminando a competência legislativa da União e dos Estados (concorrente), refere-se ao direito processual, unitariamente considerado, de modo a abranger o direito processual civil e o direito processual penal (arts. 22, inc. I e 24, inc. XI). E, com efeito, os principais conceitos atinentes ao direito processual, como os de jurisdição, ação, defesa e processo, são comuns àqueles ramos distintos, autorizando assim a elaboração científica de uma teoria geral do processo. Pense-se, ainda, nas noções de coisa julgada, recurso, preclusão, competência, bem como nos princípios do contraditório, do juiz natural, do duplo grau

não concordam com a existência de uma teoria geral do processo são: Luis Eulálio Bueno de Vidigal, Rogério Lauria Tucci, José Manoel de Arruda Alvim Neto e Eugenio Florian.[173]

---

de jurisdição – que são correntes, em igual medida, em ambos os campos do direito processual. Aliás, a unidade funcional do processo revela-se inequivocamente na recíproca interferência entre jurisdição civil e jurisdição penal, decorrente, de um lado, da aplicação do princípio da economia processual (repelir a duplicação de atividades para atingir um único objetivo) – e, de outro, da idéia de que há conveniência em evitar decisões judiciais contraditórias sobre a mesma situação de fato." (**Teoria Geral do Processo**, p. 50-51). Cândido Rangel Dinamarco em sua obra afirma que a teoria geral do processo representa "um sistema de conceitos e princípios elevados ao grau máximo de generalização útil e condensados indutivamente a partir do confronto entre os diversos ramos do direito processual." (**A instrumentalidade do processo**, p. 69). CALMON DE PASSOS. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam, p. 67-69. DIDIER JÚNIOR. **Teoria do Processo**: panorama doutrinário mundial, p. 291. ROCHA. **Teoria Geral do Processo**, p. 21-22. TOURINHO FILHO. **Processo Penal**, p. 21. JARDIM. **Direito processual penal**, p. 29. Para Julio Fabbrini Mirabete a aceitação de uma teoria geral do processo não inviabiliza ou impede a existência do direito processual penal, principalmente pelos conceitos específicos atinentes a esse ramo, "sendo o processo uma forma de composição do conflito de interesses, conclui-se que, conceitualmente, é ele uno, ou seja, refere-se às lides civil e penal. Entretanto, o Direito Processual divide-se em dois grandes ramos: o Direito Processual Civil e o Direito Processual Penal. Tal divisão é estabelecida de acordo com o conteúdo do processo, ou seja, aquilo que nele se contém. Sob o aspecto substancial, o conteúdo do processo é a afirmação do autor da existência ou inexistência de uma relação jurídica material, sobre a qual, via de regra, surge uma controvérsia a ser dirimida pelo juiz. Ora, quando se trata de uma pretensão de natureza extrapenal a regulamentação normativa é de Processo Civil. Porém, se se trata de uma causa penal, de uma pretensão punitiva ou correlata, a regulamentação é feita pelo Direito Processual Penal. Assim, embora a doutrina predominante se concentre numa concepção unitária do processo, porque 'a teoria geral do processo é uma conseqüência inarredável do estudo sistemático das diversas categorias processuais' [JARDIM. **Direito processual penal**, p. 29], o conteúdo do processo penal, que é a pretensão punitiva, individualiza o ramo jurídico denominado Direito Processual Penal." (**Processo Penal**, p. 31). CAPEZ. **Curso de Processo Penal**, p. 1. BARROS. **Processo Penal Cautelar**, p. 30. LIMA. **A tutela cautelar no processo penal**, p. 37. Giovanni Leone defende pilastras comuns ao direito processual civil e ao direito processual penal. (**Manuale di Diritto Processuale Penale**, p. 18-19). José Eduardo Carreira Alvim "é pela unificação doutrinária do direito processual, com estudos dedicados a institutos comuns, tanto ao processo civil quanto ao processo penal, realçando, assim, que não existem duas ciências distintas, mas uma única ciência" (**Teoria Geral do Processo**, p. 49). O autor Valdeci dos Santos conceitua a teoria geral do processo como "a disciplina jurídica destinada a identificar, estudar e sistematizar os princípios e institutos jurídicos de aplicação comum aos ramos especializados do direito processual." (**Teoria Geral do Processo**, p. 9-11). Para Vicente Greco Filho a teoria geral do processo realça a dignidade e a autonomia do direito processual em face do direito material. (**Direito Processual Civil Brasileiro**, v. I, p. 4). MARINONI. **Teoria Geral do Processo**, v. I, p. 396. MONTENEGRO FILHO. **Processo Civil**: técnicas e procedimentos, p. 280. Manuel Galdino Paixão Júnior apesar de fazer exame superficial da teoria geral do processo ao conceituá-la como uma disciplina estudada no curso de Direito, confirma a existência nela de figuras básicas invariáveis e comuns a todos os ramos do direito processual. (**Teoria Geral do Processo**, p. 1-6). NUNES. **Curso didático de direito processual civil**, p. 33. WAGNER JÚNIOR. **Processo Civil**: curso completo, p. 117.

[173] VIDIGAL. Por que unificar o direito processual? **Revista de Processo**, n. 27, p. 30-40. Rogério Lauria Tucci diverge da maioria dos processualistas sobre a existência de uma Teoria Geral do Processo, alertando que "vêm a pelo, de resto, agudas observações de Jorge de Figueiredo Dias [**Direito processual penal**, v. I, p. 54] e Fernando Luso Soares [**O processo penal como jurisdição voluntária**, p. 66-67], aquele ao anotar as dificuldades para sua precisa formulação, e este ao inaceitar a, por muitos decantada, teoria geral do processo, que, segundo complementar adição, ora por nós procedida, não tem como explicar, também, a suprapatenteada diversificação conceptual de jurisdição penal e de jurisdição extrapenal, especialmente a civil." (**Teoria do Direito Processual Penal**, p. 53). No mesmo sentido: TUCCI. Considerações acerca da

A solução para o presente questionamento perpassa pelo exame separadamente dos termos “teoria”, “geral” e “processo”, pelo que Rosemiro Pereira Leal define

> 1 (Teoria) - organização programática de hipóteses do conhecimento científico sobre o processo. 2 (Geral) - reunião dos dados informativos unificados (advindos do método comparativo – analítico – indutivo) dos elementos comuns extraídos da leitura de diversos estatutos jurídicos vigorantes no campo do direito processual e respectivos comentários. 3 (Processo) – instituição jurídica constitucionalizada que se define pela conjunção dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia para assegurar a criação, o exercício e o reconhecimento de direitos pela estrutura dos institutos procedimentais também criados em lei. (Conceito pela Teoria Neo-Institucionalista do Processo)[174]

e o conceito de Teoria Geral do Processo (TGP) por “conjunto de conhecimentos para unificação e estudo dos princípios, pressupostos e fundamentos gerais dos institutos que compõem o Processo, o Direito Processual Didático e o Sistemático (trabalha a existência do Direito Processual)”.[175]

Outra diferenciação importante à definição de uma teoria geral do processo diz respeito aos conceitos lógico-jurídicos e os conceitos jurídico-positivos.

Os conceitos lógico-jurídicos são as bases das ciências[176], atingindo validez universal e proporcionando suporte teórico necessário para a sistematização do campo do conhecimento humano, além de serem institutos que formam uma teoria geral quando aglutinam conhecimentos dentro de uma mesma área.

Na ciência processual podemos enumerar como conceitos lógico-jurídicos a jurisdição, a ação, o processo, a lide, a tutela jurisdicional, o mérito, a causa de pedir, o pedido, os pressupostos processuais, dentre outros.

Já os jurídico-positivos representam os conceitos susceptíveis de variações no ordenamento jurídico, em virtude de modificações na legislação, além das particularizações dogmáticas para aplicação nos diversos ramos do direito, desprendendo-se da teoria geral. Como exemplo, o regime de invalidade dos atos

---

inadmissibilidade de uma Teoria Geral do Processo. **Revista Jurídica**, v. 48, p. 48-49. TUCCI. Considerações acerca da inadmissibilidade de uma teoria geral do processo. **Direito Criminal**, v. 3. ALVIM NETO. **Tratado de Direito Processual Civil**, p. 103. Eugenio Florian é taxativo ao se manifestar contrário a unidade do direito processual, pelo que “há quem defenda a tese da identidade dos dois processos, mas nós estimamos que tal opinião, racionalmente e à luz do direito vigente, é inadmissível. A nosso juízo, o processo penal e o processo civil são duas instituições distintas.” (**Elementos de Derecho Procesal Penal**, p. 20).

[174] LEAL. **Teoria Geral do Processo**, p. 230-231.

[175] LEAL. **Teoria Geral do Processo**, p. 232.

[176] Rosemiro Pereira Leal define ciência como a “atividade produtora de esclarecimentos do conhecimento ou conjunto de conhecimentos esclarecidos e fundamentados. Saber ordenado.” (**Teoria Geral do Processo**, p. 224).

jurídicos (jurídico-positivo), instituto com variáveis nos ramos do direito, o que não se verifica no conceito de nulidade (lógico-jurídico), único na teoria geral do processo.[177]

Diante de tudo exposto, aderimos ao posicionamento de Valdir Ferreira de Oliveira Júnior,[178] em que a existência e formação de uma teoria geral do processo deve ser antecedida pela construção sistemática de conceitos lógico-jurídicos comuns e universais aos diversos ramos do direito processual (penal, civil, trabalhista, legislativo, administrativo, tributário, constitucional e negocial), aqui também se incluindo as medidas cautelares por seus conceitos lógico-jurídicos, observado o enfoque interdisciplinar com a teoria geral do direito e a teoria da constituição, através da concretização de valores constitucionais fundamentais em sede processual.

3.3 Teoria geral da medida cautelar

É possível a coexistência de conceitos comuns nas medidas cautelares cíveis e criminais, com a constituição de uma teoria geral? Para a maioria dos autores (grande parte desses, civilistas) há a possibilidade, como se verá a seguir.

As medidas cautelares tiveram sua origem no direito romano, mas sua importância foi reconhecida pela doutrina alemã, que desenvolveu os primeiros estudos no sentido de sua estruturação e sistematização.[179]

Cabe destacar, no entanto, as elaborações científicas dos processualistas clássicos italianos [180], responsáveis pela autonomia e unidade conceitual do processo cautelar em relação ao processo de conhecimento e de execução.

Giuseppe Chiovenda foi o primeiro a destacar a autonomia do processo cautelar, principalmente pelas peculiaridades da pretensão deduzida na espécie, no que foi seguido por Francesco Carnelutti e Enrico Tullio Liebman.[181]

---

[177] OLIVEIRA JÚNIOR. **Teoria do Processo**: panorama doutrinário mundial, p. 961-963.
[178] OLIVEIRA JÚNIOR. **Teoria do Processo**: panorama doutrinário mundial, p. 964.
[179] No direito romano a cautelar dizia respeito ao meio destinado a garantir a atuação prática da tutela concedida pelo *ius civile* ou pelo pretor contra eventuais violações (BEDAQUE. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização, p. 35). Cf. FRANCO LANCELLOTTI – Osservazioni critiche intorno all'autonomia processuale de la tutela cautelare, *in* **Revista di Diritto Processuale Civile**, v. XVI, I, p. 232. Cf. THEODORO JÚNIOR. **Processo Cautelar**, p. 35.
[180] Giuseppe Chiovenda, Piero Calamandrei, Francesco Carnelutti e Enrico Tullio Liebman.

Dos processualistas italianos, Piero Calamandrei foi quem inaugurou os estudos sobre a teoria geral da tutela cautelar e da instrumentalidade como característica do processo cautelar, sendo também responsável, juntamente com Francesco Carnelutti, pela redação e primeiras interpretações da regra do art. 700 do Código de Processo Civil italiano, que serviu de base para a regra do art. 798 do Código de Processo Civil (CPC) brasileiro de 1973.[182]

A necessidade de uma disciplina especial e independente para o processo cautelar já era defendida por Coniglio[183], em 1927, ao ser citado por Galeno

---

[181] CHIOVENDA. **Instituições de Direito Processual Civil**, v. I, p. 272-284. Para Giuseppe Chiovenda "medidas especiais, determinadas pelo perigo ou urgência, dizem-se provisórias acautelatórias ou conservadoras, porque expedidas antes de se declarar a vontade concreta da lei que nos garante um bem, ou antes de se realizar a sua atuação, para garantia de sua futura atuação prática; e são várias, conforme a vária natureza do bem a que se aspira. Distinguem-se as medidas provisórias acautelatórias, pela natureza e por suas condições, daquelas, também provisórias, que ao juiz é lícito expedir à vista da particular certeza do direito ou de sua natureza especial. (...) O poder jurídico de obter uma dessas medidas é, por si próprio, uma forma de ação (ação assecuratória); e é mera ação, que não se pode considerar como acessório do direito acautelado, porque existe como poder atual quando ainda não se sabe se o direito acautelado existe; e uma vez que o réu não tem nenhuma obrigação de cautela antes do despacho do juiz. Ainda neste passo, o direito ao despacho do juiz é um direito do Estado, assente nas necessidades gerais da tutela do direito; à parte somente assiste o poder de provocar-lhe o exercício no caso concreto. (...) A medida provisória corresponde à necessidade efetiva e atual de afastar o temor de um dano jurídico; se, pois, na realidade esse dano é ou não iminente, apurar-se-á na verificação definitiva. Fundado nela, poderá revogar-se, modificar-se ou confirmar-se o despacho; na última hipótese, pode transformar-se em medida executiva (seqüestro conservador que se converte em penhora). Na medida provisória há, portanto, discernir sua justificação atual, isto é, em vista das aparências do momento, e sua justificação final." (**Instituições de Direito Processual Civil**, v. I, p. 272-274). Cf. ZANFERDINI. Sistema cautelar brasileiro e sistema cautelar italiano. **Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil**, n. 16, p. 88. Giuseppe Chiovenda, em sua obra *Instituições* (**Instituições de Direito Processual Civil**, v. I, p. 272-284), deu grande destaque à postura do magistrado na concessão das medidas cautelares (provisórias ou conservadoras), o livre arbítrio para exame das circunstâncias do suposto fato que fornecem motivos sérios ao temor do evento danoso, posicionamento hoje contrário ao processo constitucional, em que o provimento, ainda que cautelar, e respeitado o contraditório diferido, deve ser construído mediante a participação igualitária dos seus destinatários. Enrico Tullio Liebman ressalta que "na tutela cautelar não se pode, por isso, distinguir uma fase de cognição e uma outra de execução; ela se realiza em todos os casos através de um procedimento unitário, em que se encontram juntas e eventualmente misturadas as atividades de índoles diferentes que, caso a caso, concorrerão para a plena atuação da cautela. Conforme as circunstâncias, propõe-se a ação cautelar de forma autônoma ou, estando já pendente o processo principal ao qual for ligada, incidentemente a ele. Os provimentos cautelares são sempre destinados a durar um tempo limitado. De fato, chegando o processo principal ao fim, desaparece o próprio problema em razão do qual eles foram concebidos: ou o direito foi reconhecido como existente e poderá receber plena satisfação, ou então foi declarado inexistente e a medida cautelar deverá ser revogada." (**Manual de Direito Processual Civil**, v. I, p. 279-280).

[182] Piero Calamandrei considerava, equivocadamente, neste ponto de seus estudos, a tutela cautelar como uma garantia ao eficaz pronunciamento da Justiça, tendo por fim a antecipação dos efeitos da providência final (Cf. THEODORO JÚNIOR. **Processo Cautelar**, p. 38). CALAMANDREI. **Introduzione allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari**., p. 146-148. A doutrina clássica italiana falhou, no entanto, na utilização indistinta da tutela cautelar (aquilo que se acautela) e da tutela antecipada (aquilo que se antecipa), fato observado por Ovídio Baptista (**Do processo cautelar**, p. 5) ao pontuar os estudos de Enrico Tullio Liebman. Francesco Carnelutti, que na opinião de Humberto Theodoro Júnior (Cf. THEODORO JÚNIOR. **Processo Cautelar**, p. 39), teve a posição mais avançada sobre a tutela cautelar, destacou a finalidade do referido processo, por sua duração, no sentido de se evitar o desequilíbrio das partes. O Código de Processo Civil italiano entrou em vigor em 21.04.1942.Cf. DINAMARCO. **Nova Era do Processo Civil**, p. 59.

[183] CONIGLIO. La riforma del sistema cautelare. **Riv. Di Dir. Proc. Civ**, v. I, p. 5-13.

Lacerda[184], quando transcreveu passagem da exposição de motivos da Ordenação executiva austríaca, de 27 de maio de 1896, em que a lei não deve apenas tornar possível a realização do direito, mas também prepará-la, permitindo a remoção de eventuais ameaças ou perigos.

E, de forma complementar, Enrico Tullio Liebman[185] apontou as condições principais para o acolhimento da cautelar, quais sejam: o *fumus boni iuris* (equivalente ao *fumus delicti* no processo penal) e o *periculum in mora* (equivalente ao *periculum libertatis* no processo penal). O primeiro requisito é fundado no juízo de probabilidade sobre a existência do direito, baseado em cognição sumária e superficial, diferindo aqui do objeto do processo principal, mas com consistência suficiente a justificar a concessão da medida. O segundo requisito prescreve respeito a verossimilhança do perigo para a tutela do direito, tornando o resultado difícil ou impossível de implementação.

Aderindo aos ensinamentos de Liebman, Pinto Ferreira[186] alerta para o fato de que, conforme o § 935 do ZPO alemão de 1896, as medidas cautelares assumem relevante importância quando houver receio de alteração no estado atual do objeto em litígio, que torne impossível ou dificulte a essência e a realização do direito da parte.

Na vanguarda das codificações modernas, o sistema processual civil brasileiro, aqui um ponto fulcral com o processo penal, adotou as medidas preventivas e assecuratórias de forma autônoma ao processo de conhecimento e de execução, pelo que foram introduzidas antes do Código de Processo Civil de 1973,[187] conforme anotações de Hugo Simas[188] ao Decreto-Lei n. 1.608, de 18 de Setembro de 1939, o que diferenciou as medidas acautelatórias de iniciativa exclusiva do juiz para as preparatórias ou assecuratórias, preventivas, provisionais ou premunitórias delegadas ao requerimento das partes. O mesmo autor afirmou o banimento do anacrônico princípio processual da inércia do juiz, objeto dos Códigos mais modernos da Europa, no entanto, ressaltou que para referida faculdade há que

---

[184] Cf. LACERDA. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. VIII, t. I, p. 2.
[185] LIEBMAN. **Manual de Direito Processual Civil**, v. I, p. 278.
[186] FERREIRA. **Medidas Cautelares**, p. 27.
[187] "Direito Anterior – Regulamento 737, de 1850, Título VII – 'Dos processos preparatórios, preventivos e incidentes' (arts. 321 a 409); Decreto 3.084, de 5 de novembro de 1898, parte III, Título II – 'Dos processos preparatórios, preventivos e assecuratórios' (arts. 112 a 163) e parte IV, Capítulo III, sob a mesma epígrafe (arts. 12 a 53)." (SIMAS. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. VIII, p. 5).
[188] Cf. SIMAS. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. VIII, p. 7-12.

se observar à imposição da declaração das razões justificadoras da necessidade e da urgência da medida.

Esclarece Lopes da Costa[189] o fato de as medidas cautelares também serem conhecidas como 'medidas provisórias', vez que sua finalidade é assegurar uma possível realização futura, isso, em caráter provisório.

Já Jorge Americano[190], também em comentários ao Título I (Das Medidas Preventivas) do Código de Processo Civil de 1939, diferenciou o *processo preparatório*, que opera como prejudicial quanto a outros processos que os devem suceder, do *processo preventivo* que resguarda o exercício da ação principal, e o *processo incidente*, que surge no curso da causa para modificá-la ou em virtude de modificação nela verificada. E, apesar do caráter publicístico do processo, não é aconselhável a iniciativa do juiz sobre as medidas cautelares, salvo em casos extremos (de polícia necessária).

O Código de Processo Civil de 1973, substituto do Código de Processo Civil de 1939, conforme Galeno Lacerda[191], revelou-se bem mais ordenado[192], principalmente pela distribuição assistemática dos títulos e, com a sensibilidade de Alfredo Buzaid, no acolhimento de sugestões para o processo cautelar no mesmo plano do processo de conhecimento e de execução, tratamento uniforme não encontrado em codificações apontadas como fonte de inspiração, como a alemã, a austríaca, a portuguesa e a italiana.

Consagrado, assim, na sistemática do processo brasileiro, a clássica tripartição entre conhecimento, execução e cautelar, sendo destinado a este último a

---

[189] LOPES DA COSTA. **Direito Processual Civil Brasileiro**, v. I, p. 93.

[190] Cf. AMERICANO. **Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil**, v. III, p. 9-11.

[191] Cf. LACERDA. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. VIII, t. I, p. 1.

[192] "O Código anterior tratava dos processos cautelares no Livro V, destinado aos 'processos acessórios'. Seguia os passos da doutrina predominante, em especial a de Calamandrei, para quem a medida cautelar é provisória quanto à finalidade. [CALAMANDREI. **Introduzione**. Cit., p. 15; trad. esp., p. 40] O caráter provisório decorre de sua natureza temporária e transitória. [LOPES DA COSTA. **Medidas Preventivas**. 2.ed. 1958, n. 4-5, p. 15-16] Acentua-lhe Liebman a relação complementar, isto é, acessória, a uma ação principal, já proposta ou a propor. [LIEBMAN. **Manuale di Diritto Processuale Civile**. 1968, I, n. 96, p. 92] Em que pesem as reservas de Ovídio Baptista da Silva quanto à acessoriedade da cautela, [SILVA. **As Ações Cautelares e o Novo Processo Civil**, p. 21-25] não se lhe pode negar a dependência teleológica, atual ou potencial, a outro processo ou ação. Como afirmamos no número anterior, a autonomia da função cautelar não significa independência de finalidade do processo. Estava certo, pois, o Código de 1939 quando considerava acessórios os processos cautelares. Mas, se os processos cautelares caracterizam-se, ao menos potencialmente, como acessórios, a recíproca não é verdadeira. O conceito de acessório é mais extenso que o de cautelar. Isto significa que a mudança de critério entre os dois Códigos importou necessária mudança de extensão e conteúdo da matéria tratada, isto é, do objeto dos Livros destinados ao tema.." (LACERDA. Comentários ao Código de Processo Civil, v. VIII, t. I, p. 4).

função de auxiliar e assegurar os efeitos procedimentais das outras duas espécies, isto, de forma preventiva, preparatória ou incidental.

O procedimento sumário das cautelares no Código de Processo Civil de 1939 foi mantido no Código de Processo Civil de 1973, conforme comentários de José Joaquim Calmon de Passos,[193] ao referir-se ao rito abreviado e concentrado, objeto da regra do art. 685 daquele *codex* (CPC/1939).

Pontes de Miranda,[194] interpretando a regra do art. 796 e seguintes do Código de Processo Civil de 1973, afirmou que as medidas cautelares ou preventivas visam à segurança do direito, da pretensão, ou da prova, ou da ação, tendo ainda por finalidade prevenir, acautelar e assegurar a tutela jurídica.

No processo Penal brasileiro não se observa a mesma sistematização, apesar da inegável presença da cautelaridade ínsita ao processo preventivo.

Os processualistas, de modo geral, negam que o processo cautelar esteja vinculado ao direito subjetivo material, e o interesse, uma das condições da ação[195], se reveste do caráter meramente processual, genérico e permanente, podendo subsistir também o interesse material.[196]

---

[193] CALMON DE PASSOS. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. X, t. I, p. 56.

[194] Cf. PONTES DE MIRANDA. **Comentários ao Código de Processo Civil**, t. XII, p. 3-14.

[195] Verificar: MACEDO, Henrique Nogueira. **Condições da Ação e Justa Causa**: a análise antecipada de mérito como antítese do espaço argumentativo democrático no processo penal (Mestrado em Direito Processual). Programa de Pós-Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2008. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Aspectos das condições da ação na Teoria Geral do Processo. **Revista Ciência Jurídica**. São Paulo, a. 14, n. 95, p. 29-44, set./out. 2000.

[196] Conforme Galeno de Lacerda "na doutrina dos processualistas, Calamandrei, por exemplo, afirma que a tutela cautelar, mais que fazer justiça, contribui para garantir o eficaz funcionamento desta, assumindo, pois, a feição de tutela mediata do direito substancial, meio para o melhor êxito da providência definitiva, ou instrumento de instrumento. [CALAMANDREI. **Introduzione allo Studio Sistematico dei provvedimenti Cautelari**, p. 21-22; trad. esp., p. 45] Partindo desta idéia, Carnelutti a simplifica, sustentando que as medidas de segurança servem à tutela do processo. [CARNELUTTI. **Istituzioni**. 1956, I, p. 44, n. 44; trad. Esp., p. 62-63, n. 43; **Trattato – Diritto e Processo**, 1958, p. 356. Entre nós, em interessante estudo, Ronaldo Cunha Campos adota a posição de Carnelutti, Introdução ao Estudo do Processo Cautelar, em Estudos de Direito Processual, I, 1974, p. 115 e seguintes] Nesta breve resenha, cumpre mencionar a opinião de Chiovenda, ao qualificar a ação assecuratória de 'mera ação, que não se pode considerar como acessório do direito acautelado, porque existe como poder atual quando ainda não se sabe se o direito acautelado existe'. [CHIOVENDA. **Instituições**. trad. Bras., vol. I, 1.ed. p. 384-385] A tese deve ser entendida de acordo com sua teoria da ação, ainda presa à tradição civilista, pois identifica ele o autor com o titular do direito subjetivo material, concepção inaceitável hoje na doutrina." (LACERDA. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. VIII, t. I, p. 30). Cf. LACERDA. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. VIII, t. I, p. 30-31. Distinguindo a tutela preventiva substancial da tutela preventiva processual, J. J. Calmon de Passos afirma que "na tutela preventiva, que se efetiva mediante o exercício da jurisdição preventiva, provocado pelo ajuizamento de uma pretensão à segurança, provocado pelo ajuizamento de uma pretensão à segurança, a que diz respeito a pretensões de direito material (substancial) e a que concerne a pretensões de direito processual. Na tutela preventiva substancial, o que se busca assegurar é um

Para Rosemiro Pereira Leal a cautelar

> é procedimento auxiliar que, de modo preventivo, preparatório ou incidental, pode ser instaurado em juízo para assegurar os efeitos de uma futura sentença ou de sentença já expendida ou a *efetividade* de procedimento em tramitação ou a ser instaurado. A característica teórica que distingue o "processo cautelar" é a *provisoriedade*, porque, como auxiliar do procedimento de conhecimento e do de execução, busca tutela de urgência para resguardar direitos expostos a danos iminentes e "irreparáveis". Funda-se, por isso, nos princípios do *fumus boni juris* e no *periculum in mora*, isto é, na plausibilidade do bom direito e no perigo da demora jurisdicional, porque nenhum provimento cautelar pode ser proferido, caso não demonstre o postulante que o seu direito é induvidoso e que deve ser imediatamente garantido para evitar dano.[197]

No processo penal e no processo civil a cautelar desenvolve-se a partir do chamado poder de cautela, expressão que, adequada ao Estado Democrático de Direito, substitui a palavra "poder" por "dever", já que a lei[198] impõe ao magistrado a prestação da atividade jurisdicional.

Já o conhecido "poder geral de cautela", hoje objeto da regra do art. 798 do CPC/1973,[199] teve origem na regra do art. 675 do CPC/1939,[200] que foi reflexo do

---

direito (melhor dizendo, o bem da vida que é seu objeto) mediante a certificação da existência de uma situação de perigo que o ameaça de lesão desautorizada pela ordem jurídica. Assim, o objeto da controvérsia não é aquele direito, sim a situação de perigo que o ameaça. Na tutela preventiva processual, o que se busca assegurar é a efetividade da futura tutela de um direito controvertido, porque existente uma situação de perigo que ameaça de ineficácia, total ou parcial, a sentença que a efetivará. A tutela preventiva substancial se exercita mediante os processos de conhecimento ou de execução, atendidos os pressupostos que informam esses processos. Já a tutela preventiva processual se cumpre mediante o processo cautelar, com pressupostos que lhe são próprios e específicos." (CALMON DE PASSOS. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. X, t. I, p. 46). Da mesma forma que para os processualistas, Galeno de Lacerda alerta para "os civilistas, que identificam o direito de ação com o direito subjetivo material, ou deste o consideram mero acessório, não é de estranhar vincularem necessariamente a ação cautelar à segurança do exercício de um direito subjetivo material, ou a considerem manifestação, no plano processual, do próprio direito objetivo material, genérico, à segurança. Assim nasceu ela, com efeito, na doutrina civilista, berço milenar, abandonado, do direito processual moderno. Referindo-se aos 'meios assecuratórios da conservação dos direitos' e reportando-se a Windscheid e Chironi, nosso grande Clóvis afirmava que 'o exercício do direito não é garantido somente pela ação, que é defesa jurídica, nem pela defesa privada. Ambas são reações contra ofensas atuais, e o direito necessita, igualmente, de acautelar-se para emergências futuras, ou assegurar-se para que o seu exercício não encontre obstáculo' [BEVILÁQUA. **Teoria Geral do Direito Civil**, p. 360] E Helvécio de Gusmão acrescentava, referindo-se aos 'processos preparatórios, preventivos e incidentes' que 'tais processos são os chamados, pelos antigos praxistas remédios assecuratórios de direito destinados a provera respeito de situações excepcionais, acautelando direitos periclitantes e cuja efetivação não comporta delongas' [GUSMÃO. **Código de Processo Civil e Com. para o Distrito Federal**, p. 265, nota 364] Como se vê, total a vinculação do processo cautelar ao exercício do direito acautelado." (LACERDA. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. VIII, t. I, p. 30).

197 LEAL. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, p. 169.

198 Regra dos arts. 798 e 799 do CPC/1973.

199 Regra dos arts. 798 e 799 do CPC/1973: "Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte,

art. 324 do Projeto de Código de Processo Civil italiano (tese de Carnelutti) e do art. 700 do atual Código de Processo Civil italiano (1942).

E, ao contrário do processo civil, no processo penal o "poder geral de cautela" não encontra estipulação expressa na legislação, sendo que os praxistas aplicam as disposições do Código de Processo Civil (CPC, art. 798 e seguintes) de forma suplementar (CPP, art. 3º).[201]

Em linhas gerais, o "poder geral de cautela" passou a ser tradição no direito processual pátrio, em desrespeito aos postulados do processo constitucional e do Estado Democrático de Direito, quando aplicadas às referidas regras processuais que atribuem ao juiz a faculdade, antes da propositura ou durante a tramitação da ação principal, de concessão de medidas preventivas do pretendido direito violado.[202]

---

antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação."; "Art. 799. No caso do artigo anterior, poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução."

[200] Regra do art. 675 do CPC/1939: "Art. 675. Além dos casos em que a lei expressamente o autoriza, o juiz poderá determinar providências para acautelar o interesse das partes: I – quando do estado de fato da lide surgirem fundados receios de rixa ou violência entre os litigantes; II- quando, antes da decisão, for provável a ocorrência de atos capazes de causar lesões, de difícil e incerta reparação, ao direito de uma das partes; III – quando, no processo, a uma das partes for impossível produzir prova, por não se achar na posse de determinada coisa."

[201] Verificar em: LIMA. **A tutela cautelar no processo penal**, p. 122.

[202] Em que pese a fala de Marcellus Polastri Lima, no presente estudo não cabe prosperar qualquer posição benévola ao poder geral de cautela, principalmente pelo risco do subjetivismo do diretor dialogador do processo. Isto porque afirma que: "A doutrina tem, em grande parte, refutado a possibilidade de utilização do chamado poder geral de cautela no processo penal. (...) Porém, devem se separar, para um mais cuidadoso exame, as medidas cautelares pessoais das demais, pois, se em relação às modalidades de prisão provisória não será possível o exercício do poder geral de cautela, em relação às demais medidas cautelares, especialmente aquelas relativas às provas e as reais, poderá se dar, de forma parcimoniosa e extraordinária, o exercício deste poder pelo juiz no processo penal. (...) em relação a outras espécies de medidas cautelares processuais penais não haverá o mesmo óbice. Queremos crer, inclusive, que também em outras modalidades de cautelares pessoais, desde que não prisionais, se poderá exercer o poder geral de cautela, como é o exemplo de hipóteses específicas do processo de execução penal (...) Assim, conforme defendemos, ao fazer uso do poder geral de cautela o juiz poderá ter uma alternativa não prevista em lei para se evitar uma desproporcional decretação [determinação] da prisão cautelar que, assim, passa, inclusive, a ser uma opção de aplicação de hipótese cautelar mais benéfica ao acusado. O fundamento do poder geral de cautela no processo penal, tal qual no processo civil, está no dogma constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º XXXV da CF), mas, de outra parte, considerando-se a previsão legal do Código de Processo Civil, como já visto, poderá ser utilizada subsidiariamente no processo penal. (...) Aqui, por outro lado, não se está decretando [determinando] uma cautelar prisional atípica, em detrimento da existência de outras típicas. Trata-se de aferição, no caso concreto, de uma desproporcionalidade em se aplicar a medida cautelar típica prisional e, assim, é preferível, e mais razoável, se decretar [determinar] uma medida cautelar atípica não prisional, o que se dá, inclusive, em benefício do acusado. Aliás, temos para nós que o argumento utilizado por Romeu Pires de Barros [BARROS. **Processo Penal Cautelar**, p. 58] de que é necessária a previsão legal da cautelar no processo penal, em vista de que nesse

Assim, há que se refutar o "poder geral de cautela", visto que a prestação da tutela jurisdicional cautelar deve ser revestida de princípios constitucionais assecuratórios, pelo que não se pode valer o magistrado de subjetivismos ou ideologias, ou seja, os chamados *achismos decisionais*.

Destaque para comentários de Bruno Ferreira Bini de Mattos[203] sobre o "poder geral de cautela" no processo:

> Trata-se de um poder entendido por respeitável doutrina como aquele que possibilita a tomada de 'providências de segurança, fora dos casos típicos já arrolados pelo Código', quando então se têm 'medidas que são criadas e deferidas pelo próprio juiz, diante de situações de perigo não previstas ou não reguladas expressamente em lei' [THEODORO JÚNIOR. **Curso de Direito Processual Civil**, p. 348] (...) A polêmica há de ser levantada quando se confronta a caracterização do poder geral de cautela com o

---

processo existe uma tipicidade processual não diferente da tipicidade de direito material, não é defensável. (...) O que é certo é que a decretação [determinação] de medidas cautelares mediante o poder geral de cautela, no processo penal, tal qual no processo civil e, até em maior grau, estará sujeita a estreitos limites. (...) Sempre a decretação [determinação] de tais medidas atípicas deve se dar em casos excepcionais, pois a restrição de direitos só deve ser admitida em casos de extrema necessidade e na medida correta, na forma do princípio da não-culpabilidade e, obviamente, não se poderá conceder a título de cautelar atípica mais do que se alcançaria no processo principal. (...) Assim, *v.g.*, não se poderá decretar [determinar] uma interceptação telefônica fora dos casos da lei de interceptação telefônica (Lei 9.296/96) com utilização do poder geral de cautela, ou substituir tal medida por outra, com outros requisitos, pois o poder geral de cautela só deve se dar fora das hipóteses já previstas em lei, sendo as cautelares típicas, ou já previstas em lei, insubstituíveis por hipóteses inexistente para o mesmo caso. (...) Por fim, só caberá o poder geral de cautela no processo penal no caso de existência do processo, não podendo ocorrer anteriormente a este, pois, consoante Galeno Lacerda, 'no estado atual da doutrina e da legislação penais a cautela inominada só caberá de modo incidente, no curso da ação penal pública ou privada, pertencente à iniciativa do autor, ou decretável [determinável] de ofício pelo juiz' [LACERDA. **Comentários ao Código de Processo Civil**: Das medidas cautelares, p. 181]. É que em se tratando de fase investigatória, inexistindo o devido processo legal ou jurisdição, somente poderá se dar a decretação [determinação] do poder cautelar em havendo previsão legal, por se tratar de medida extraordinária. De outra parte, em havendo processo instaurado, passa a ser possível a utilização do poder geral de cautela até mesmo de ofício, em vista do induvidoso interesse público e de estar investido o juiz do poder de velar por este. (...) No processo penal, assim, para decretação [determinação] de medida cautelar com base no poder geral de cautela, será necessária a existência de um processo, onde tal medida poderá ser decretada [determinada], em regra, a pedido das partes e, somente excepcionalmente, de ofício pelo juiz. (...) são tantas as opções de medidas cautelares no sistema italiano que não há necessidade de se socorrer ao poder geral de cautela, ao contrário do que ocorre no Brasil, onde quase sempre a única opção cautelar será o encarceramento provisório do imputado. Assim, se é certo que se deve evitar a decretação [determinação] da medida cautelar com base no poder geral de cautela, também é correta a assertiva de que, em face da carência de medidas típicas, muitas vezes, se fará necessário o socorro às cautelares atípicas, em vista de situações especiais, visando até a preservar o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade. A solução, para nós, seria a promulgação de uma reforma processual penal onde se restasse prevista uma gama maior de medidas cautelares não prisionais, como vem ocorrendo em outros países, tornando-se assim não necessária a utilização do poder geral de cautela. Contudo, é de se ver que, mesmo com a criação ampla de medidas cautelares, sempre poderá ocorrer que, para determinado caso concreto, se faça necessária uma cautelar específica, já que é impossível que se esgotem todas as hipóteses abstratas imagináveis em previsão legislativa." (LIMA. **A tutela cautelar no processo penal**, p. 117-119, 123 e 126-133).

[203] MATTOS. **Urgências de tutela**, p. 55-56.

> Direito Democrático que se instituiu no Brasil com a acolhida deste modelo pelo Estado. Polêmico, portanto, o aludido poder, por se chocar, em sua acepção mais difundida, com o Direito vigente. (...) A crítica, entretanto, não se estabelece a partir da gradação da outorga ao magistrado de poderes cautelares. Foca-se, em verdade, na outorga em si, na própria idéia de concessão destes poderes ao juiz. Nesse sentido, parte-se de uma compreensão pela qual somente se poderia falar em um poder geral de cautela quando a parte interessada (e não o juiz) pretendesse assegurar provas, pessoas e coisas, o que se manifestara pela dedução de pretensão extraída da situação cautelanda. Somente a pretensão de se assegurar provas, pessoas e coisas, pretensão que seria debatida no processo entre as partes, pode indicar um poder de cautela, atribuído à parte nas situações em que fosse previsto na Lei o procedimento específico a se adotar, e que ainda assim estaria submetida ao processo, dada a concepção deste como uma instituição constitucionalizada de modelação procedimental. Na omissão do legislador (ainda que proposital), o procedimento seria regido pela disciplina do processo constitucional, como já se afirmou nas linhas iniciais desta pesquisa. O que se pretende afirmar, portanto, é a instituição do processo pelos fundamentos normativo-constitucionais do contraditório, da ampla defesa, da isonomia e do direito ao advogado (devido processo constitucional), de modo a se prever em Lei um certo número de procedimentos legitimamente garantidos pela instituição do devido processo, contemplando a satisfação de dadas pretensões. Na ausência de específica previsão de procedimento, orientado à satisfação de determinada pretensão, não há que se falar, na Democracia, do poder geral de cautela outorgado ao magistrado, que manifestaria atos acautelatórios de modo solitário. Há, sim, a instituição, pela Constituição, do processo, modelador procedimental que por sua principiologia orienta a elaboração democrática e participada, e sempre a partir da Lei, de provimento hábil à asseguração de provas, pessoas e coisas.

A decisão, além de clara e objetiva, tem de ser revestida por fundamentos legais e fáticos, possibilitadores de fácil entendimento e insurgência recursal.

Observar a regra do art. 2º do CPC/1973: “Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais”; e, a regra do inciso IX do art. 93, da CR/88:

> todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Diante de referidas ponderações, observa-se que no processo brasileiro, as cautelares encontram-se ordenadas de forma mais sistemática no Processo Civil (CPC – Livro III. Do Processo Cautelar – Título Único. Das Medidas Cautelares – Arts. 796 a 889), o que não se verifica no Processo Penal, muito embora em ambos

haja a utilização imprópria do termo medida (mero ato cautelar da autoridade policial ou magistrado) por procedimento cautelar (ato jurisdicional revestido da ordinariedade), bem como a falta de clareza dos conceitos sobre os respectivos termos.

Vale contribuição de Brêtas de Carvalho Dias[204] sobre a nova concepção do "devido processo legal", componente do "devido processo constitucional" e destacado como "bloco aglutinante e compacto de vários direitos e garantias fundamentais inafastáveis ostentados pelas partes litigantes contra o Estado". Acrescenta ainda o autor, em lições acadêmicas, que o processo cautelar está ligado ao direito plausível, enquanto que as medidas cautelares têm como requisito o direito líquido e certo.

No Processo Penal, encontramos diversas providências acautelatórias sem rigor sistemático, delas tratando o Código de Processo Penal[205] em vários capítulos (prisão em flagrante, prisão preventiva, busca e apreensão de bens, dentre outras), bem como em leis extravagantes penais (prisão temporária, aplicação provisória de interdição de direitos e aplicação provisória de medidas de segurança, medida restritiva de direito da suspensão ou permissão para dirigir veículos automotores, dentre outras).

3.4 Objeto da medida cautelar no processo penal

As medidas cautelares no processo penal[206] objetivam evitar danos a pessoas ou bens, e ainda assegurar que não desapareçam os direitos litigiosos no curso do processo.

---

[204] BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Processo Civil Reformado**, p. 229.

[205] O Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941) entrou em vigor em 1º de janeiro de 1942, portanto, tendo completado 65 (sessenta e cinco) anos de existência e aplicação.

[206] A mesma classificação é realizada pelos processualistas civilistas, conforme Galeno Lacerda: "Segurança quanto à prova (cognição) – ex.: produção antecipada de prova, exibição, justificação; Segurança quanto aos bens (execução) – ex.: arresto, seqüestro, caução, e também medidas inominadas; Segurança mediante antecipação provisória da prestação [da atividade] jurisdicional – ex.: alimentos, guarda de filhos, de incapazes, outras medidas do direito de família, e grande parte das cautelas inominadas." (**Comentários ao Código de Processo Civil**, v. VIII, t. I, p. 9).

Daí que, as medidas cautelares no sistema processual penal brasileiro são classificadas:

> a) *medidas cautelares pessoais*: são relacionadas com o suspeito/acusado, dizem respeito as prisões cautelares e a liberdade provisória;
>
> b) *medidas cautelares de natureza civil* (também chamadas de *reais*): são relacionadas com a reparação do dano, podendo citar como exemplo a busca e apreensão de bens e valores;
>
> c) *medidas cautelares relativas à prova*: com efeitos penais e cíveis, dizem respeito a garantia do instituto jurídico a partir dos elementos sensoriais (princípio da indiciariedade) integrativos da realidade objetiva no espaço, pelos meios de ideação jurídica (princípio da ideação) para elaboração do instrumento (princípio da formalização) de sua expressão formal, ou seja, a formalização legal da realidade pensada.[207]

Portanto, as medidas cautelares penais não visam a reagir ao ilícito, bem como não objetivam o cumprimento de uma obrigação, e sim assegurar o procedimento criminal e eventual futura execução da pena.

3.5 Característica da medida cautelar no processo penal

O processo cautelar, para a doutrina clássica, possui as características da autonomia, instrumentalidade, acessorialidade, provisoriedade, revogabilidade e não é definitivo, vez que não faz coisa julgada.

Autonomia. Por ser um processo independente daquele de conhecimento ou execução, o processo cautelar é autônomo, com sentença própria e necessidade de petição inicial específica. No entanto, existem simples “medidas cautelares”, que não se identificam como processo cautelar, por este nelas não existir, sem possuírem aquelas, portanto, a característica de autonomia.

Instrumentalidade. A expressão instrumentalidade cabe ao processo cautelar na medida em que ele não tem um fim em si mesmo, porque é um instrumento, ou tem existência em função de outro processo.

Por estar a serviço de um processo e não depender da certeza da decisão favorável daquele processo, designou Calamandrei à expressão o complemento de

---

[207] Cf. LEAL. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, p. 192.

hipotética. Bastaria então a demonstração em abstrato da probabilidade da consecução da tutela final do direito, para se dizer instrumentalidade hipotética. Essa denominação, no entanto, é rechaçada por forte corrente contrária que defende o argumento de que o essencial seria o requisito da provisoriedade.

Importa entender a instrumentalidade no processo cautelar no mesmo sentido da instrumentalidade dos processos em geral, ressaltando-se apenas que nesse caso específico o objetivo é assegurar ou garantir o desenvolvimento e o bom resultado do fim almejado no processo de conhecimento ou de execução, bastando, para tanto, a existência do interesse processual, ainda que não haja a efetiva existência do direito subjetivo.

Acessoriedade. Conforme foi dito, o processo cautelar, apesar de autônomo, existe em razão do processo principal, e por esse motivo detém em relação a este a característica de acessório.

Esse vínculo futuro com o processo é tanto evidente que, no processo civil, exige, por imposição legal (CPC, art. 801, IV)[208], que na petição inicial[209] da ação cautelar se exponha a lide do processo principal e seu fundamento, com a exposição sumária do direito ameaçado.

Provisoriedade. Esta característica se justifica na existência limitada do processo cautelar. Tendo em vista ser uma situação emergencial, a duração da tutela cautelar provisória deixa de vigorar quando advém a decisão no processo principal ou qualquer outra situação que a torne desnecessária.

Entretanto, mesmo sendo tutela provisória, não há impedimento para uma medida de natureza executória, para dar satisfação a uma cautelar concedida e não cumprida espontaneamente pela parte, proporcionando, nesta situação, uma

---

[208] Observar a regra do art. 801 do CPC/1973: "O requerente pleiteará a medida cautelar em petição escrita, que indicará: I - a autoridade judiciária, a que for dirigida; II - o nome, o estado civil, a profissão e a residência do requerente e do requerido; III - a lide e seu fundamento; IV - a exposição sumária do direito ameaçado e o receio da lesão; V - as provas que serão produzidas. Parágrafo único. Não se exigirá o requisito do no III senão quando a medida cautelar for requerida em procedimento preparatório".

[209] Para Rosemiro Pereira Leal: "Petição: instrumento gráfico-formal condutor da pretensão. Pretensão: toda a articulação textual contida na petição. Pedido: escopo (alvo) da pretensão. Os objetos do pedido contêm a finalidade do pedido." (LEAL. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 280). Assim, "petição inicial" corresponde ao instrumento gráfico-formal condutor da pretensão que instaura o procedimento.

execução equivalente a uma tutela satisfativa cautelar, o que difere do conceito de cautelar satisfativa, cuja existência não é aceita pela doutrina.

Acrescenta e amplia o entendimento João Gualberto Garcez Ramos, ao dizer que não seria uma característica da tutela cautelar a provisoriedade, mas sim a temporariedade, visto que esta é um traço característico da tutela cautelar, não sendo da mesma forma a anterior.

Revogabilidade. A tutela cautelar é revogável, por ser esta provisória. Sua revogação acontece para se adaptar o pronunciamento judicial a novas circunstâncias; permitindo ao juiz proferir decisão com base na plausibilidade do direito alegado pelo autor, uma vez que é produto de uma cognição sumária.[210]

Não definitividade (por não fazer coisa julgada material). No processo cautelar só se torna possível, na sentença, a coisa julgada formal.[211] Isto porque a coisa julgada material no processo cautelar tem, em sua incapacidade de ser gerada, o motivo de não se estender à totalidade do conflito de interesses, não definindo, no plano cognitivo, o caso a ser julgado no processo penal de conhecimento; além do fato de que a finalidade da tutela cautelar é diversa da finalidade do processo de conhecimento.

Cabe destacar ainda entre as principais características das medidas cautelares, duas situações jurídicas individualizadas: instrumentalidade e provisoriedade; vez que são correlacionadas com dois outros pressupostos fundamentais para concessão (pressupostos do mérito cautelar)[212]: o *periculum in*

---

[210] Encontra-se mais transparente tal característica no Processo Civil, art. 807 do CPC, que prescreve: “As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal, mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas”.

[211] Verificar: MEDEIROS, Morton Luiz Faria de. Perfil da coisa julgada no processo penal. **Revista Ciência Jurídica.** São Paulo, a. 15, n. 97, p. 30-39, jan./fev. 2001.

[212] Sobre o tema, também elucida Cláudia Marlise Alberton, já que “a concessão de toda e qualquer providência cautelar, típica ou atípica, depende da presença de dois requisitos fundamentais, quais sejam, o fumus boni iuris e o periculum in mora, no processo civil, e os seus correspondentes fumus delicti e o periculum libertatis no processo penal. No processo civil, cumpre-nos relembrar que o primeiro requisito (fumus boni iuris) enseja análise judicial a partir de critérios de mera probabilidade, em cognição não exauriente, avaliando-se a plausibilidade do direito pleiteado pelo autor a partir dos elementos disponíveis no momento. Deve o juiz indagar, assim, se a pretensão veiculada, diante dos elementos apresentados pelo legitimado, o conduzirão, provavelmente, a um resultado favorável, cuja utilidade se busca preservar. Quanto ao periculum in mora, que trata justamente dos riscos que se corre pela demora da prestação [da tutela] jurisdicional, são necessários dados reais que provem o dano que a demora do acertamento do direito das partes poderá acarretar à utilidade da sentença futura. Não basta o perigo genérico, tênue, exigindo-se a demonstração de que, provavelmente, a alteração do status quo, razoavelmente demonstrada, esvaziará a atuação jurisdicional, tornando-a irremediavelmente

mora (perigo de demora), que diz respeito à urgência de afastar o perigo de perecimento do direito resultante do decurso do tempo, principalmente o ocioso, e o *fumus boni juris* (plausibilidade do direito alegado), responsável pela possibilidade de uma solução favorável no processo penal, com base na própria legislação; ambos, com o objetivo na cautelar de prevenir direitos alegados, evitar perecimento de coisas e evitar dano iminente, assegurando a efetividade (os efeitos) de uma já expedida ou futura sentença ou efeitos da própria ação vindoura ou já proposta.

3.6 Tempo, cautelar e processo

Diretamente relacionado às questões que envolvem as medidas cautelares, está o *tempo*. Além de exercer a função limitadora da medida cautelar, com uma duração temporal que determinará a eficácia da medida [213], compõe as características de um dos pressupostos básicos para sua concessão, o *periculum in mora* (*periculum libertatis*), que, junto ao *fumus boni juris* (*fumus delicti*), integram os requisitos indispensáveis à tutela cautelar.

Conforme já elucidado, mas ainda passível de explanações, o *fumus boni juris* (*fumus delicti*) conceitua-se como "o juízo de probabilidade e verossimilhança do direito cautelar a ser acertado e o provável perigo em face do dano ao possível direito pedido no processo principal" [214], restando ao *periculum in mora* (*periculum libertatis*) a condição de demonstrar a necessidade de prevenção ao possível perigo

---

imprestável. Assim, uma vez presentes os requisitos legais acima referidos, não dispõe o juiz de discricionariedade capaz de levá-lo a indeferir a providência cautelar, abdicando de seu relevante papel de tutela dos bens jurídicos postos sob seus cuidados, sob pena de esvaziamento, ao menos do ponto de vista prático, da própria garantia da inafastabilidade da jurisdição." (ALBERTON. **Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo**, p. 182-183). A medida cautelar tem por pressupostos o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. "O mérito cautelar e liminar é condição de procedibilidade do pedido e não o Direito Material alegado. É o acolhimento da condição e não do direito material. Por isso, provisório. (...) O mérito nas cautelares é sobre a lide, não é a lide." (LEAL. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, p. 277-279). Verificar também em LEAL. **Relativização inconstitucional da coisa julgada**: temática processual e reflexões jurídicas, p. 60-61.

[213] FERREIRA. **Medidas Cautelares**, p. 30.

[214] VILLAR. **Medidas Cautelares**, p. 59

de dano ao pedido do processo principal, em face do perigo de mora, garantindo-se ao final o profícuo desenvolvimento na composição da lide.[215]

Assim, considerando o sentido da palavra *mora*[216] e sua relação com o *tempo* no âmbito do Direito, torna-se oportuno delinear algumas considerações.

---

[215] Adverte Humberto Theodoro Júnior, quanto ao último requisito, uma impropriedade por parte do legislador no que tange a expressão *fundado receio* de dano ao direito de uma das partes, conforme disposto no Código Processo Civil brasileiro (art. 798), por considerar não existir ainda, neste momento, direito da parte, vez que não houve ainda o julgamento da ação principal com a solução da lide, momento este em que se saberia ao certo a existência ou não do direito. Referenciar-se-ia então, ao perigo de dano, o *interesse processual em obter uma justa composição do litígio, seja em favor de uma ou de outra parte, o que não poderá ser alcançado caso se concretize o dano temido*. (THEODORO JÚNIOR. **Processo cautelar**, p. 65). No âmbito processual penal, a questão temporal vai além do excesso de prazo na prisão, atingindo também a prescrição da pretensão punitiva, conforme afirma Geórgia Bajer Fernandes de Freitas Porfírio "como garantia de um processo célere, a prescrição retroativa é limitação cronológica da persecução, pois situa temporalmente etapas processuais e atos dos partícipes processuais. Do descumprimento dos prazos prescricionais, sobrevém invalidação do processo consumado e absolvição. É, pois, única garantia efetiva de celeridade da persecução penal que beneficia a liberdade ao funcionar como impedimento processual.", e ressalta que "há pouco tempo, por emenda datada de 23.11.1999, foi incorporada à Constituição italiana, no art. 111, a cláusula do *giusto proceso*. A nova formulação da carta italiana veio reforçar a opção por um processo penal garantista e possibilitar a aplicação, no direito interno, da Convenção Européia dos Direitos do Homem (na Itália, a jurisprudência não considera tratados e convenções como norma constitucional). Pretendeu-se, assim, delinear o *giusto proceso* com as seguintes garantias: a) regra da legalidade processual, também no sentido substancial; b) contraditório, inclusive na formação da prova; c) juiz imparcial; d) reforço à defesa, garantindo-se a efetividade da defesa de ofício; e) duração do processo em prazo razoável." (PORFIRIO. Celeridade do processo, indisponibilidade da liberdade no processo penal e prescrição retroativa. **Revista brasileira de ciências criminais**, v. 11, p. 128 e 116). No mesmo sentido: JUROVICS. O processo internacional penal diante do tempo. **Revista brasileira de ciências criminais**, v. 14, p. 201. FERREIRA. **Medidas Cautelares**, p. 127. Verificar também: SANTOS, Antonio Henrique de Almeida. Julgamento antecipado do pedido na lide penal. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. São Paulo, a. 3, n. 15, p. 25-33, ago./set. 2002.

[216] Denotativo: Substantivo feminino: **1**) *dilação do tempo; demora, delonga*. **Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa**, versão 1.0, Objetiva, 2001.

Parte da doutrina[217] considera o *tempo* o vilão dentre os percalços que assolam a tramitação da ação posta à discussão pela via processual. Responsabilizam-no pela lentidão, morosidade e onerosidade – traços que se sobressaem no percurso procedimental – levando muitas vezes a resultados infrutíferos, desanimadores na ótica do jurisdicionado, o que provocaria, por parte dos processualistas, uma tendência a encontrar no *tempo* a resposta à suposta lentidão "do processo", ensejando uma busca por "novas técnicas processuais" em substituição àquelas que, sob influência do *tempo*, causariam prejuízo aos que esperam pela prestação da tutela jurisdicional.[218]

---

[217] Cf. ROCHA. **A luta pela efetividade da jurisdição**, p. 71-72. Em recente pesquisa realizada pelo Jornal *Folha de S. Paulo* (Caderno Judiciário, 8.12.2005, p. 12) constatou-se que 91% dos entrevistados consideraram o Judiciário "ruim" ou "péssimo" com relação à sua "agilidade" para solução dos litígios. O mesmo canal de comunicação citou pesquisa realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (respondida por 3.258 filiados em todo o país), revelou que os próprios magistrados, principalmente os juízes estaduais, classificaram sua "agilidade" como "ruim" ou "muito ruim" (48,9%), enquanto que 9,9% daqueles disseram ter rendimento "bom" e "muito bom", pelo que creditaram referidos resultados à burocrática legislação. Crítica há que ser feita, vez que a falta de preparo técnico e psicológico dos magistrados apresenta-se como a principal causa da lentidão do Judiciário, em que pese parte da nossa legislação ainda destoar dos princípios elencados na Constituição de 1988. O Jornal *Valor Econômico* (Caderno Legislação & Tributos, 28.11.2005, p. 12) publicou notícia intitulada "A morosidade do Judiciário de São Paulo: faltam braços" afirmando (por Ricardo Tosto) que "a morosidade da prestação [da tutela] jurisdicional em primeira instância, *acrescida dos cinco anos e meio, em média, para a distribuição dos recursos em segunda instância* [grifos nossos — exemplo de falta de *gestão de qualidade*], era o inferno para juízes e jurisdicionados. Para os que queriam se furtar ao cumprimento de suas obrigações, no entanto, era o paraíso". A situação estrutural do Judiciário é calamitosa por todo o país, conforme manchete publicada no Jornal *Estado de Minas* (Caderno Gerais, 23.7.2006, p. 1 e 6-7) intitulada "Faltam juiz e promotor em Minas Gerais": "Não há magistrado em 42 comarcas e titular do Ministério Público em outras 68. Serviço fica sobrecarregado. Fazer justiça em Minas Gerais está virando tarefa penosa e sobrecarregada: dos 853 municípios, 181 (totalizando mais de 3,5 milhões de habitantes) não têm promotor, 85 (765 mil pessoas) estão sem juiz e 53 (428 mil) se encontram privadas dos dois. São 42 comarcas sem magistrado e 68 sem titular do Ministério Público. Além da morosidade dos processos, o desequilíbrio nessa distribuição afeta principalmente as regiões pobres e isoladas: em Minas Novas (no pobre Vale do Jequitinhonha), a relação é de um promotor e juiz para 90,7 mil habitantes, enquanto em Passa Quatro (no rico sul do Estado) é de um para 15,6 mil. 765 mil pessoas em 85 municípios não têm juiz. Das 52 vagas de juízes no Estado, 40 estão em comarcas de vara única. Justiça difícil. Fóruns vazios. O mapa da precariedade da justiça em Minas." (BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Processo Civil Reformado**, p. 224). Assim, "a imagem da justiça que a sociedade tem, assim é de uma máquina monstruosa, lenta e indecifrável." (DOMINGUES. Direito processual. **Revista da AJUFE**, v. 20, p. 324).

[218] Os processualistas, conforme Fernando Horta Tavares, "responsabilizam o Tempo, que teria um influir vagaroso; ou mesmo apontam o processo de conhecimento e, sobretudo o procedimento ordinário que, em razão da necessidade de se observar as fases que constituem a sua estrutura, muitas vezes bem nítidas, sujeitam o litigante a uma espera incompatível com o que denominam 'acesso à uma ordem jurídica justa'; por fim, embora de forma oblíqua, estes mesmos processualistas preocupados com a demora 'do processo' parecem supor que o respeito às garantias do devido processo, de alguma forma, atrasaria a festejada entrega da 'prestação [da tutela] jurisdicional' ao litigante que 'tem razão'". (TAVARES. **Urgências de tutela**, p. 111-112). No mesmo sentido: TAVARES. **O Brasil que queremos**: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito, 2006, p. 215. Sobre as discussões centrais dos processualistas, expande o entendimento Jânia Maria Lopes Saldanha ao afirmar que "o mal da Justiça é a morosidade e essa foi a principal

Não é o *tempo* inimigo do processo nem dos cidadãos litigantes, afirma Fernando Horta Tavares[219]. E com propriedade o faz, sob argumentos que respaldam sua assertiva. Colaciona o autor algumas concepções acerca do *tempo* que embasam suas justificativas. Extrai-se dessa coleção que o *tempo,* em sua essência, *absoluto, verdadeiro e matemático*, flui de forma linear, sem relação com fatores externos, tendo, no entanto, sua "medida", fixada por uma *sucessão de eventos* que indicariam o "antes-e-depois", nessa linha contínua e homogênea. Ou seja, não é o tempo que exerce influência nos *eventos* e sim *eles próprios* em relação ao tempo. O que significa dizer, pela seqüência dos raciocínios trazidos pelo autor, não ter o *tempo* força ou ação para corroer ou prejudicar, uma vez que apenas flui em marcha num acontecimento natural, restando ao *evento*, ou mais especificamente aos *sujeitos* nele envolvido, a possibilidade de *prejudicar ou não* a *outro*.[220]

Em sentido similar entende Décio Alonso Gomes, para quem "o tempo (e, consequentemente, a duração) não é um fenômeno, mas a relação entre fenômenos"[221]. Credita à velocidade (atual ou virtual) impressa na relação entre eles (dos fenômenos) a importância de conceber o mundo presente onde se inserem os espectadores, protagonistas diretamente relacionados à atividade temporal dentro do processo.

---

razão que fomentou a criação dos Juizados Especiais. Embora essa seja uma realidade que não possa ser desconsiderada, tudo se faz para combatê-la e, nesse afã, corresse o risco de perder em qualidade. É o dilema entre acelerar e retardar lembrado por Bauman ao afirmar que 'a batalha contemporânea da dominação é travada entre forças que empunham, respectivamente, as armas da aceleração e da procrastinação'. A arte para o campo específico do direito processual e da jurisdição é encontrar o *fio vermelho* para ajustar e reajustar o foco intertemporal. Se o problema temporal no processo é uma constante, pode-se afirmar que a motivação para o surgimento dos Juizados Especiais não foi tão-somente o problema da morosidade, mas sim cumprir a promessa constitucional de acesso à Justiça". (SALDANHA. **Teoria do processo**: panorama doutrinário mundial, p. 420).

[219] TAVARES. **Urgências de tutela**, p. 112.

[220] Ver detalhadamente os variados conceitos trazidos por matemáticos, filósofos, juristas entre outros intelectuais na obra de WHITROW (**O que é o tempo?** Uma visão clássica sobre a natureza do tempo, 2005), conforme citado em artigo de Fernando Horta Tavares. (TAVARES. **Urgências de tutela**, p. 112). "Logo, o tempo não pode ser inimigo, por que só passa, é um acontecimento natural", conclui o autor, em contraposição à premissa de Cândido Rangel Dinamarco, para quem o tempo se constitui como um "fator de corrosão de direitos", na mesma obra citado. (TAVARES. **Urgências de tutela**, p. 112-113).

[221] GOMES. **(Des)Aceleração Processual**: Abordagens sobre dromologia na busca do tempo razoável do processo penal, p 76. Diferencia o autor os espectadores como "dupla *audiência*: de um lado, os espectadores processuais (as partes) e, de outra ponta, os espectadores metaprocessuais (a sociedade), cada qual com seu próprio tempo e seu desejo particular de velocidade (e, portanto, de duração do *espetáculo judicial*), o que quebranta o conceito absoluto e único de tempo". (GOMES. **(Des)Aceleração Processual**: Abordagens sobre dromologia na busca do tempo razoável do processo penal, p 76).

Ana Messuti, por sua vez, enriquece o debate baseada em seus estudos fundamentados em Gerhart Husserl, onde relaciona o *tempo* ao *direito*, como sendo um "tempo abstrato, precisamente porque busca superar o imediato, o contingente da experiência ingênua do tempo"[222]. Experiência esta relacionada ao mundo cotidiano do ser humano, no qual reina a dúvida e a incerteza. O direito, dada sua vocação de transcendência, libertar-se-ia da dúvida e da transitoriedade pela antecipação temporal intrínseca nas *normas jurídicas*, realizando-se ao passar de um mundo "destemporalizado" para aquela dimensão temporal da realidade social, alcançada pelo processo que se desenvolve na aplicação das normas.

Logo, implicar ao *tempo* a responsabilidade dos danos causados pela ineficácia da prestação tempestiva jurisdicional, seria recurso questionável e forçoso de encobrir a inércia, a incompetência e o desrespeito em sua aplicabilidade por parte do Estado-Juiz. O que constitui, em outras palavras de Fernando Horta Tavares, "desídia do aparelho estatal judiciário, administrativo, legislativo, de um lado, e de outro, do próprio titular do direito ameaçado ou em vias de ser lesado, o que resulta, nesta hipótese, na ocorrência dos institutos jurídicos da prescrição e da decadência".[223]

A idéia de normatizar o socorro à *tutela jurisdicional*[224] *eficaz* e em *tempo útil* materializou-se pela Emenda Constitucional nº 45, de 8.12.2004, que adiciona, pelo inciso LXXVIII do art. 5º, ao rol dos Direitos e Garantias Fundamentais, a asseguração, a todos, no âmbito judicial e administrativo, da *razoável duração* do processo e os meios que garantam a *celeridade* de sua tramitação.[225]

---

[222] MESSUTI. **O tempo como pena**, p. 42. MESSUTI. **O tempo como pena**, p. 43. No mesmo sentido: OLIVEIRA; MORETTO. A prisão sob o prisma do tempo: um retrocesso ao futuro. **Revista de Estudos Criminais**, n. 11, p. 140. E, Sérgio Ricardo de Souza ao discorrer sobre "o razoável prazo de duração da prisão cautelar e a jurisprudência dos 81 dias", já que "o sistema processual penal brasileiro, ao contrário de sistemas como o espanhol, o português e o alemão, não logrou estabelecer legalmente, com caráter de norma geral, quais os prazos máximos para a prisão cautelar imposta a réus que respondem a processos, o que tem criado, ao longo do tempo, acesas controvérsias sobre qual seria o prazo aplicável." (**Temas de Direito Processual Penal Constitucional Aplicado**, p. 125 e 142).

[223] TAVARES. **Urgências de tutela**, p. 113.

[224] Ao relacionar o *tempo* à tutela jurisdicional, assim pontua José Marcos Rodrigues Vieira: "A tutela jurisdicional pode mitigar e, até mesmo, eliminar o prejuízo decorrente do tempo processual. Todavia não se há de admitir, sob nenhum critério, sentença provisória". (**Da ação cível**, p.167).

[225] A Emenda Constitucional n. 45, de 8.12.2004, concedeu *status* constitucional ao princípio da celeridade, agora consagrado no inciso LXXVIII do art. 5º da CR/88, em que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". Em contrário senso, no entanto, a chamada "Reforma do Judiciário" extinguiu, por força do inciso XII, acrescido ao art. 93 da CR/88, as denominadas "férias forenses" — que se caracterizavam pela paralisação dos feitos (excetuados os criminais e outras exceções, como as dos arts 173 e 174 do CPC), com expressa determinação acerca da

O princípio da celeridade, aliás, já é consagrado em vários países, como alertam Andrés de la Oliva Santos, Sara Aragoneses Martínez, Rafael Hinojosa Segovia, Julio Muersa Esparza, José Antonio Tomé García, em obra coletiva na Espanha.[226]

Entende Fernando Horta Tavares, no plano da teoria do processo constitucional, que *duração razoável*[227] indicaria a prática de atos procedimentais em um *tempo confortável*, delimitados por *marcos temporais com começo e fim* (como se observa nos código de procedimento civil, penal e outros), sem colidir com o princípio constitucional da ampla defesa, numa trilha procedimental a ser

---

necessidade de plantões fora do período de expediente normal (meses de janeiro e julho) —, mas manteve as férias individuais dos magistrados em 60 (sessenta) dias, o que dificultou sobremaneira os julgamentos colegiados nos tribunais, retardando a conclusão dos recursos, que abarrotam os já saturados escaninhos dos cartórios, à espera do retorno de todos os desembargadores componentes das turmas julgadoras para inclusão dos apelos em pauta de julgamento. Fernando Horta Tavares salienta que "o legislador, na esteira do movimento reformista que lastra pelo país, resolve re-constitucionalizar um princípio que já havia sido introduzido no ordenamento jurídico brasileiro desde 1992, pelo *caput* do art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos, o conhecido Pacto São José da Costa Rica". (TAVARES. **Urgências de tutela**, p. 114). Além de comentário de Antonio Scarance Fernandes, no sentido de que "a conciliação da segurança das decisões com a celeridade procedimental constitui eterno dilema do direito processual. Vive-se um intenso movimento de reforma legislativa nos mais diversos países na busca da admissão de alternativas diferenciadas de solução no tocante aos procedimentos ordinários e na criação de procedimentos simplificados. Essa movimentação suscita a perene questão: como conciliar a simplificação com a certeza de que as decisões serão adotadas com segurança após regular processo, durante o qual o acusado tenha amplas condições de se defender? A idéia é atingir procedimentos ajustados às exigências do direito material e às vicissitudes da realidade concreta de cada país." (FERNANDES. **Teoria Geral do procedimento e o procedimento no processo penal**, p. 304-305).

[226] SANTOS *et al*. **Derecho Procesal Penal**, p. 661. Vale aqui o alerta de Rosemiro Pereira Leal ao afirmar que a celeridade pode sumarizar o procedimento ["sumarização do procedimento: redução do tempo-espaço estruturador do procedimento"] e não a cognição ["sumarização da cognição: redução do tempo-espaço necessário à ampla defesa"], pois as conseqüências para o sistema, em relação à última, seriam enormes, vez que implicariam na supressão do devido processo legal. Daí a crítica negativa ao "procedimento" sumaríssimo (aqui entendido por rito), porque nesse a cognição é inexistente. No procedimento ordinário ["perfil longo. Procedimento de cognição pelas fases lógicas, rigorosas: postulatória, instrutória e decisória"] as fases são bem individualizadas e dispostas na horizontalidade, sendo que no procedimento sumário ["redução do perfil (curto, compacto). Mistura, embutimento de fases, articulação (interpenetração ou justaposição de fases)"] as referidas fases (postulatória, instrutória e decisória) aparecem na vertical. No "procedimento" sumaríssimo ["prevalência da jurisdição sem processo. Atualmente, freqüente na chamada Justiça do Trabalho" e Juizados Especiais] ocorre sobreposição daquelas, com a sua conseqüente e perigosa eliminação. (LEAL. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, p. 279).

[227] Adverte o autor que a "redação do mencionado inciso carece, contudo, de melhor técnica. Entendendo-se o processo como um direito-garantia constitucionalizado e de natureza fundamental – [...] – não se pode cogitar que um direito tenha ou não, 'duração' nem que esta seja, ou não, razoável. Ao escriturar o termo 'duração', o inc. LXXVIII do art. 5º da Constituição Brasileira se refere à *tramitação dos procedimentos administrativos ou judiciais* e não, ao Processo, pois que este é um direito, e, como tal, impossível de ser enquadrado numa estrutura abstrata de duração do tempo, e tampouco a qualquer conceito de razoabilidade". (TAVARES. **Urgências de tutela**, p. 114).

regularmente percorrida (racionalidade procedimental[228]). A *celeridade* então se vincularia ao cumprimento do *princípio da legalidade,* respeitados os princípios regentes da processualidade, quais sejam, *isonomia*, *contraditório* e *ampla defesa*, "sem quaisquer compressões ou supressões do exercício destes direitos, pelos sujeitos do processo e com observância necessária pelo próprio Estado-Juiz e pelos auxiliares do juízo"[229]. Significando dizer, portanto, que a eficácia do princípio da *duração razoável* e da *celeridade*, voltada para a *eficiência da administração judiciária* (gestão de qualidade) [230] apenas ocorrerá por intermédio da *operacionalidade* e do *gerenciamento da máquina estatal estruturada* para conhecer e dirimir conflitos e aplicar a sanção penal; o que resultaria do simples cumprimento das regras constitucionais. Por conseguinte, imprimir ritmo a qualquer tipo de estrutura procedimental, em âmbito judicial ou administrativo, só pode ser concebido em observância ao devido processo constitucional e ao princípio da reserva legal.[231]

Décio Alonso Gomes, todavia, considera que o *tempo de duração do processo* é aquele necessário para alcançar seus fins, e enquanto subsistirem os

---

[228] Luiz Guilherme Marinoni considera, por exemplo, não haver racionalidade em admitir-se que um processo prossiga "quando apresenta defeitos ou irregularidades capazes de comprometer a análise da pretensão à tutela jurisdicional do direito. Admitir o prosseguimento do processo em tais condições significaria violação dos direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva e à duração razoável do processo. Isso porque tais direitos fundamentais são voltados a uma tutela efetiva e tempestiva, o que é inviável quando existem defeitos ou irregularidades processuais capazes de comprometer o julgamento de mérito". (MARINONI. **Curso de processo civil**, v. 1, p. 479-480).

[229] TAVARES. **Urgências de tutela**, p. 114-115.

[230] Humberto Theodoro Júnior afirma em conclusão de recente artigo que: "o que é lícito esperar é que, por meio de modernas *técnicas de gerenciamento de qualidade*, os responsáveis pela Justiça brasileira assumam postura de maior ousadia e criatividade. Ousadia para traduzir em provimentos práticos aquilo que a ideologia da Carta Magna assegura aos cidadãos em termos de garantias fundamentais e da respectiva tutela jurisdicional. Criatividade, para superar vícios e preconceitos arraigados nas arcaicas praxes do foro e para forjar 'uma vontade firmemente voltada à edificação de uma nova Justiça. Mais transparente, mais eficaz e efetiva, econômica e, sobretudo, rápida.' [NALINI. A fidelidade ética à vocação de juiz. **Revista dos Tribunais**, v. 722, p. 373] Urge superar, sem mais delongas, o estágio da retórica jurídica para penetrar na prática inadiável da gestão de qualidade da prestação [da tutela] jurisdicional. Só assim, transformar-se-á o processo civil no efetivo instrumento de realização da missão cívica que a declaração fundamental lhe destina. É, enfim, a hora de dar vida à lição doutrinária sobre a efetividade e instrumentalidade do processo; de tornar realidade a vontade política proclamada na Carta Magna, asseguradora da paz social e aplacadora da natural sede de justiça da sociedade. É por isso que estou certo, acima de tudo , da extrema necessidade de empenhar-se a Nação na reforma dos serviços judiciários e no aperfeiçoamento de seus operadores em todos os níveis, quer para solucionar contenciosamente os conflitos, quer para estimular a busca de soluções consensuais alternativas. Sem aprimorar os homens que irão manejar os instrumentos jurídicos, toda reforma da lei processual será impotente para superar os verdadeiros problemas da insatisfação social com o deficiente acesso à Justiça que, entre nós o Poder Judiciário hoje proporciona." (THEODORO JÚNIOR. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. **Revista de Processo**, v. 30, p. 77-78). No mesmo sentido: BOTELHO. A sumarização razoável do processo. **Revista da EMERJ**, v. 10, p. 53.

[231] TAVARES. **Urgências de tutela**, p. 117-118.

motivos que justificaram sua adoção. Desde que observadas as exigências dos procedimentos constitucionais adequados à opção política do poder estatal por um Estado Democrático de Direito, que exige, de um lado, a *celeridade processual* e de outro, a *ponderação no trato da causa* e das razões dos litigantes, contanto que não represente *ameaças* ou *violações* a direitos, liberdades e garantias no curso do processo em sua programação operacional.[232]

Vale o alerta de José Carlos Barbosa Moreira ao afirmar que

> *Last but not least* [última mas não menos], é mais que hora de nos compenetrarmos da superlativa dificuldade, para não dizer da impossibilidade, de conciliar de modo perfeito o ideal da celeridade processual e a preservação de certas garantias básicas para as partes, que a consciência jurídica e ética de nosso tempo não tem como relegar a plano secundário. Também se lê na Constituição, e desde o seu primeiro momento de vida, que 'aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes' (artigo 5º, inciso LV). A norma introduzida pela Emenda Constitucional n. 45 terá de conviver com essa e não poderá fazer dela tábua rasa. Um processo informado por preocupações garantísticas necessariamente será menos rápido que um processo que as ponha de lado. No terreno penal, por exemplo, alguém poderia ser tentado a enxergar a imagem por excelência da rapidez no linchamento do suspeito: julgamento instantâneo e execução imediata; mas é muito duvidoso, felizmente, que se proponha com êxito semelhante modelo à consideração dos legisladores contemporâneos.[233]

Neste contexto, do *tempo razoável* à duração do processo, Brêtas de Carvalho Dias assim o define como "dever de prestação do serviço público jurisdicional pelo Estado mediante a garantia de um *processo sem dilações indevidas*, processo cujos atos sejam realizados naqueles prazos fixados pelo próprio Estado nas normas do direito processual"[234]. E traça com propriedade uma advertência que cabe colacionar em toda sua extensão, qual seja

> a exigência normativa de se obter a decisão jurisdicional em tempo útil ou prazo razoável, o que significa adequação temporal da jurisdição, mediante processo sem dilações indevidas, não permite impingir o Estado ao povo a aceleração dos procedimentos pela diminuição das garantias processuais

---

[232] Relaciona os fins como sendo a "realização do direito material, proteção do indivíduo e pacificação social". (GOMES. **(Des)Aceleração Processual**: Abordagens sobre dromologia na busca do tempo razoável do processo penal, p 80). Exemplifica o autor como sendo o "procedimento, oportunidade de defesa, recursos." (GOMES. **(Des)Aceleração Processual**: Abordagens sobre dromologia na busca do tempo razoável do processo penal, p 80).

[233] BARBOSA MOREIRA. O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. **Revista ADV Seleções Jurídicas**, v. 10, p. 20.

[234] Brêtas de Carvalho Dias critica as impropriedades técnicas contidas nas reformas processuais que visam a celeridade da prestação da tutela jurisdicional, criadoras de verdadeiros enigmas, exemplo para a jurisdição-relâmpago ou jurisdição-enéas, obtidas através das instantâneas sentenças emprestadas, conforme disciplinado pelo conteúdo normativo do art. 285-A do CPC. (**Processo Civil Reformado**, p. 231). BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**, p. 116.

> constitucionais (por exemplo, suprimir o contraditório, proibir a presença de advogado no processo, eliminar o duplo grau de jurisdição, abolir a instrumentalidade das formas, restringir o direito das partes à produção de provas, dispensar o órgão jurisdicional do dever de fundamentação). A restrição de quaisquer das garantias processuais, sob a canhestra e antidemocrática justificativa de agilizar ou tornar o procedimento, com o objetivo de proferir decisão jurisdicional em prazo razoável, é estimular o arbítrio, fomentar a insegurança jurídica e escarnecer da garantia fundamental do povo ao devido processo legal, em suma, deslavada agressão ao princípio constitucional do Estado Democrático de Direito.[235]

Uma provável solução para tão debatido problema talvez esteja no caminho indicado por Fernando Horta Tavares que acredita na formulação de uma

> teoria da efetividade do direito, fruto do adequado equilíbrio entre o processamento de pedidos amparados em tutelas provisórias – os procedimentos de urgência de tutela a direitos fundamentais, pela via das antecipações de tutela e cautelares – e o respeito aos princípios do contraditório, da isonomia e da ampla defesa, e da reserva legal, por que regentes do Estado de Direito Democrático, de que não se pode afastar. **Esta harmonia pode ser alcançada com modificações operacionais, seja no funcionamento da máquina judiciária, seja na utilização de determinadas técnicas procedimentais, sem malferimento do processo devido, muito menos com sumarização da cognição**.[236]

O *subterfúgio* das discussões que têm em seu centro o *tempo* como responsável pela "lentidão" processual, torna-se evidente, portanto. Num estratagema falho, muitas vezes fomentador de reformas superficiais, distanciam-se da realidade do problema, dificultando-lhe a solução. A "morosidade" não estaria então ligada ao processo (ou procedimento), mas sim à *ineficaz prestação da atividade jurisdicional monopolizada pelo Estado-Juiz.* O que se revela manifesta afronta ao Estado Democrático de Direito, acolhedor dos princípios da eficiência e legalidade que, juntos aos já citados, compõem o ordenamento jurídico e determina ao Estado a prestação dos serviços públicos adequados e eficientes e em *tempo* que não resulte em prejuízos aos jurisdicionados; sob pena de reparação por parte do Estado aos implicados no prejuízo por ele causado.[237]

---

[235] BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**, p. 117.

[236] TAVARES. **Urgências de tutela**, p. 118. Grifos nossos no trecho do texto que representa a já falada *gestão de qualidade*.

[237] Para Brêtas de Carvalho Dias o processo cautelar não tem por objetivo ser rápido, mas prestado no tempo útil ou lapso temporal razoável, sem dilações indevidas (etapas mortas do processo). Alerta também para o fato de que lapso temporal útil e lapso temporal razoável nem sempre representam o mesmo resultado, pelo que exemplifica no deferimento de uma medida em 5 (cinco) dias, que é razoável mas às vezes não é útil, porque passado o tempo do ato. (Cf. BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Processo Civil Reformado**, p. 218). Um dos grandes problemas das ondas reformistas diz respeito a constante tentativa de sumarização da cognição e não do procedimento, o que implica em supressão do devido processo legal e sério risco para o Estado Democrático de Direito. Assim traduzido como violação à lei, em virtude da negligência crônica do

3.7 Espécies de medidas cautelares no processo penal

A doutrina que trata das medidas cautelares criminais divide o instituto jurídico em três espécies: a) *Medidas cautelares pessoais* (prisão temporária, flagrante, preventiva, prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível, prisão em decorrência de pronúncia e a prisão administrativa);[238] b) *Medidas cautelares relativas à prova* (busca e apreensão)[239]; e, c) *Medidas cautelares reais* (seqüestro e arresto de bens).

Algumas das referidas espécies são utilizadas tanto na fase policial quando na fase judicial (processo penal), e outras são exclusivas da fase processual, como a prisão preventiva.

Estado em prover adequadamente os recursos materiais e pessoais necessários ao correto funcionamento dos órgãos jurisdicionais, sem a devida responsabilização dos agentes públicos envolvidos. (BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**, p. 157). Sublinha Brêtas de Carvalho Dias que a correta interpretação na Constituição da República de 1988 das normas basilares destes princípios – da eficiência e legalidade –, obriga-os à obediência não só pelos órgãos administrativos como também pelos órgãos legislativos e órgãos jurisdicionais. Estes últimos passíveis de rigorosa obediência aos prazos legais que, quando impostos às partes, impõem-lhes o dever de cumpri-los a fim de afastar a perda do direito à prática do ato processual pelo decurso do prazo (preclusão). (BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**, p. 154). No mesmo sentido: MACIEL JÚNIOR. A reparação do dano pela duração irrazoável do processo nos sistemas jurídicos italiano e brasileiro. **Revista Forense**, v. 102, p. 198. Assim entende o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que em ementa de acórdão [acórdão proferido no julgamento da apelação cível n. 139.720/7, aos 10.6.99, Relator Desembargador Monteiro de Barros. Diário do Judiciário de Minas Gerais, p. 1, em 4.3.00] colacionado por Brêtas [Sendo o serviço judiciário um setor de funcionamento do Estado, como são todos os serviços públicos, distinguindo-se dos demais apenas pela função jurisdicional que realiza, não estando acima das leis, cuja fiel e exata aplicação tem como missão operar, a ele se aplica a norma do artigo 37, §6º, da Carta Magna. Não sendo prestados com eficiência e eficácia os serviços judiciários, tal fato implica a responsabilização do Estado pelos danos causados à parte, decorrentes de seu mau funcionamento], responsabiliza o Estado pela prestação ineficaz dos serviços judiciários que à parte causou dano. (BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**, p. 158).

[238] Verificar: VELLOSO, Flávia Dolabella. **A processualização das cautelas pessoais no processo penal** (Mestrado em Direito Processual). Programa de Pós-Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2005. SOARES JÚNIOR, Dário José. **Isonomia processual penal**: um enfoque acerca da vedação inconstitucional da liberdade provisória (Mestrado em Direito Processual). Programa de Pós-Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2006.

[239] Alguns autores já escreveram sobre a busca e apreensão e a restituição de coisa apreendida com foco constitucional, valendo observar: BADARÓ. A tutela cautelar no processo penal e a restituição de coisa apreendida. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 14, p. 260-286. GOMES. Contornos do mandado de busca e apreensão requisitos e controle da atividade policial. **Revista dos Tribunais**, v. 844, p. 470-484. PITOMBO. **Da busca e da apreensão no processo penal**, p. 51.

Como o presente estudo não tem por objetivo (problematização) uma ou outra espécie das várias medidas cautelares criminais, mas sim à sua sistematização na fase policial e judicial criminal, desonerado estará o presente tópico de conceitos profundos, limitando-se em destacar as bases da classificação doutrinária a respeito do tema, ponto importante para as principais divergências com o processo constitucional e o Estado Democrático de Direito.

As **medidas cautelares prisionais**, fonte dos maiores problemas e arbitrariedades das autoridades policiais e judiciárias, são classificadas como prisão temporária, prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível, prisão em decorrência de pronúncia e a prisão administrativa**.**

No que diz respeito às medidas cautelares prisionais em espécie, também conhecidas como prisões provisórias, são as medidas restritivas de liberdade, que visam principalmente acautelar as investigações policiais (inquérito policial) e criminais (processo penal), anteriores à condenação definitiva.

Na legislação pátria encontramos cinco espécies de prisões provisórias, sendo elas: a) *Prisão em Flagrante* (CPP, art. 301 a 310); b) *Prisão Preventiva* (CPP, art. 311 a 316); c) *Prisão Temporária* (Lei n. 7.960, de 21.12.1989); d) *Prisão decorrente de pronúncia* (CPP, art. 408, §1º); e, e) *Prisão em virtude de sentença condenatória passível de recurso* (CPP, art. 393, inc. I, e art. 594; art. 2º, §2º, da Lei n. 8.072/90; art. 35 da Lei n. 6.368/76).

Exibem nitidamente a natureza de cautelaridade, tendo por características a provisoriedade (pelo fato de não serem definitivas, estas últimas também conhecidas como prisão-pena), a modificabilidade (pelo fato da possibilidade de serem revogadas a qualquer momento), a facultatividade e a instrumentalidade (necessidade de seguirem a forma estabelecida na legislação), e visam garantir hipóteses relacionadas com a efetividade ou conveniências procedimentais nos autos (inquérito ou processo).

A **prisão temporária** apresenta-se como a constrição determinada pelo juiz, por prazo legal, mediante representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público, tendo como requisitos a imprescindibilidade da prisão (*periculum libertatis*) para as investigações do inquérito policial (art. 1º, inciso I, Lei n. 7.960/89), bem como, não ter o indiciado residência fixa ou não fornecer elementos

necessários ao esclarecimento de sua identidade (art. 1º, inciso II, Lei n. 7.960/89), e ainda, a existência de fundadas razões (*fumus comissi delicti*), de acordo com as provas admitidas na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado (art. 1º, inciso III, Lei n. 7.960/89)[240] em crimes diversos[241].

A **prisão em flagrante** apresenta-se como a medida cautelar de restrição da liberdade, realizada no momento em que ocorre o crime ou contravenção ou logo após o seu cometimento. O flagrante se desdobra em próprio (ou perfeito), impróprio (ou imperfeito), presumido (ou ficto), compulsório (ou obrigatório), facultativo, prorrogado (ou retardado) e o esperado, não sendo admitidos no nosso sistema os flagrantes preparado (ou provocado) e o forjado.[242]

Quanto à **prisão preventiva**, trata-se de modalidade de constrição cautelar que tem como objeto a garantia do normal desenvolvimento do processo e a eficaz aplicação do poder de apenar, assim como assegurar a ordem pública, a ordem econômica, a conveniência da instrução criminal, ou ainda, a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.[243]

Após introduzir as principais características das constrições cautelares, bem como a importante parte principiológica afeta ao assunto, observa-se que o objeto do presente estudo, a garantia da ordem pública, apresenta-se como um dos fundamentos para a determinação da prisão preventiva.

Daí que até mesmo para os dicionaristas o conceito aberto do que seja "garantia da ordem pública" é um problema para ser traduzido em palavras.

Neste sentido, De Plácido e Silva [244] entende "ordem pública" como a "situação e o estado de legalidade normal, em que as autoridades exercem suas

---

[240] Cf. WEDY. **Teoria Geral da Prisão cautelar e Estigmatização**, p. 130.

[241] Crimes de homicídio doloso (art. 121, caput, e seu §2º), seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§1º e 2º), roubo (art. 157, caput, e seus §§1º, 2º e 3º), extorsão (art. 158, caput, e seus §§1º e 2º), extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§1º, 2º e 3º), e estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único), atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único), rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único), epidemia com resultado de morte (art. 267, §1º), envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com o art. 258), quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal, além do genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei n. 2.889/56, em qualquer de suas formas típicas), do tráfico de drogas (art. 12 da Lei n. 6.368/76), dos crimes hediondos (Lei n. 8.072/90), tortura (Lei n. 9.455/97) e terrorismo, e dos crimes contra o sistema financeiro (Lei n. 7.492/86).

[242] Cf. MACHADO. **Prisão cautelar e liberdades fundamentais**, p. 74.

[243] Cf. BECHARA. **Prisão cautelar**, p. 132.

[244] SILVA. **Vocabulário Jurídico**, p. 988.

precípuas atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam, sem constrangimento ou protesto."

Já para Deocleciano Torrieri Guimarães[245] trata-se do "conjunto de princípios éticos, jurídicos, políticos, econômicos e sociais que, no interesse geral, regem a convivência entre os cidadãos, levando a uma situação de segurança e tranqüilidade."

E, para Maria Helena Diniz[246], "conjunto de condições essenciais a uma vida social conveniente, fundamentado na segurança das pessoas e bens, na saúde e na tranqüilidade pública."

Empreendendo maior esforço sobre o conceito do instituto estudado, Bruno César Gonçalves da Silva[247], a partir dos estudos em Gomes Filho,[248] afirmou que não se enquadram nas exigências de caráter provisório propriamente dito, mas sim de medidas de defesa social, na busca de se evitar novos crimes ou mesmo a supressão de provas pelo acusado.

Da mesma forma, para Fábio Ramazzini Bechara [249] , colacionando ensinamentos de Nelson Freire Terra[250], atesta que a noção de ordem pública está mais ligada ao sentimento do que a prática, daí a dificuldade em se encontrar um conceito, até porque estaria o instituto ligado a um conjunto de princípios de ordem superior, políticos, econômicos, morais e algumas vezes religiosos, aos quais uma sociedade considera estreitamente vinculada à existência e conservação da organização social estabelecida.[251]

Sendo assim, diante de tais considerações, não se depreende limites rígidos para o conceito do instituto da "ordem pública".

Como visto, a doutrina tenta traçar a todo custo o entendimento sobre a "garantia da ordem pública", valendo também comentários de Julio Fabbrini Mirabete[252] ao declarar que com a medida visa-se evitar a prática de novos delitos,

---

[245] GUIMARÃES. **Dicionário Técnico Jurídico**, p. 415.
[246] DINIZ. **Dicionário Jurídico**, p. 461.
[247] Cf. SILVA. **Uma vez mais: da 'garantia da ordem pública' como fundamento de decretação da prisão preventiva**, p. 10.
[248] Cf. GOMES FILHO. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**, 67-68.
[249] Cf. BECHARA. **Prisão cautelar**, p. 101.
[250] Cf. TERRA. **Segurança, Lei e Ordem**, p. 37.
[251] Cf. TERRA. **Segurança, Lei e Ordem**, p. 37.
[252] Cf. MIRABETE. **Código de processo penal interpretado**, p. 803.

acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão. E continua o mesmo autor, dizendo que a conveniência deve passar pelo crivo do decididor, examinando dentre outros itens a gravidade do delito, a forma e execução do crime, a conduta do acusado, antes e depois do ilícito, e outras circunstâncias que podem provocar imensa repercussão e clamor público.

No entanto, a expressão é amplamente criticada uma vez tratar-se de conceito aberto, dando oportunidade ao arbítrio e a casuística na limitação ao direito de liberdade pelo magistrado, ferindo o Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, Bruno César Gonçalves da Silva[253] é explícito ao dizer que a "garantia da ordem pública" será utilizada para socorrer as mais diversas interpretações a ela dadas, bem como, o casuísmo da jurisprudência conduzindo as interpretações mais variadas, gerando, por certo, insuportável insegurança antes mesmo da condenação.

E, completa o mesmo autor, afirmando que a "garantia da ordem pública" tem sido utilizada como sinônimo de várias outras expressões, como: a "potencialidade lesiva do crime" ou "gravidade do delito", a "preservação da credibilidade na Justiça", a "periculosidade do agente" ou "reiteração criminosa", o "clamor público", dentre outras; todas, verdadeiras fórmulas vazias e sem conteúdo processual.[254]

No mesmo sentido a crítica de Nelson Camatta Moreira[255], uma vez que o instituto da "garantia da ordem pública" não pode ser utilizado como um instrumento de política criminal, passando a atender aos anseios de "justiça" da população ou ao senso autoritário do magistrado que venha a determiná-la sem a presença de seus requisitos.

Daí a dissociação da realidade processual penal pátria com a proposta democrática do texto constitucional, já que, na prática, despreza-se o princípio da presunção de inocência, pela ilusão de uma segurança que o sistema criminal não é capaz de fornecer.[256]

---

[253] Cf. SILVA. **Uma vez mais: da 'garantia da ordem pública' como fundamento de decretação da prisão preventiva**, p. 10.
[254] Cf. SILVA. **Uma vez mais: da 'garantia da ordem pública' como fundamento de decretação da prisão preventiva**, p. 10.
[255] Cf. MOREIRA. **Prisão cautelar: uma (re)leitura à luz do Estado Democrático de Direito**, p. 130.
[256] Cf. MOREIRA. **Prisão cautelar: uma (re)leitura à luz do Estado Democrático de Direito**, p. 130.

Na seqüência, tem-se ainda os ensinamentos de Odone Sanguiné[257], que vai além ao postular a inconstitucionalidade da medida, já que não é o instrumento correto para acalmar o alarma social ocasionado por delito, em verdadeira pena antecipada.

E continua o autor afirmando que insustentável em um sistema constitucional que acolhe um rigoroso respeito pelos direitos dos cidadãos e proclama a presunção de inocência e o Estado Democrático de Direito, a manutenção da aplicação do instituto da "garantia da ordem pública" como fundamento da prisão preventiva.[258]

Mesmo posicionamento, aliás, de Camile Eltz de Lima[259], ao defender a inconstitucionalidade do fundamento e a sua incompatibilidade com os princípios garantistas que regem o processo penal.

A autora afirma também que o instituto da "garantia da ordem pública" não é cautelar, visto que não serve para garantir o normal desenvolvimento do processo ou a futura aplicação da lei penal, e que resta evidenciado que, quando a prisão ocorre em face da periculosidade do agente ou mesmo em função da gravidade do delito, não preenche as características cautelares, mas cumpre funções penais — de prevenção especial do agente (impedir que cometa novos delitos) — que somente pode(ria)m derivar de um "processo judicial válido e uma sentença transitada em julgado", ocorrendo perfeito desvirtuamento de finalidade.[260]

E, na aplicação dos princípios aqui já estudados, em relação ao fundamento da "garantia da ordem pública", completa[261]

> temos que o fundamento da garantia da ordem pública mostra-se completamente incompatível com os princípios mais basilares que regem o processo penal garantista: a) fere o princípio da presunção de inocência, ao ser decretada com o fito de evitar a continuidade delitiva; b) viola o princípio do devido processo legal, pois a liberdade do indivíduo é retirada sem que haja motivos cautelares justificadores, configurando um ato de puro arbítrio do julgador; c) ofende o princípio do contraditório e da ampla defesa, ao representar argumento impossível de ser refutado empiricamente, dada a

[257] Cf. SANGUINÉ. **A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva**, p. 114.
[258] Cf. SANGUINÉ. **A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva**, p. 115.
[259] Cf. LIMA. **A 'garantia da ordem pública' como fundamento da prisão preventiva: (in)constitucionalidade à luz do garantismo penal**, p. 159.
[260] LIMA. **A 'garantia da ordem pública' como fundamento da prisão preventiva: (in)constitucionalidade à luz do garantismo penal**, p. 159.
[261] LIMA. **A 'garantia da ordem pública' como fundamento da prisão preventiva: (in)constitucionalidade à luz do garantismo penal**, p. 159.

> vagueza da locução. Não há jogos de palavras, portanto, que consigam derrubar a inconstitucionalidade deste fundamento.

Visão similar emitida por Eugênio Pacelli de Oliveira, ao afirmar que

> em boa parte das circunstâncias e requisitos alinhados, ficamos na companhia da legislação portuguesa, espanhola, italiana e alemã, que, como já dissemos, em vez de se valer da expressão — ordem pública, preferiram enumerar as situações de risco à efetividade da respectiva jurisdição, ressalva feita à portuguesa, que admite a imposição de medidas de coação para assegurar a ordem e tranqüilidade públicas (art. 204). (...) O exame das transformações operadas no direito processual penal brasileiro a partir da Constituição da República, sobretudo no que respeita à adoção de um modelo estruturado, fundamentalmente, no respeito às garantias e aos direitos individuais, comprova a necessidade de se estabelecer novos parâmetros para o adequado equacionamento dos diversos interesses a serem tutelados na administração estatal da justiça. Relativamente à questão da liberdade no curso do processo, os indicadores constitucionais apontam no sentido da necessidade de se estabelecer uma urgente revisão do sistema prisional processual, para que se afaste definitivamente de nosso ordenamento a imposição do cárcere como medida legitimada, única ou preponderantemente, na probabilidade de condenação e na possibilidade, abstrata, de fuga. Os regimes de liberdade, com e sem fiança, previstos na Constituição, não podem mais ser apreciados debaixo do esquema previamente definido no Código de Processo Penal, elaborado sob auspícios de uma ordem política profundamente diversa daquela que deu origem ao novo perfil do atual modelo processual brasileiro, marcadamente democrático, no que diz com a delimitação do acesso à participação na disputa judicial, e declaradamente garantista, no que respeita ao tratamento dispensado ao acusado. O princípio da não culpabilidade ou do estado e situação jurídica de inocência, inserido no contexto mais amplo do devido processo penal, deverá ocupar toda e qualquer delimitação do sistema prisional cautelar, atuando como verdadeira limitação à atividade estatal persecutória, de modo a impedir, sempre, que se ultrapasse a fronteira da efetiva tutela da efetividade do processo e da jurisdição penal.[262]

Portanto, fica claro que o instituto da “ordem pública” como fundamento da preventiva fere frontalmente o princípio do Estado Democrático de Direito, bem como o princípio da presunção de inocência, daí considerado inconstitucional por alguns doutrinadores.

A **prisão em virtude de sentença condenatória passível de recurso** (art. 393, inciso I do CPP) deve ser interpretada em conjunto com o art. 594 do CPP, sendo que, proferida a sentença condenatória, se já estiver recolhido a estabelecimento penal, o acusado em decorrência de prisão cautelar permanecerá preso até o trânsito em julgado da decisão que, se confirmada, fará com que passe à execução da pena. Agora, estando em liberdade o acusado, será expedido o mandado de prisão, salvo se livrar solto (art. 321 do CPP) ou tiver o direito de apelar

[262] OLIVEIRA. **Regimes constitucionais da liberdade provisória**, p. 69 e 151.

em liberdade por ser primário e ter bons antecedentes (art. 594 do CPP). Outra hipótese, para o caso de não ser concedido o benefício, porém sendo o crime afiançável, deve ser expedido mandado de prisão, consignando o arbitramento da fiança para apelar em liberdade (art. 322 do CPP).[263]

A **prisão em decorrência da pronúncia**, que para muitos não tem qualquer relação com cautelaridade, ocorre diante de uma sentença de pronúncia em que o juiz declara o dispositivo em que está incurso o réu e recomenda-o na prisão onde se encontra ou expede as ordens necessárias para sua captura (art. 408, §1º do CPP), valendo observar que se o acusado for primário e de bons antecedentes, poderá o magistrado deixar de determinar a prisão ou revogá-la, caso esteja preso (art. 408, §2º do CPP), bem como, se o crime for afiançável, desde logo, arbitrar o valor da fiança, que constará do mandado de prisão (art. 408, §3º do CPP).[264]

A **prisão administrativa**, também incluída entre as espécies de medidas cautelares pessoais prisionais, são exclusivas da função jurisdicional, tais como a constrição do falido e do administrador judicial por desobediência (Lei n. 11.101/05)[265], além da prisão do depositário judicial infiel (STF, Súmula n. 619), com exceção da prisão do militar por transgressão disciplinar (Decreto-lei n. 1.001/69 – Código Penal Militar; e, Decreto-lei n. 1.002/69 – Código de Processo Penal Militar), em que a Constituição de 1988 (art. 5º, inciso LXI) deu guarida sem a reserva de jurisdição.

Há que se destacar ainda as medidas cautelares pessoais exclusivas da fase policial, quais sejam: uso de algemas[266], condução em viaturas, uso de bafômetro[267]

---

[263] Cf. MIRABETE. **Código de processo penal interpretado**, p. 1042.

[264] Cf. KATO. **A (Des)Razão da Prisão Provisória**, p. 133.

[265] A Lei n. 11.101/05 regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Revogou o Decreto-lei n. 7.661/45 (Lei de Falências - antiga). A prisão está regulada atualmente no art. 99, inciso VII da Lei n. 11.101/05, enquanto que na norma revogada (Decreto-lei n. 7.661/45) a matéria era tratada em vários dispositivos (art. 14, parágrafo único, inciso VI, art. 35, parágrafo único, art. 37, *caput*, art. 60, parágrafo primeiro, art. 63, inciso XXII, art. 69, parágrafos quinto e sétimo, e art. 193).

[266] Verificar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: "EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. USO DE ALGEMAS NO MOMENTO DA PRISÃO. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA EM FACE DA CONDUTA PASSIVA DO PACIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES. 1. O uso legítimo de algemas não é arbitrário, sendo de natureza excepcional, a ser adotado nos casos e com as finalidades de impedir, prevenir ou dificultar a fuga ou reação indevida do preso, desde que haja fundada suspeita ou justificado receio de que tanto venha a ocorrer, e para evitar agressão do preso contra os próprios policiais, contra terceiros ou contra si mesmo. O emprego dessa medida tem como balizamento jurídico necessário os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Precedentes. 2. Habeas corpus concedido." (STF - HC n. 89429/RO – RONDÔNIA - HABEAS CORPUS – Relª. Minª. Cármen Lúcia – Primeira Turma – Julg. 22/08/2006 – Publ. 'DJ' 02/02/2007, p. 114 – Ementário n. 02262-05/920). **Súmula Vinculante n. 11 do Supremo Tribunal Federal**: "Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à

integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado." - Fonte de Publicação: DJe nº 157/2008, p. 1, em 22/8/2008. DO de 22/8/2008, p. 1. Legislação: Constituição Federal de 1988, art. 1º, III, art. 5º, III, X e XLIX. Código Penal, art. 350. Código de Processo Penal, art. 284. Código de Processo Penal Militar, art. 234, § 1º. Lei nº 4898/1965, art. 4º, a. Precedentes: RHC 56465, HC 71195, HC 89429, HC 91952 (acórdão pendente de publicação). Diário do Judiciário Eletrônico/TJMG, n. 10, 11 de junho de 2008, p. 4-7. "CORTE SUPERIOR (TJMG). 11.06.2008. ATA DA SESSÃO EXTRAORDINÁRIA DA CORTE SUPERIOR (TJMG), REALIZADA EM 04/06/2008, ÀS 9:00 HORAS. Presidência: Desembargador Orlando Carvalho Presenças-Desembargadores: Edelberto Santiago, Antônio Hélio Silva, Sérgio Resende, Roney Oliveira, Reynaldo Ximenes Carneiro (Segundo Vice-Presidente), Herculano Rodrigues (Presidente do TRE/MG), Carreira Machado, Baía Borges, José Francisco Bueno (Corregedor-Geral de Justiça), Célio César Paduani (Vice-Corregedor-Geral de Justiça), Jarbas Ladeira (Terceiro Vice-Presidente), Alvim Soares, Antônio Carlos Cruvinel, Fernando Bráulio, Edivaldo George, Duarte de Paula, Alvimar de Ávila, Nilson Reis (substituindo Cláudio Costa), Wander Marotta (substituindo Ferreira Esteves), Geraldo Augusto (substituindo Dorival Guimarães), Audebert Delage (substituindo Brandão Teixeira), Edilson Fernandes (substituindo Hyparco Immesi), Delmival de Almeida Campos (substituindo Almeida Melo) Teresa Cristina da Cunha Peixoto (substituindo Kildare Carvalho). (...) MANIFESTAÇÕES: Antes do início dos trabalhos, pediu a palavra o Desembargador Sérgio Resende para assim se manifestar: Senhor Presidente, pela ordem: Registro que recebi do Desembargador Eli Lucas de Mendonça um pronunciamento feito na Unidade Francisco Sales, mais precisamente na 4ª Câmara Criminal, a respeito da forma como a Polícia Federal vem agindo no cumprimento de mandados de prisão, usando um sistema altamente degradante para o ser humano. Quero, portanto, neste aspecto, pedir a solidariedade de toda a Corte Superior para que se encaminhe um ofício a todos os tribunais do país, inclusive os tribunais superiores, pedindo a todo o magistrado que, quando expedir uma ordem de prisão, se cumprida pela Polícia, quer Federal, quer Estadual, que estabeleça limites para o uso de algemas, pois estão, apenas, servindo para denegrir a imagem do ser humano. Quero denominar esse meu pronunciamento como 'Operação Dignidade Humana'. Na seqüência, o Advogado, da Tribuna, Doutor José de Anchieta Silva pediu a palavra para também se manifestar: Senhor Presidente, pela ordem. Não obstante não seja usual, a gravidade da matéria implica que presente se faça aqui a Ordem dos Advogados de Minas Gerais e o Instituto dos Advogados de Minas Gerais subscrevendo, sem mais acrescer, a proposta do Desembargador Sérgio Resende. Em seguida, também fez uso da palavra o Desembargador Antônio Carlos Cruvinel: Senhor Presidente, pela ordem. A respeito dessa matéria, vi a carta de uma reunião dos Corregedores de Justiça, parece-me que em Maceió, no Nordeste, tratando dessa mesma matéria. Essa carta vai além. Ela recomenda aos magistrados o cuidado necessário ao expedir essas medidas violentas e de exceção, porque temos que convir que a Polícia está praticando abusos, excessos no uso das algemas, mas temos, também, que verificar que o próprio Poder Judiciário está dando guarida a essas ações ao expedir, sem mais nem porquê, mandados de busca e apreensão desnecessários, totalmente desnecessários e sem o menor resquício de necessidade. Gostaria de dizer aos senhores, aqui, que, precisamente na Comarca de Divinópolis, com referência à prisão do Prefeito daquela comunidade, a Polícia Federal chegou à casa do Prefeito às seis horas da manhã. Isso foi amplamente divulgado, exibiu a ele um mandado de busca e apreensão na Prefeitura, e ele, imediatamente, se dispôs a ir com a Policia à Prefeitura, abriu todos os arquivos e ficou à disposição da Polícia o tempo necessário para que eles levassem o que bem entendessem da Prefeitura, para possibilitar qualquer investigação, e, mesmo assim, prenderam o Prefeito, levaram-no preso, dizendo que era necessário para investigação, que havia uma prisão provisória, temporária, decretada contra o mesmo. No pedido da prisão temporária, fundamentou-se dizendo que há oito meses eles estavam sob investigação, quer dizer, daí o porquê dessa prisão temporária, se as investigações já vinham sendo realizadas há oito meses? Estamos vivendo um Estado que chamo substituição do Estado Democrático de Direito pelo Estado Policial. Isso é muito perigoso, e, nós, magistrados, estamos ficando à mercê dessas ações arbitrárias e com guarida da cúpula do Poder Judiciário, porque chegou-se a uma conclusão que quem expediu aquele mandado de busca e apreensão nem mesmo exercia função judicante, mas função administrativa. Então, vou mais além, que cite, nesse ofício, que vai enviar a todo o Poder Judiciário do País, também aquela carta de intenção exarada pela reunião do Colégio de Corregedores que se realizou em Maceió. É o que gostaria de acrescentar. Após, pediu a palavra o

Desembargador Delmival de Almeida Campos, que assim se manifestou: Senhor Presidente, pela ordem. Não era minha intenção participar desse debate, uma vez que estava em Brasília no dia 7 de abril, na posse dos Presidentes do Tribunal Superior de Justiça. O Presidente lá estava também e, naquela oportunidade, pude presenciar e estive com a pessoa que está sendo acoimada de não ter legitimidade para a prática desses atos, porque exercia função administrativa - trata-se do Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, Juiz, sabidamente, muito responsável nas suas atribuições. Tanto é que Sua Excelência, à época, era o Corregedor. Não vou entrar nesse mérito, mas na minha Câmara, no dia 16 de abril, o Desembargador Eli Lucas de Mendonça fez um alentado pronunciamento a respeito do uso de algemas, onde ele disse que: 'PRONUNCIAMENTO DO EXCELENTÍSSIMO DESEMBARGADOR ELI LUCAS DE MENDONÇA, PRESIDENTE DA QUARTA CÂMARA CRIMINAL CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, NA SESSÃO DE JULGAMENTO DO DIA 16/04/2008: Eminentes Desembargadores, Tomado de profunda perplexidade com a recente prisão do amigo Weliton Militão dos Santos, magistrado federal, que vem desfrutando, durante sua já longa carreira, do conceito de servidor e homem probo, num primeiro instante não tive, confesso, a tranqüilidade e paz necessárias para examinar em profundidade toda a extensão do episódio. Com efeito, tendo convivido por longo período com Sua Excelência, no início de minha carreira na magistratura - eu, magistrado, ele, então, representante do Ministério Público - o respeito recíproco solidamente construído somente me permitiu, naquelas tristes horas, viver, como certamente viveram os que o conhecem, o estupor de vê-lo preso. Poucas horas depois, porém, recebi ligação telefônica de outro amigo, André Ubaldino Pereira, representante do Ministério Público, que com uma pergunta acabou por trasladar-me do completo assombro à completa indignação. Foi quando me indagou ele: 'Dr. Eli, sabe porque o Dr. Militão, ao ser preso, foi algemado?' De fato, despertado pela indagação, para respondê-la tive que rememorar os diálogos que tivera ao telefone, horas antes, no instante em que se executava a medida de força, com um dos policiais que a realizava e com o magistrado que a sofria. Segundo o relato de ambos, o magistrado não se opôs à prisão a que foi submetido, mesmo assim, com pesadas armas em riste, foi algemado ainda no leito do casal, com as mãos para trás. Ora, se não esboçara o preso resistência, nem tampouco tentara fugir, porque contra ele se empregara então o instrumento? A verdade, Senhores Desembargadores, a triste verdade é que, independentemente de ter-se revestido de legitimidade ou não a ordem de prisão (e tudo está a indicar que não, pois o Egrégio Tribunal Regional Federal da 1 Região rapidamente negou tivesse competência para decretá-la quem o fez, pondo em liberdade o preso), sua execução se fez com manifesto abuso de autoridade. Com efeito, regulando o uso da força - em que remansosa jurisprudência, inclusive do Excelso Pretório, e doutrina entendem incluído o uso de algemas - ensina o Código de Processo Penal, em seu artigo 284, que não será admitido seu emprego, 'salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga'. Ora, nessas circunstâncias, o emprego de algemas contra quem não tenta fugir nem resistir constitui execução de medida privativa de liberdade com abuso de poder (Lei 4898/65, art. 4, 'a') ou submissão de pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou constrangimento não autorizado em lei (Lei 4.898/65, art. 4, 'b'). Assim, tenha ou não o preso praticado as infrações que lhe atribuem (crença que seu passado e conceito desautorizam, exigindo por isso prova cabal), estejam ou não presentes os requisitos a que se subordinava a constrição que à sua liberdade se impôs (que o eg. Tribunal Regional Federal disse ausentes), o fato é que contra magistrado em plena atividade, diante de todos, se cometeu um crime. Explicita e desnecessária violência, é ela mais uma que se insere na certamente longa lista daqueles abusos que vêm sendo ao longo do tempo praticados sob o complacente e criminoso silêncio de quem a devia evitar. Sendo as meias-verdades talvez as mais pérfidas mentiras, desde logo se diga que aqui não se insurge ninguém contra investigação, processo e nem mesmo contra prisão, desde que legítimos. Ao revés, se somos amigos de Sócrates, mais o somos da verdade. E, por isso, insistimos em que suporte as conseqüências de seus atos quem os praticar, sejam magistrados ou não. E mais: mesmo ao uso de algemas somos favoráveis, como fomos, desde que haja, é claro, necessidade de seu emprego. O que definitivamente não se pode porém tolerar é seu uso indiscriminado, como no caso ocorreu, contra sujeito que não apresentava qualquer risco, fosse pela natureza dos crimes de que o diziam suspeito, fosse pela sua compleição física, fosse por achar-se, na ocasião de sua prisão, diante de familiares (a quem não conviria expor a qualquer risco), fosse pela inutilidade de qualquer oposição, dada a extrema supremacia numérica e de força dos que ali chegavam. E eis aí o ponto que de fato preocupam e deve preocupar: já não se tem, aqui, a tão comum alegação de preso, desmentida por policiais, de que as algemas teriam sido desnecessariamente utilizadas. Têm-se, isto sim, a afirmação, feita pelo preso e pelo policial confirmada, de que nada explicava sua

utilização, senão ordem que adredemente havia sido dada. Pois bem, Senhores Desembargadores, Já em 1693, sim, 1693, estabelecia o Decreto de 30 de setembro que o réu não devia ser carregado de ferros (o meio historicamente precursor das algemas) senão em crimes gravíssimos. E mais: o artigo 28 do Decreto 4.824, de 22 de novembro de 1871, já estabelecia que o preso não será conduzido com ferros, algemas ou cordas, salvo o caso extremo de segurança, que deverá ser justificado pelo conductor. O que se desejava, já então, por certo, era evitar os terríveis e irreparáveis danos à reputação de quem, sendo provisoriamente preso, viesse eventualmente a ser absolvido. Hoje, porém, tal preocupação se acentua, eis que o desenvolvimento dos meios de comunicação permite que uma imagem - que, como se diz, vale mais que mil palavras - produzida num canto do planeta alcance todo ele em segundos. De fato, poucos instantes após a prisão do magistrado, insista-se, por decreto de autoridade incompetente, temporariamente, por simples suspeita de infração susceptível (em caso de condenação) de substituição de pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, achava-se sua imagem nos jornais e na rede mundial de computadores, causando dano de impossível reparação. Hoje, solto, quem lhe devolverá a boa reputação - a que poderá ser sempre oposta a sua imagem franzina e algemada, cercada por numerosos policiais armados, como se fosse perigoso vilão - e que é, em última análise, a condição essencial para a manutenção da respeitabilidade de seus julgados. Suspeito, porém, Senhores Desembargadores, que não tenha sido o magistrado o alvo da malsinada ação, que a meu juízo tinha por alvo, isso sim, a própria magistratura. Com efeito, antes que tivéssemos o triste privilégio de assistir aqui, a prisão mencionada, assistiu todo o País, há cerca de dois anos, à deflagração, pela mesma Polícia Federal, de mais uma das espetaculares operações levadas a cabo, à época no Estado de Rondônia. Muitos por certo ainda não se esqueceram das imagens então divulgadas pela imprensa: afinal, eram tão claras, e tão competentemente acompanhavam as prisões que não há como ocultar que haviam sido as redes televisivas para tanto convidadas. Foi, aliás, o que tornou possíveis a captura e divulgação de várias imagens. Entre elas, a que mostrava o sexagenário Presidente do Tribunal de Justiça de Rondônia recebendo a aplicação de algemas em seus pulsos, mesmo não exibindo uma só expressão de irresignação. No regime democrático, nunca é demais insistir, o Judiciário, soberanamente, é o guardião das liberdades, pelo que ninguém lhe pode tomar o lugar, muito menos submetendo ao julgamento popular e execração pública aqueles que alguém repute culpados. E tal é exatamente o caso: de posse de ordens judiciais de prisão, freqüentemente alvos de investigações não somente têm sido presos, como têm sido algemados e expostos ao público para verdadeiro justiçamento de sua honra. Assim é que, investindo-se a um só tempo como agentes das várias etapas da justiça criminal, investigam, prendem, acusam, julgam e executam a pena, freqüentemente a morte moral, para delírio dos que ignoram o verdadeiro papel do Judiciário nas verdadeiras democracias. Se ao final, vier a não propositura de ação penal contra o preso, ou mesmo se sobrevier sentença absolutória, sempre lhes restará a possibilidade de, convenientemente, apontar outros culpados de sua precipitação e irresponsabilidade: ou serão os acusados, a quem se atribuirá prestígio que os tenha beneficiado, ou um Ministério Público complacente que não tenha denunciado, ou um Judiciário obtuso que não tenha compreendido os fatos. Reputações irremediavelmente arruinadas; cidadãos descrentes no Judiciário que lhes serve; policiais que se jactam de impunemente terem prendido e algemado tais ou quais pessoas... ... eis o resultado imediato que é nosso dever evitar. É contra esse estado de coisas que agora se lança um grito, que se espera reverbere no espírito de todos que conhecem e por isso amam o Judiciário. E é, ainda, um grito que lança, quando ainda é possível fazê-lo, contra quem hoje entra em nosso jardim e nos arranca uma flor... Enfim , Senhores Desembargadores, como ainda há juízes em Berlim, e também na Terra da Liberdade, fica aqui o registro da indignação de quem exige seja respeitado o Judiciário e sugere seja o tema objeto de amplo debate e ação. Algemas sim, - se necessário. Obrigado. (Este pronunciamento conta com a adesão dos Desembargadores componentes desta egrégia Quarta Câmara Criminal, do advogado Tibagy Salles Oliveira e do representante da douta Procuradoria-Geral de Justiça, na pessoa do Dr. Mariano Guimarães Sepúlveda, e será remetida a todos os membros do Tribunal, à Ordem dos Advogados do Brasil, à Associação dos Magistrados Mineiros, à Associação dos Juízes Federais, à Associação Mineira do Ministério Público e ao Senhor Procurador-Geral da República.)' Ainda com a palavra, continuou o Desembargador Delmival de Almeida Campos: Tive a oportunidade de estar em Brasília, na sua posse como Presidenta, com a Desembargadora Assusete Magalhães, que foi alvo de constrangimento maior, porque um funcionário do seu gabinete foi preso sem que contra ele houvesse qualquer alegação, a não ser a de que a Presidenta do Tribunal teria revogado um despacho e, depois, verificou-se que ela não o havia feito, quem revogou a decisão foi o STJ, e

e revista em blitz policial,[268] todas aplicadas indiscriminadamente pela falta de disciplina legal e desrespeitantes aos direitos fundamentais.

---

não foi em suspensão de liminar, então, por causa disso, esse cidadão foi preso. Nesse interregno, telefonaram para o marido da Presidenta, que, pensando se tratar de algo ligado àquele problema de greve na Universidade de Brasília, atendeu esse serventuário dizendo-lhe que a Desembargadora estava, parece-me, no dia 08 de abril, em Manaus, assim como todo o Tribunal Regional Federal, e que nada poderia fazer, aconselhando-o a ligar para o Gabinete. Então, ligaram para o Gabinete, o Desembargador Presidente Jirair Aran Neguerian, que estava ali presente, disse que a ordem estava dada e tinha que ser cumprida. Posteriormente, houve toda essa celeuma, repito, não vou entrar no mérito, a apuração está sendo feita, mas a minha manifestação é acerca do uso de algemas, e, na Sessão daquele pronunciamento, disse que a primeira vez que vi algo semelhante foi em Rondônia, e aquela situação causou-me tamanha perplexidade que até cheguei a dizer à Ministra Eliana Calmon que, data venia, ela deveria ter preservado as prerrogativas e, principalmente, a dignidade da pessoa humana, coisa que não se fez. Acredito que todos tenham recebido o pronunciamento do Desembargador Eli Lucas de Mendonça, mas, na qualidade de representante da 4 Câmara Criminal, devo informar que o subscrevi e ainda disse que se deveria remetê-lo também ao Presidente da República, através do Gabinete do Vice- Presidente, que era, na ocasião, o Presidente em exercício, e que se comprometera a tomar alguma providência, porque, afinal de contas, a Polícia Federal está vinculada ao Ministério da Justiça e o Presidente da época, em última análise, poderia interferir junto àquele Ministério da Justiça para abrandar esse procedimento. Sei que existe legislação que autoriza algemar no avião, pelo fato de poder trazer risco para os demais passageiros, o que não ocorre quando não há oferecimento de qualquer resistência. Não se compreende o porquê de todo aquele aparato, um verdadeiro acinte, inclusive, o Doutor Eduardo, que era Diretor do Foro, disse que ali não era a Casa da mãe Joana, não era casa de tolerância, nem de jogo de bicho. Então, Senhor Presidente, penso que essas afrontas têm que ser tolhidas e o que peço é que Vossa Excelência submeta aos colegas este pronunciamento do Desembargador Eli Lucas de Mendonça, feito em 5 laudas, e que recebeu a adesão de toda Câmara, assim como do Advogado Desembargador Tibagy Salles de Oliveira, e do Doutor Mariano Guimarães Sepúlveda, que falou em nome do Ministério Público e pediu para se remeter à Ordem dos Advogados, à Associação dos Magistrados. Dever-se-ia também ser remetido à Associação dos Juízes Federais, à Associação Mineira do Ministério Público e ao Procurador da República. O Desembargador Eli Lucas de Mendonça, em redação final, excluiu o que falei, que é exatamente o que estou dizendo agora, porque não tenho medo, tenho medo é de ter medo. Dizem-me que meu celular está grampeado, mas o azar é de quem está me ouvindo, porque não tenho nada a esconder. Dentro desse meu princípio de ter nascido nu e estar vestido, de ter nascido no Vale do Jequitinhonha, que é tido e havido como Vale da Miséria, e vendo aquele menino de Novo Cruzeiro na televisão, mostrando que o nosso Vale tem homem de bem, quero, agora, pedir a Vossa Excelência que faça incluir nesse pronunciamento a manifestação da 4ª Câmara, se aprovada pelo Tribunal. Na seqüência, pronunciou-se o Desembargador Presidente: Os pronunciamentos dos Desembargadores Antônio Carlos Cruvinel e Delmival de Almeida Campos integrarão esta manifestação. Penso que não preciso submeter esse pronunciamento do Desembargador Eli Lucas de Mendonça à Corte, porque tenho certeza que ele expressa o sentimento de todos nós. Nada mais havendo, foi encerrada a Sessão. a)Wagner de Aguiar Mendes, Secretário da Corte Superior".

[267] Observar a Lei n. 11.705, de 19 de junho de 2008: "altera a Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997, que 'institui o Código de Trânsito Brasileiro', e a Lei n. 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumígeros, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal, para inibir o consumo de bebida alcoólica por condutor de veículo automotor, e dá outras providências".

[268] Vários são os autores que criticam as medidas cautelares pessoais exclusivas da fase policial, especialmente pela falta de regramento legal e constitucional. Nesse sentido: BARBOSA. **Inquérito Policial**, p. 157. CALABRICH. **Investigação criminal pelo Ministério Público**: fundamentos e limites constitucionais, p. 184. CERNICCHIARO. Inquérito Policial. **Revista da Procuradoria Federal Especializada**, v. 9, p. 21-22. BECHARA. Inquérito judicial: procedimento contraditório ou inquisitivo? **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, v. 4, p. 11-12. AGUIAR. Quem tem medo da eficiência no processo penal? **Boletim Jurídico**, n. 215. ARRUDA.

No que tange às **medidas cautelares não prisionais em espécie**, objeto de leis extravagantes ao Código de Processo Penal, tem-se as cautelares pessoais restritivas de direitos previstas no Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/97), as medidas cautelares pessoais de afastamento do lar da Lei n. 9.099/95 (Juizado Especial Criminal) e da Lei n. 11.340/06 (Lei Maria da Penha), e as medidas cautelares de interceptação telefônica (Lei n. 9.296/96).

Das violações à Constituição Federal, decorrentes das Operações Policiais, desencadeadas dentro do Estado Democrático de Direito. **Boletim Jurídico**, n. 240. SILVA JÚNIOR. Levar 'baculejo' é legal? A busca pessoal na persecução penal. **Boletim Jurídico**, n. 153. ALMEIDA. Bafômetro: análise das questões controvertidas. **Revista Jurídica Consulex**, n. 224, p. 46-49. RUIZ FILHO. Desacato e abuso de autoridade. **Revista Jurídica Consulex**, n. 232, p. 37. HABIB. O poder investigatório. **Revista Jurídica Consulex**, n. 159, p. 14-16. TAQUARY. A investigação criminal: atividade exclusiva da autoridade policial. **Revista Jurídica Consulex**, n. 159, p. 17-19. CRUZ. O Ministério Público e a investigação criminal. **Revista Jurídica Consulex**, n. 159, p. 20-23. LIMA. O MP pode apurar formalmente infração penal? **Revista Jurídica Consulex**, n. 159, p. 24-25. PROENÇA JÚNIOR; MUNIZ. Os rumos da construção da polícia democrática. **Boletim IBCCRIM**, n. 164, p. 4. MORO. Colheita compulsória de material biológico para exame genético em casos criminais. **Revista dos Tribunais**, n. 853, p. 429-441.

3.8 Medidas cautelares no direito comparado

O Direito Comparado é o campo jurídico destinado a investigação pelo método comparativo dos vários sistemas vigentes de outros países, num processo de construção, para fins de aprimoramento do direito pátrio.[269]

Assim é que, no que diz respeito às medidas cautelares (pessoais e patrimoniais) penais, vários são os países que também adotam a forma preventiva de provimentos.[270]

Na Alemanha, por exemplo, encontram-se regulamentadas as prisões em flagrante (parágrafo 127, StPO); por mandado (parágrafo 134, I, StPO) pelo Juiz ou pelo Representante do Ministério Público quando o acusado não atende ao chamado para comparecer na audiência; prisão temporária com duração máxima de doze horas para controle sobre a identidade do suspeito pela polícia (parágrafo 163 b, StPO) ou, pela autoridade judicial, com prazo máximo de quarenta e oito horas, para fins de identificação, exames corporais, buscas pela polícia e interrogatório pelo magistrado (parágrafo 128, I, StPO); prisão provisória, nos casos de risco de fuga, risco na integralidade do procedimento, gravidade da conduta e risco de reiteração da conduta (parágrafos 112 e 114, StPO). A prisão não poderá exceder um ano, só podendo ser prorrogada por três meses pelo tribunal superior diante da necessidade de investigações (parágrafo 122 a, StPO). Há um controle periódico da necessidade da prisão pelo tribunal regional e superior, ainda que não objeto de pedido pelo acusado (parágrafos 117, 121 e 122, StPO). Sempre que for possível ao juiz substituir a prisão por medidas mais brandas sem prejuízo para a instrução ele é obrigado, tais como prisão domiciliar ou caução em dinheiro (parágrafo 116, StPO).[271]

---

[269] Cf. OTHON SIDOU. **Processo Civil Comparado**, p. 1. Para Fabiano André de Souza Mendonça "o direito comparado é um específico objeto do indagar jurídico e que tem por missão instrumentalizar o funcionamento do ordenamento. Todavia, isso não lhe retira seu caráter autônomo, o que também não se confunde seja com o método comparativo, com a história do direito ou com o direito internacional. Para isso, é necessária uma nova compreensão do fenômeno jurídico. (...) A atividade comparativa é inerente a qualquer pesquisa jurídica. Em verdade, o próprio ato cognoscente é comparativo da realidade circundante." (MENDONÇA. Direito comparado: objeto do direito. **Revista de Direito Privado**, v. 4, p. 112).

[270] Cf. COLOMER. **El proceso penal español**: para agentes de la autoridad, criminólogos y no juristas em general, p. 59 e 364-366.

[271] Cf. DELMAS-MARTY. **Processos Penais da Europa**, p. 59-62.

Na Bélgica, há previsão de prisão sem mandado (em flagrante – arts. 40, 49 e 50 do Código de Processo Penal) e da prisão com mandado, neste último caso quando a pena máxima não ultrapassar quinze anos de trabalhos forçados, o mandado somente poderá ser expedido se houver sérias suspeitas que, se em liberdade, o acusado poderá cometer novos crimes, empreenderá fuga ou destruirá provas. O art. 35, parágrafo 4º, inciso 5, da Lei de 20 de julho de 1990 possibilita a substituição da prisão provisória pela caução em dinheiro.[272]

Na França,[273] encontram-se regulamentadas a prisão em flagrante, além de inúmeras previsões de detenção, tais como: retenção (limitada a poucas horas), detenção temporária (*garde-à-vue* – que dura no máximo alguns dias), e a custódia (detenção provisória) que pode durar meses e, em alguns casos, anos. Na França também há previsão de cauções e garantias em substituição a prisão (art. 138, ns. 11, 15 e 16 do Código de Processo Penal), bem como outras medidas cautelares tais como: retirada da licença para dirigir e apreensão de veículo quando o condutor estiver bêbado (art. L. 18-1 do Código de Trânsito); interdição de obras ilegais (art. L. 480-7 do Código Urbano) ou fechamento de estabelecimento em virtude da ocorrência do crime de prostituição (art. 706-36 do Código de Processo Penal).[274]

Na Inglaterra, há previsão de prisão pela polícia ou por determinação do magistrado, bem como detenção nos dois casos sem imputação, não podendo exceder a última o prazo de noventa e seis horas para averiguações. Há previsão também de liberdade provisória, com estabelecimento de fiança pela autoridade policial ou concedida pela Corte, que pode vir também condicionado a termo de comparecimento regular a polícia. Ainda há previsão de medidas cautelares relativas a propriedade, no caso as buscas e apreensões pela polícia, ainda que sem mandado judicial, quando existirem no local fundadas suspeitas da existência de prova de crime e/ou risco de sua destruição, alteração ou ocultação.[275]

Na Itália,[276] além da prisão em flagrante, há previsão de outras medidas preventivas relativas à pessoa, tais como a condução coercitiva (comparecimento coativo) e a prisão cautelar pré-processual, que pode ser requerida pelo Ministério

---

[272] Cf. DELMAS-MARTY. **Processos Penais da Europa**, p. 137-140.
[273] Cf. PRADEL. **L'instruction préparatoire**, p. 637-638.
[274] Cf. DELMAS-MARTY. **Processos Penais da Europa**, p. 225-231.
[275] Cf. DELMAS-MARTY. **Processos Penais da Europa**, p. 325-329.
[276] Cf. PISANI *et al*. **Manuale di procedura penale**, p. 267-269.

Público em certos casos, como: sérios indícios de culpabilidade (art. 273 do Código de Processo Penal), o risco de que a prova possa ser turbada, juntamente com a possibilidade de fuga do suspeito ou que ele venha a cometer novos crimes (art. 273 do Código de Processo Penal). O direito italiano estabelece ainda medidas cautelares coercitivas não ligadas a custódia. Dentre tais, temos: impossibilidade de deixar o país (art. 281 do Código de Processo Penal - CPP), proibição de deixar ou determinação de pernoitar no domicílio (art. 283 do CPP), obrigação de apresentação periódica à polícia (art. 282 do CPP), a submissão a um tratamento realizado no domicílio ou em local público determinado, e a determinada prisão domiciliar (art. 284 do CPP), suspensão do pátrio poder (art. 288 do CPP), suspensão do exercício do serviço público (art. 289 do CPP), suspensão temporária do exercício de certas profissões ou atividades comerciais (art. 290 do CPP), bem como medidas cautelares patrimoniais para preservação da propriedade e evitar que se desbarate os bens (arts. 321 e 323 do CPP).[277]

Em alguns países têm-se ainda os mandados de preventiva revogáveis, como na Suíça, com a determinação de que o 'inculpado é posto em liberdade desde que a detenção não mais se justifique' (art. 94 do Código de Instrução Criminal), além de medidas cautelares penais similares no Chile, com sua previsão no art. 379 do Código Criminal, em Portugal com seu Código Português (art. 8º, n. 8), na Espanha (art. 528 da Lei Criminal), bem como, em outros países, como a Itália, Áustria, Inglaterra, Alemanha e a Bélgica, tendo os dois primeiros regulamentação da preventiva obrigatória.[278]

Vale destacar, ainda, no direito comparado, os prazos de duração das medidas cautelares penais pessoais.

Na Espanha,[279] o tempo da custódia provisória é pautado, em regra, pela necessidade e manutenção dos pressupostos que a originaram, mas, para evitar abusos, se estabeleceram períodos máximos, tais como: a) de até 3 (três) meses, quando a pena cominada for de 7 (sete) a 15 (quinze) fins de semana; b) de até 1 (um) ano, quando a pena cominada for de 6 (seis) meses a 3 (três) anos; c) de até 2 (dois) anos, quando a pena cominada for superior a 3 (três) anos.

---

[277] Cf. DELMAS-MARTY. **Processos Penais da Europa**, p. 415-418.
[278] Cf. NERY. **Revogação da prisão preventiva**, p. 158-159.
[279] Cf. SANTOS *et al*. **Derecho Procesal Penal**, p. 411-412.

Na Alemanha, a regra geral é a de que a prisão cautelar não possa durar mais de 6 (seis) meses, com exceção quando a especial dificuldade ou a extensão da investigação ou outro motivo atrase a prolatação da sentença e justifique a constrição.[280]

Já em Portugal, o prazo é menor, a cada 3 (três) meses o juiz tem a obrigação de revisar a cautelar determinada e se ainda permanecem os motivos e pressupostos que autorizam a medida.[281]

E, na Itália, o Código de Processo Penal determina o critério de quantidade da pena em abstrato para determinar o tempo máximo de duração da prisão cautelar e para isso existe uma grande variedade de prazos, conforme a gravidade do delito e a fase em que encontra o processo.[282]

3.9 Contramedidas de segurança

A legislação pátria estabelece contramedidas de segurança, também denominadas "contracautelas", que visam à liberação de bens ou ainda a liberdade dos acusados criminalmente.

---

[280] Cf. COLOMER. **El proceso penal aleman**: introduccion y normas básicas, p. 100-101. A lei fundamental de Bonn, de 23 de maio de 1949, enumerou os direitos fundamentais pelos seus arts. 1º ao 19, 101 e 103, todos com compreensão jurídico-constitucionalizada, conforme afirma Luiz Afonso Heck (HECK. As garantias jurídico-constitucionais do acusado no ordenamento jurídico alemão. **Revista Jurídica**, n. 340, p. 97-108).

[281] No Código de Processo Penal Português, conforme pontua Carlos Alberto Simões de Almeida, encontram-se medidas cautelares judiciais e de polícia, sendo que "em obediência a uma interpretação sistemática, teleológica e lógica, partimos da terminologia usada na sistematização do Código do Processo Penal Português (CPP) [Capítulo II do Título I (Disposições gerais) do Livro IV (Das fases preliminares)], para procurarmos concluir sobre o sentido e o alcance da expressão epigráfica 'medidas cautelares e de polícia' usada pelo legislador. Tal conclusão é, aliás, fundamental para a posição a adotar na subseqüente exposição. A expressão escolhida pelo legislador surge-nos na fase preliminar da ação penal, sendo que esta, naturalmente, possui uma 'auréola' subordinante e conformadora do subseqüente andamento do processo. Dada a sua natureza, as medidas ali propostas visam garantir a conservação de determinados meios e elementos de prova, de modo a serem utilizados na descoberta da verdade dos fatos. Os termos usados são particularmente reveladores da 'mens legislatoris'. Efetivamente, nas normas subordinadas à referida expressão há uma dominante preocupação de garantir, assegurar, defender, cuidar de evitar a perda e, ainda, de velar pela 'polícia' do processo, cujo objetivo final se materializa na justiça do caso concreto. Importa lembrar que o termo 'polícia' radica no étimo grego longínquo 'polis', que tinha o sentido de 'cidade', sendo a 'polícia' a atividade disciplina da 'polis'. Por conseguinte, a expressão chega-nos, hodiernamente, com o sentido de disciplina e é neste sentido que o legislador a usa e não com o alcance de 'Polícia' enquanto instituição que se dedica velar pela segurança pública e pelo cumprimento da legalidade." (ALMEIDA. **Medidas cautelares e de polícia do processo penal em direito comparado**, p. 11 e 261).

[282] Cf. LOPES. **Medidas cautelares no direito processual penal espanhol**, p. 179-180.

Em sua obra *Processo Penal e Direitos Fundamentais*, José Cirilo de Vargas destaca

> a expressão 'Jurisdição Constitucional da Liberdade', com duas espécies de ação judiciária: o mandado de segurança e o *habeas corpus*, como procedimentos rápidos, destinados a assegurar direitos prestes a ser lesados ou cuja lesão já se consumou. Destinam-se, repita-se, a garantir direitos fundamentais, o que acontece com pouca freqüência, desde a falta de efetividade das disposições constitucionais. O Poder Público é que deveria respeitar as limitações e as restrições impostas pelo texto constitucional. É anomalia o particular ser obrigado a lançar mão desses remédios para reivindicar a observância desses direitos e o seu retorno ao patrimônio jurídico do cidadão, vítima dos males da ilegalidade, da prepotência e do arbítrio. Outros remédios há, como o mandado de injunção, o *habeas data*, a ação popular.[283]

Para a liberação de bens apreendidos a contramedida disponível, mais eficaz e célere, é o mandado de segurança (Lei n. 1.533/51), inobstante a precípua necessidade do direito líquido e certo.

No que diz respeito à liberdade do acusado, várias são as possibilidades para o resguardo do direito de ir e vir. Pode-se enumerar a liberdade do parágrafo único do art. 69 da Lei n. 9.099/95, situação em que o acusado se livra solto, a exclusão da prisão em flagrante e de prestação de fiança do Código de Trânsito Brasileiro, a liberdade provisória com ou sem fiança, o art. 310 do CPP e seu parágrafo único, além do *habeas corpus* com a admissão da liminar.[284]

---

[283] VARGAS. **Processo Penal e Direitos Fundamentais**, p. 269.

[284] Para José Cirilo de Vargas "o *habeas corpus*, como extraordinário instrumento de proteção da liberdade, tem sido usado nas mais variadas situações: para trancamento de ação penal, contra prisão preventiva, contra prisão em flagrante, contra prisão decorrente de pronúncia, para evitar-se a identificação criminal, para se ter o direito de apelar em liberdade, dentre outras. Em suma: com a amplitude que lhe foi dada pela lei, o *habeas corpus* pode ser manejado em todas as situações em que, por ilegalidade ou abuso de poder, o cidadão esteja sofrendo constrangimento em sua liberdade de ir, vir ou ficar, ou exista ameaça de que venha sofrê-la." (VARGAS. **Processo Penal e Direitos Fundamentais**, p. 282). Sobre o tema, vale também observar: FRIEDE. Cautela e Contracautela. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, n. 15, p. 223-227. RIBEIRO. Medidas de Urgência e sua cassação. **Revista de Direito Renovar**, n. 23, p. 2-11.

3.10 Reformas processuais criminais em matéria de medidas cautelares: perspectiva brasileira[285] e legislação alienígena

Em pesquisa ao banco de dados virtual [286] do Congresso Nacional, encontramos projetos de lei com propostas de alteração no — já há muito fragmentado — Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3.689/41), quanto às medidas cautelares.

Vale aqui o alerta de Fauzi Hassan Choukr[287] ao afirmar que

> quando se pensa na codificação estão sobretudo ligados à coerência interna do sistema (este calcado em um modelo), fato de legitimação não somente para quem legisla, mas, sobretudo, para quem interpreta. Afinal, para interpretar a norma é necessário – e isto é óbvio – ter em mente a idéia de modelo em que se baseia o sistema. A fragmentação legislativa através de tortuosas reformas parciais, além de fazer com que o sistema perca em confiabilidade e coerência interna, deslegitima o intérprete ou, mais que isso, faz nascer a falsa idéia de que toda interpretação é possível, na medida em que sem a necessária fronteira colocada pelo ordenamento não há limites para a interpretação. Nesse sentido, todos os mensageiros (Hermes) da 'verdade' interpretativa, são válidos e, como não há 'exclusão' interpretativa, o quadro global, ao invés de ser democratizante, torna-se autoritário. Se todos têm sua verdade, não há como impor-se legitimamente uma regra de maioria [O problema é extremamente complexo neste ponto e deita raízes teóricas no campo da semiótica. A leitura de ECO, Umberto. Os Limites da Interpretação, SP: Perspectiva, ajuda a aclarar a idéia do quanto é possível exigir-se em termos de possibilidade interpretativa. Toda interpretação, em suma, é possível, mas nem toda é legítima e sua legitimidade é conferida pela coerência em relação ao sistema]. (...) E, com algum alento, aqui e acolá tenta-se discutir intelectualmente um pouco da essência do sistema (...) Este não é um trabalho para políticos. É um trabalho de política a ser realizado por intelectuais. Os compromissos de uns e outros são diferentes nos planos ético e histórico. O intelectual compromissado (engajado, se assim preferir-se) pensa na estrutura de uma sociedade como tecido permanente de convivência humana e sem a qual o destino do Homem não teria propósito. O político não tem esse compromisso e, talvez, nem mesmo o político intelectual o tenha. Com a palavra a comunidade acadêmica, assumindo, que deve assumir, inclusive, o risco de seu silêncio ou de sua equivocada opção se a História assim lhe cobrar.

---

[285] Vale o alerta de Humberto Theodoro Júnior ao afirmar que "se o Estado, em que as reformas estão ocorrendo, é como o Brasil, um Estado de direito democrático, nunca poderá o legislador reformista descurar-se da observância das exigências da segurança jurídica, em seus vários e complexos aspectos (clareza da lei, previsibilidade de seus efeitos, confiabilidade dos destinatários nos agentes e aplicadores do direito, preservação da eficácia das relações já estabelecidas, compatibilização das regras novas com o sistema geral de organização normativa). Progresso, sim, mas sem comprometer a segurança jurídica, que a Constituição consagra como fundamento do Estado de direito e como garantia fundamental dos indivíduos que vivem em seu seio e sob sua proteção." (A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**, v. 7, n. 40, p. 52-53).

[286] Senado Federal (Site: *www.senado.gov.br*) e Câmara dos Deputados (Site: *www.camara.gov.br*).

[287] As reformar pontuais do Código de Processo Penal. **Revista de Estudos Criminais**, v. 5, p. 94.

No Senado Federal, a única proposição encontrada a respeito da matéria refere-se ao Projeto de Lei Complementar (PLC) n. 175/1984, que dispunha sobre a reforma completa do Código de Processo Penal (CPP), não tendo sucesso em sua tramitação e, após seis anos, foi arquivado (em 07/05/1990), a pedido do Executivo (em 20/11/1989).

Na Câmara dos Deputados, destaque para o Projeto de Lei (PL) n. 4.208/2001 e o Projeto de Lei (PL) n. 4.209/2001, ambos de iniciativa do Executivo e com tramitação completa, prontos para entrar em pauta de votação (em plenário).[288]

O Projeto de Lei (PL) n. 4.209/2001 refere-se à proposta de alteração de procedimentos da investigação policial, visando a agilizar e simplificar a primeira fase da *persecutio criminis*, além de estabelecer como função essencial à polícia judiciária o registro e a investigação da infração penal pública.

No que diz respeito ao Projeto de Lei (PL) n. 4.208/2001 (Anexo)[289], destaque para o estabelecimento de critérios objetivos (nova regra do art. 282 do CPP)[290] e o

---

[288] Na Câmara dos Deputados encontram-se também em tramitação os Projetos de lei ns. 4.203/01 (referente ao Tribunal do Júri), 4.204/01 (referente ao interrogatório e à defesa legítima), 4.205/01 (referente às provas), 4.206/01 (referente aos recursos e às ações de impugnação) e 4.207/01 (referente à suspensão do procedimento). O processo penal sofreu algumas reformas nos últimos 60 (sessenta) anos, conforme observação de Rômulo de Andrade Moreira ao afirmar que "algumas mudanças pontuais foram marcantes e alvissareiras como, por exemplo, o fim da prisão preventiva obrigatória com a edição das Leis de ns. 5.349/67, 8.884/94, 6.416/77 e 5.349/67; a impossibilidade de julgamento do réu revel citado por edital que não constituiu advogado (Lei n. 9.271/96); a revogação do seu art. 35, segundo o qual a mulher casada não poderia exercer o direito de queixa sem o consentimento do marido, salvo quando estivesse separada dele ou quando a queixa contra ele se dirigisse (Lei n. 9.520/97); modificações no que concerne à prova pericial (Lei n. 8.862/94); a possibilidade de apelar sem a necessidade de recolhimento prévio à prisão (Lei n. 5.941/73); a revogação dos artigos atinentes ao recurso extraordinário (Lei n. 3.396/58). Por outro lado, leis extravagantes procuraram aperfeiçoar o nosso sistema processual penal, podendo citar as que instituíram os Juizados Especiais Criminais (Leis ns. 9.099/95 e 10.259/01), e que constituem, indiscutivelmente, o maior avanço já produzido em nosso sistema jurídico processual, desde a edição do Código de 1941. Há, ainda, a que disciplinou a identificação criminal (Lei n. 10.054/00); a proteção a vítima e testemunhas ameaçadas (Lei n. 9.807/99); a que possibilitou a utilização de sistema de transmissão de dados para a prática de atos processuais (Lei n. 9.800/99); a lei de interceptações telefônicas (Lei n. 9.296/96); a Lei n. 8.038/90, que disciplina os procedimentos nos Tribunais, e tantas outras, algumas das quais, é bem verdade, de duvidosa constitucionalidade." (MOREIRA. A reforma do Código de Processo Penal. **Revista Jus Navigandi**, n. 53, p. 4).

[289] A presente propositura foi elaborada pela Comissão constituída pela Portaria n. 61, de 20 de janeiro de 2000, do Ministério da Justiça, integrada pelos seguintes juristas: Ada Pellegrini Grinover, que a presidiu, Petrônio Calmon Filho, que a secretariou, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, posteriormente substituído por Rui Stoco, Rogério Lauri Tucci e Sidney Beneti. Constam no Anexo à presente Dissertação o Projeto de Lei (PL) n. 4.208/2001 (original), com as exposições de motivos, pareceres, emendas substitutivas e andamento da tramitação na Câmara dos Deputados.

[290] Projeto de Lei (PL) n. 4.208/2001: "Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I – necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações

aumento do rol das medidas cautelares não prisionais (nova regra do art. 319 do CPP), além da manutenção e reformulação (nova regra do art. 283 do CPP) das espécies de prisão (prisão em flagrante, prisão temporária[291], prisão preventiva e prisão em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado), com a revogação de outras (prisão em decorrência de decisão de pronúncia ou de sentença condenatória)[292], maior disposição sobre a liberdade provisória e a concessão de fiança (nova regra do art. 322 ao art. 350 do CPP)[293].

Entre as sugeridas novas medidas cautelares não prisionais (nova regra do art. 319 do CPP): a) comparecimento periódico em juízo, quando necessário para informar e justificar atividades; b) proibição de acesso ou freqüência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer diante desses locais para evitar o risco de novas infrações; c) proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; d) proibição de ausentar-se da Comarca para evitar fuga, ou quando a permanência seja necessária para a investigação ou instrução; e) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga nos crimes punidos com pena mínima superior a dois anos, quando o acusado tenha residência e trabalho fixos; f) suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; g)

---

penais; II – adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. §1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente. §2º As medidas cautelares serão decretadas [determinadas] de ofício, a requerimento das partes ou, quando cabível, por representação da autoridade policial. §3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo. §4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar [determinar] a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único). §5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. §6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for possível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)".

[291] A regulamentação da prisão temporária é mantida na Lei n. 7.960/89.

[292] Há que se ressaltar a revogação do art. 393 (inteiro teor), do art. 408 (só os parágrafos), do art. 594 (inteiro teor), do art. 595 (inteiro teor), todos do CPP, com o objetivo de manter no Código de Processo Penal apenas as prisões cautelares antes do trânsito em julgado, vez que a execução antecipada não encontra guarida no processo constitucional e no Estado Democrático de Direito, além de ofender o princípio constitucional da presunção de inocência (CR/88, art. 5º, inciso LVII).

[293] A ampliação de concessão pela autoridade policial, com o aumento de suas hipóteses de incidência e atualização de seus valores, além da adequação da disciplina de seu quebramento, em atendimento às proibições constitucionais sobre a matéria (CR/88, art. 5º, inciso LXVI).

internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; h) fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento aos atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada a ordem judicial. O que favorece a aceitação do poder geral de cautela no processo penal[294], já que cria alternativas mais condizentes e coerentes em detrimento das extremas medidas restritivas da liberdade dos acusados[295].

O referido projeto (PL n. 4.208/2001) inclui, entre as medidas cautelares do Código de Processo Penal, a prisão domiciliar e disciplina a possibilidade de sua prevalência sobre a prisão preventiva (nova regra dos arts. 317 e 318 do CPP), e está substituir a prisão em flagrante, do contrário sendo concedida a liberdade provisória (nova regra do art. 310 do CPP).

Cria ainda condições para o mandado de prisão ser cumprido em qualquer parte do território nacional (nova regra do art. 289-A do CPP), através de banco de dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), e a comunicação da prisão ao juiz, à família, ao advogado ou a Defensoria Pública (nova regra do art. 306 do CPP), adequando à regra do art. 5º, inciso LXII da Constituição de 1988.

A regra do novo (projeto) art. 313 do CPC estabelece bases mais objetivas para a prisão preventiva, abolindo a garantia da ordem pública como circunstância ensejadora (no projeto originalmente apresentado)[296], mas mantém a desigualdade trazida ao nosso sistema pela Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/06), ao ampliar as hipóteses de violência doméstica para os casos em que envolver criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa portadora de deficiência física ou mental.

---

[294] Com destaque para a exigência, reafirmada várias vezes (Projeto de Lei n. 4.208/2001, art. 282, §5º, art. 283, *caput*, art. 310, *caput*, art. 315), de que todas as decisões sejam fundamentadas, em atendimento à imposição constitucional (CR/88, art. 93, inciso IX) da necessidade de motivação das decisões jurisdicionais.

[295] De acordo com a comissão idealizadora do projeto, o grande avanço pretendido no sistema resulta da ampliação do leque de medidas cautelares diversas da prisão cautelar, proporcionando-se ao juiz a escolha, dentro de critérios de legalidade e de proporcionalidade, da providência mais ajustada ao caso concreto.

[296] Projeto de Lei (PL) n. 4.208/2001 (originalmente apresentado): "Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada [determinada] quando verificados a existência de crime e indícios suficientes de autoria e ocorrerem fundadas razões de que o indiciado ou acusado venha a criar obstáculos à instrução do processo ou à execução da sentença ou venha a praticar infrações penais relativas ao crime organizado, à probidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada [determinada] em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, §4º)".

O projeto inicial, no entanto, foi modificado, com retrocessos antes mesmo da aprovação, pela apresentação de um substituto (emenda substitutiva global), estabelecendo regras mais severas para a liberdade provisória e o arbitramento de fiança, além de restabelecer os requisitos genéricos da prisão preventiva (ordem pública e econômica).[297]

O fetiche das leis,[298] somado a um legislador despreparado tecnicamente para aplicar os princípios constitucionais no processo legislativo, impede a reconstrução da estrutura normativa no nosso retalhado sistema[299], e a finalidade de suprir a situação de falibilidade e de lacunas normativas fica para segundo plano, o que agrava o problema e desestabiliza a estrutura do Estado Democrático de Direito. Faz-se necessária à utilização de parâmetros previamente estabelecidos, sob a "técnica normativa de construção do procedimento" ("técnica constitucional"), com bases democráticas e, principalmente, a observância do modelo constitucional do processo.[300]

---

[297] Curiosidade sobre a tramitação "célere" do Projeto de Lei (PL) n. 4.208/2001: foi apresentado 2002 um requerimento solicitando urgência na tramitação do projeto (Anexo – documento VIII). O requerimento foi aprovado, no entanto, até o presente momento, o projeto proposto em 2001 ainda não foi votado (2008). Projeto de Lei (PL) n. 4.208/2001 (com a emenda substitutiva global): "Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada [determinada] como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada [determinada] em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, §4º)".

[298] Cf. STRECK. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 92. E, ao manifestar-se sobre a técnica legislativa, chama atenção Paulo Nader para o fato de que "a renovação do direito não pode ser um trabalho apenas de gabinete; seus artífices devem consultar as forças vivas da nação, considerar os subsídios apresentados pelos setores especializados da sociedade e ouvir a opinião do homem simples do povo" (NADER. **Introdução ao estudo do direito**, p. 202).

[299] O que levou Paulo Roberto de Gouvêa Medina a afirmar que temos atualmente uma consolidação de leis processuais e não mais um Código de Processo. (Cf. MEDINA. Sentença emprestada: uma nova figura processual. **Revista de Processo**, v. 135, p. 159).

[300] A importância dos estudos de Brêtas sobre o assunto, ultrapassa a simples inovação sobre os termos empregados, sendo que "a técnica normativa de construção do procedimento obriga o legislador a fazê-lo conforme as diretrizes do modelo constitucional do processo. Se o legislador assim não o fez, por inépcia ou obtusidade, incumbe ao intérprete fazer a integração da norma posta em vigor, valendo-se da técnica de interpretação conforme o devido processo constitucional. Processo é uma estrutura normativa de procedimento em contraditório, na concepção da teoria estruturalista, concebida por Elio Fazzalari: 'processo é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório' [FAZZALARI. **Instituições de direito processual**, p. 119]. Se não é observada a garantia fundamental do contraditório, viga mestra do devido processo legal, este o mais importante alicerce do processo constitucional, logicamente, não haverá processo, e o ato decisório não se legitimará constitucionalmente, no Estado Democrático de Direito." (BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Processo Civil Reformado**, p. 248).

Assim, a experiência de outros países pode ser útil para a modernização e ampliação das cautelares brasileiras, principalmente no que diz respeito às medidas não prisionais, como uma forma de possibilitar a aplicação de uma mais eficaz e proporcional cautela ao caso concreto.

O próprio Projeto de Lei (PL) n. 4.208/2001 teve como referência legislações alienígenas (Itália e Portugal), pelo que há de se prestigiar as modernas concepções de outros sistemas, mais afeitos às exigências constitucionais atuais.

No Chile,[301] a cautelar prisional é tratada como especial e excepcional, já que prestigiam as chamadas cautelares pessoais de caráter geral, em que até mesmo a citação do imputado para prestar declarações prévias sobre o fato investigado é considerada uma cautelar.

Na Alemanha,[302] o magistrado é obrigado a substituir a constrição quando o objetivo da prisão provisória (die Aussetzung des Vollzugs der U-Haft) puder ser obtido de maneira mais branda (§116, I, StPO), pelo que elencam: obrigação de comparecer quando chamado em juízo, no Ministério Público e seus policiais auxiliares; obrigação de não deixar determinado lugar sem autorização judiciária; obrigação de não deixar seu domicílio a não ser acompanhado de pessoa designada pelo juízo ou caucionar determinada soma em dinheiro.

Na Espanha,[303] a restrição à liberdade também é medida excepcional e não automática, sendo prestigiado o direito à liberdade (art. 17.1 da CE).

Também na Itália[304], conforme o *Codice de Procedura Penale* da Itália (Código de Processo Penal Italiano), a custódia carcerária preventiva ocorre apenas quando se mostrem inadequadas outras medidas alternativas (art. 27, parágrafo 4º e art. 275, parágrafo 3º), com destaque para as chamadas medidas cautelares interditivas, como exemplo: a expatriação (art. 281); a obrigação de apresentar-se periodicamente à autoridade judiciária (art. 282); a proibição ou obrigação de pernoite em determinados lugares (art. 283); as prisões domiciliares (art. 284); a suspensão do exercício do pátrio poder (art. 288); a suspensão do exercício de um ofício ou serviço público (art. 289); e, a proibição de exercitar determinas atividades profissionais ou empresariais (art. 289).

---

[301] Cf. MASLE; LENNON. **Derecho Procesal chileno**, t. I, p. 434-435.
[302] Cf. JUY-BIRMANN. **Processos penais da Europa**, p. 62.
[303] Cf. LOPES JÚNIOR. Medidas cautelares no direito processual penal espanhol. **Revista de Processo**, n. 89, p. 167.
[304] FERRAJOLI. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal, p. 622.

O Código de Processo Penal de Portugal[305], em seu art. 193, estabelece a prisão preventiva como exceção a todas as demais medidas cautelares, somente aplicada no caso de inadequabilidade ou insuficiência das demais hipóteses.

Na Bélgica,[306] destaque para a caução em espécie (art. 35, §4º, inciso 5, da Lei de 20 de julho de 1990), fixada pelo magistrado para depósito pelo acusado ou terceiros, como substituto da detenção preventiva, sendo precedida do contraditório, com a manifestação do Ministério Público, do acusado e de seu advogado ou defensor público. A mesma espécie de medida cautelar não prisional é encontrada na França,[307] tendo por objetivo a representação pelo acusado em todos os estágios do processo e a indenização pelos danos causados, para o caso de condenação (art. 138, ns. 11, 15 e 16, e art. 142, ambos do Código de Processo Penal Francês).

E, até mesmo na Venezuela,[308] o *Código Organico Procesal Penal* (2001), trata em seu Capítulo IV *de las medidas cautelares substitutivas* da prisão provisória (arts. 256 a 259), prestigiando o poder geral de cautela dos magistrados venezuelanos, tais como: detenção domiciliar, apresentação periódica em juízo, proibição de sair da localidade sem autorização, proibição de freqüentar determinados lugares, proibição de comunicação com pessoas especificadas, determinação de abandono do domicílio por agressão ao cônjuge ou filhos.

Comparando os exemplos estrangeiros com a legislação nacional, chegamos à mesma conclusão de Aury Lopes Júnior,[309] ao ressaltar que as medidas cautelares pessoais, com destaque para as prisionais, representam o ponto mais crítico do equilíbrio difícil entre os interesses opostos e fundamentais ao processo penal, quais sejam: o respeito ao acusado, com a presunção de inocência e o direito à liberdade, e a eficácia na repressão dos delitos, para restabelecimento da ordem e da paz social.

Pelo que aderimos também à crítica de Marcellus Polastri Lima,[310] ao afirmar que, no Brasil, diante da falta de alternativas para as tradicionais medidas cautelares pessoais, só resta ao magistrado a preventiva determinação da privação da liberdade do acusado, quando, na aplicação do princípio da proporcionalidade e da

---

[305] Cf. LOPES JÚNIOR. Medidas cautelares no direito processual penal espanhol. **Revista de Processo**, n. 89, p. 167.
[306] Cf. PESQUIÉ. **Processos penais da Europa**, p. 140.
[307] Cf. DERVIEUX. **Processos penais da Europa**, p. 231.
[308] Cf. LIMA. **A tutela cautelar no processo penal**, p. 371-376.
[309] Cf. LOPES JÚNIOR. Medidas cautelares no direito processual penal espanhol. **Revista de Processo**, n. 89, p. 167.
[310] Cf. LIMA. **A tutela cautelar no processo penal**, p. 370.

excepcionalidade, outra solução, menos agressiva ao meio social, atenderia ao caso concreto, tornando fundamental a reforma do nosso sistema processual penal, em especial sobre as medidas cautelares criminais.

3.11 Considerações relevantes

A cautelar no processo tem por finalidade o equilíbrio entre as partes, com medida de caráter provisório, principalmente para criar obstáculos ou impedir a irreparabilidade da lesão de um direito.

Em que pese a discussão acerca de existir ou não uma teoria geral do processo, sabe-se ser ela admitida pela maioria dos grandes processualistas. Em seu núcleo, diz respeito aos conceitos lógico-jurídicos e os conceitos jurídico-positivos. Os primeiros são as bases das ciências, atingindo validez universal e proporcionando suporte teórico necessário para a sistematização do campo do conhecimento humano, além de serem institutos que formam uma teoria geral quando aglutinam conhecimentos dentro de uma mesma área. Os jurídico-positivos representam os conceitos susceptíveis de variações no ordenamento jurídico, em virtude de modificações na legislação, além das particularizações dogmáticas para aplicação nos diversos ramos do direito, desprendendo-se da teoria geral.

A rigor, a formação de uma teoria geral do processo deve ser antecedida pela construção sistemática de conceitos lógico-jurídicos comuns e universais aos diversos ramos do direito processual (penal, civil, trabalhista, legislativo, administrativo, tributário, constitucional e negocial), aqui também se incluindo as medidas cautelares por seus conceitos lógico-jurídicos, observado o enfoque interdisciplinar com a teoria geral do direito e a teoria da constituição, através da concretização de valores constitucionais fundamentais em sede processual.

As medidas cautelares são também conhecidas como ‘medidas provisórias’, já que sua finalidade é assegurar uma possível realização futura, isso, em caráter provisório. Tiveram sua origem no direito romano, mas sua importância foi reconhecida pela doutrina alemã, que desenvolveu os primeiros estudos no sentido de sua estruturação e sistematização. As elaborações científicas dos processualistas clássicos italianos, responsáveis pela autonomia e unidade conceitual do processo cautelar em relação ao processo de conhecimento e de execução, destacaram a

autonomia do processo cautelar, principalmente pelas peculiaridades da pretensão deduzida na espécie.

Em linhas gerais, o “poder geral de cautela” passou a ser tradição no direito processual pátrio, em desrespeito aos postulados do processo constitucional e do Estado Democrático de Direito, quando aplicadas às referidas regras processuais que atribuem ao juiz a faculdade, antes da propositura ou durante a tramitação da ação principal, de concessão de medidas preventivas do pretendido direito violado. Assim, há que se refutar o “poder geral de cautela”, visto que a prestação da tutela jurisdicional cautelar deve ser revestida de princípios constitucionais assecuratórios, pelo que não se pode valer o magistrado de subjetivismos ou ideologias, ou seja, os chamados achismos decisionais. A decisão, além de clara e objetiva, tem de cercar-se por fundamentos legais e fáticos, possibilitadores de fácil entendimento e insurgência recursal.

No processo brasileiro, as cautelares encontram-se ordenadas de forma mais sistemática no Processo Civil (CPC – Livro III. Do Processo Cautelar – Título Único. Das Medidas Cautelares – Arts. 796 a 889), o que não se verifica no Processo Penal, muito embora em ambos haja a utilização imprópria do termo medida (mero ato cautelar da autoridade policial ou magistrado) por procedimento cautelar (ato jurisdicional revestido da ordinariedade), bem como a falta de clareza dos conceitos sobre os respectivos termos.

No Processo Penal, encontramos diversas providências acautelatórias sem rigor sistemático, delas tratando o Código de Processo Penal em vários capítulos (prisão em flagrante, prisão preventiva, busca e apreensão de bens, dentre outras), bem como em leis extravagantes penais (prisão temporária, aplicação provisória de interdição de direitos e aplicação provisória de medidas de segurança, medida restritiva de direito da suspensão ou permissão para dirigir veículos automotores). As medidas cautelares no processo penal não visam reagir ao ilícito, bem como não objetivam o cumprimento de uma obrigação, e sim assegurar o procedimento criminal e eventual futura execução da pena, em outras palavras, objetivam evitar danos a pessoas ou bens, e ainda assegurar que não desapareçam os direitos litigiosos no curso do processo. Classificam-se em *a)* medidas cautelares pessoais, *b)* medidas cautelares de natureza civil, *c)* medidas cautelares relativas à prova.

O processo cautelar, para a doutrina clássica, possui as características da autonomia, instrumentalidade, acessorialidade, provisoriedade, revogabilidade e não

é definitivo, vez que não faz coisa julgada. Cabe destacar entre as principais características das medidas cautelares, duas situações jurídicas individualizadas: instrumentalidade e provisoriedade; já que estão correlacionadas com dois outros pressupostos fundamentais para concessão (pressupostos do mérito cautelar): o *periculum in mora* (perigo de demora), que diz respeito à urgência de afastar o perigo de perecimento do direito resultante do decurso do tempo, principalmente o ocioso, e o *fumus boni juris* (plausibilidade do direito alegado), responsável pela possibilidade de uma solução favorável no processo penal, com base na própria legislação; ambos, com o objetivo na cautelar de prevenir direitos alegados, evitar perecimento de coisas e evitar dano iminente, assegurando a efetividade (os efeitos) de uma já expedida ou futura sentença ou efeitos da própria ação vindoura ou já proposta.

Diretamente relacionado às questões que envolvem as medidas cautelares, está o *tempo*. Além de exercer a função limitadora da medida cautelar, com uma duração temporal que determinará a eficácia da medida, compõe as características de um dos pressupostos básicos para sua concessão, o *periculum in mora*, que junto ao *fumus boni juris* integram os requisitos indispensáveis à tutela cautelar.

Parte da doutrina considera o *tempo* o vilão dentre os percalços que assolam a tramitação da ação posta à discussão pela via processual. Responsabilizam-no pela lentidão, morosidade e onerosidade — traços que se sobressaem no percurso procedimental — levando muitas vezes a resultados infrutíferos, desanimadores na ótica do jurisdicionado, o que provocaria, por parte dos processualistas, uma tendência a encontrar no *tempo* a resposta à suposta lentidão processual, ensejando uma busca por técnicas mais eficientes, em substituição àquelas que, sob influência do *tempo*, causariam prejuízo aos que esperam pela prestação da tutela jurisdicional.

Não é o *tempo* inimigo do processo nem dos cidadãos litigantes, afirma outra vertente da doutrina. Posicionamento justificado pelo esclarecimento do *tempo,* em sua essência, *absoluto, verdadeiro e matemático*, que flui de forma linear, sem relação com fatores externos e dimensão fixada por uma *sucessão de eventos* que indicariam o antes-e-depois, numa linha contínua e homogênea. Ou seja, não é o tempo que exerce influência nos *eventos* e sim *eles próprios* em relação ao tempo. O que significa dizer, não ter o *tempo* força ou ação para corroer ou prejudicar, uma vez que apenas flui em marcha num acontecimento natural, restando ao *evento*, ou

mais especificamente aos *sujeitos* nele envolvido, a possibilidade de *prejudicar ou não* a *outro*. Logo, implicar ao *tempo* a responsabilidade dos danos causados pela ineficácia da prestação tempestiva jurisdicional, seria recurso questionável e forçoso de encobrir a inércia, a incompetência e o desrespeito em sua aplicabilidade por parte do Estado-Juiz.

A idéia de normatizar o socorro à *tutela jurisdicional eficaz* e em *tempo útil* materializou-se pela Emenda Constitucional nº 45, de 8.12.2004, que adiciona, pelo inciso LXXVIII do art. 5º, ao rol dos Direitos e Garantias Fundamentais, a asseguração, a todos, no âmbito judicial e administrativo, da *razoável duração* do processo e os meios que garantam a *celeridade* de sua tramitação. No plano da teoria do processo constitucional, *duração razoável* indicaria a prática de atos procedimentais em um *tempo confortável*, delimitados por *marcos temporais com começo e fim* (como se observa nos código de procedimento civil, penal e outros), sem colidir com o princípio constitucional da ampla defesa, numa trilha procedimental a ser regularmente percorrida (racionalidade procedimental). A *celeridade* então se vincularia ao cumprimento do *princípio da legalidade,* respeitados os princípios regentes da processualidade, quais sejam, *isonomia*, *contraditório* e *ampla defesa*, sem supressões ao exercício destes direitos, pelos sujeitos do processo e com necessária observância pelo Estado-Juiz e auxiliares do juízo. Significando dizer, portanto, que a eficácia do princípio da *duração razoável* e da *celeridade*, voltada para a eficiência da administração judiciária apenas ocorrerá por intermédio da *operacionalidade* e do *gerenciamento* da máquina estatal estruturada para conhecer e dirimir conflitos e aplicar a sanção penal; o que resultaria do simples cumprimento das regras constitucionais. Por conseguinte, imprimir ritmo a qualquer tipo de estrutura procedimental, em âmbito judicial ou administrativo, só pode ser concebido em observância ao devido processo constitucional e ao princípio da reserva legal.

Compreende-se *tempo razoável* à duração do processo, como aquele em que não se tolera dilações indevidas e supressão das garantias constitucionais em prol de uma aceleração imposta sob justificativas antidemocráticas, geradoras de insegurança jurídica, em prejuízo ao real entendimento de *tempo razoável*, qual seja, o dever de prestação do serviço público jurisdicional pelo Estado a partir da garantia de um processo cujos atos sejam realizados nos prazos fixados nas normas de direito processual pelo próprio Estado.

O *subterfúgio* das discussões que têm em seu centro o *tempo* como responsável pela *lentidão* processual, torna-se evidente. Num estratagema falho, muitas vezes fomentador de reformas superficiais, distanciam-se da realidade do problema dificultando-lhe a solução. A *morosidade* não estaria então ligada ao processo (ou procedimento), mas sim à *ineficaz prestação da atividade jurisdicional monopolizada pelo Estado-Juiz.* O que se revela manifesta afronta ao Estado Democrático de Direito, acolhedor dos princípios da eficiência e legalidade que, juntos aos já citados, compõem o ordenamento jurídico e determina ao Estado a prestação dos serviços públicos adequados e eficientes e em *tempo* que não resulte em prejuízos aos jurisdicionados; sob pena de reparação por parte do Estado aos implicados no prejuízo por ele causado.

A doutrina que trata das medidas cautelares criminais divide o instituto jurídico em três espécies: a) *Medidas cautelares pessoais* (prisão temporária, flagrante, preventiva, prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível, prisão em decorrência de pronúncia e a prisão administrativa); b) *Medidas cautelares relativas à prova* (busca e apreensão); e, c) *Medidas cautelares reais* (seqüestro e arresto de bens). Algumas das referidas espécies são utilizadas tanto na fase policial quando na fase judicial (processo penal), e outras são exclusivas da fase processual, como a prisão preventiva.

A garantia da ordem pública representa um dos fundamentos para a determinação da prisão preventiva. A grande dificuldade tem sido estabelecer limites para o conceito aberto do que seja *garantia da ordem pública*. Entre as várias definições, a mais semelhante à aplicação do instituto é aquela que o entende como medidas de defesa social, na busca de se evitar novos crimes ou mesmo a supressão de provas pelo acusado; em outras palavras, medida que visa evitar a prática de novos delitos, acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão. Assim decifrado o instituto da *ordem pública*, oportuniza ao magistrado valer-se da casuística e arbítrio, quando da limitação ao direito de liberdade, além de servir como instrumento de política criminal, passando a atender aos anseios de "*justiça"* da população. Dissociando-se da realidade processual penal pátria com a proposta democrática do texto constitucional, já que na prática despreza-se o princípio da presunção de inocência, pela ilusão de uma segurança que o sistema criminal não é capaz de fornecer. Situações em total descompasso ao processo constitucional penal fundado em um

Estado Democrático de Direito, e por esse motivo considerado inconstitucional por alguns doutrinadores a utilização do instituto da *ordem pública* como fundamento da prisão preventiva.

A legislação brasileira estabelece contramedidas de segurança, também denominadas “contracautelas”, que visam à liberação de bens ou ainda a liberdade dos acusados criminalmente. Para a liberação de bens apreendidos a contramedida disponível, mais eficaz e célere, é o mandado de segurança, inobstante a precípua necessidade do direito líquido e certo. No que diz respeito à liberdade do acusado, várias são as possibilidades para o resguardo do direito de ir e vir. Pode-se enumerar a liberdade do parágrafo único do art. 69 da Lei n. 9.099/95, situação em que o acusado se livra solto, a exclusão da prisão em flagrante e de prestação de fiança do Código de Trânsito Brasileiro, a liberdade provisória com ou sem fiança, além do *habeas corpus* com a admissão da liminar.

Em pesquisa ao banco de dados virtual do Congresso Nacional, encontram-se projetos de lei com propostas de alteração do Código de Processo Penal, quanto às medidas cautelares. Após um filtro inicial, depreende-se que o fetiche das leis, somado a um legislador despreparado tecnicamente para aplicar os princípios constitucionais no processo legislativo, impede a reconstrução da estrutura normativa do retalhado sistema jurídico brasileiro. E a finalidade de suprir a situação de falibilidade e de lacunas normativas fica em segundo plano, o que agrava o problema e desestabiliza a estrutura do Estado Democrático de Direito. Urgente faz-se, portanto, a utilização de parâmetros previamente estabelecidos sob o manto da técnica normativa de construção do procedimento, com bases democráticas e, sobretudo, a observância do modelo constitucional do processo.

CAPÍTULO IV
HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA

4.1 Teorias sobre a natureza jurídica do processo

Teoria do processo como contrato. Teoria de bases rousseaunianas, tinha como preceito que o processo era um contrato acessório ao hipotético contrato social livremente estabelecido pelos homens para convivência e solução pacífica de seus conflitos. Era uma teoria de cunho privatístico e tinha Pothier (1800) como seu principal divulgador.

Revelou-se inadequada para explicar a natureza jurídica do Processo, visto que, já no século XVIII, o juiz não precisava de prévio consenso das partes para tornar coativa a sentença; por ser ele o árbitro judicial e facultativo e não órgão jurisdicional monopolizador da jurisdição que independia de prévia provocação unânime das partes para exarar provimentos.

Teoria do processo como quase-contrato. Sem alterar a essência da teoria anterior, enquadrando o Processo na esfera do direito privado, Savigny e Guényvau (1850), seus patrocinadores, afirmaram que, não sendo o processo tipicamente um contrato, deveria ser um *quase-contrato*, porque a parte que ingressava em juízo já consentia que a decisão lhe fosse favorável ou desfavorável, ocorrendo um *nexo* entre o autor e o juiz, ainda que o réu não aderisse espontaneamente ao debate da lide[311].

Entretanto, por ser nessa época a jurisdição obrigatória, o juiz não precisava de prévio consentimento do autor para proferir a decisão que lhe fosse favorável ou desfavorável, situação esta que contribuiu para que a teoria em foco, como na contratualista anterior, fosse falha no que concerne ao estudo da origem jurídica do processo.

Teoria do processo como relação jurídica. Considerada o marco da autonomia do Processo ante o conteúdo do direito material, esta teoria,

---

[311] LEAL. **Teoria Geral do Processo**, p. 91-92.

desenvolvida por Büllow [312] em 1868, tem como seu principal aspecto os pressupostos de existência e desenvolvimento do processo pela relação jurídica entre autor, réu e o juiz, em que um estaria na dependência do outro interagindo com direitos e deveres a serem cumpridos conforme disposto em lei processual, para validade e legítima constituição do processo. Nesta escola, as partes se põem em vínculos subjetivos de subordinação, em que o juiz tem poderes e faculdades carismáticas na condução do processo.

Esmerada por Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei e Liebman[313], essa teoria influência, até os dias atuais, a formulação dos códigos e das leis processuais, apesar de ter deixado dissonante à distinção entre processo e procedimento, nada se explicando sobre a origem deste "meio". Fica ainda mais inconcluso quando seus defensores decidem debater sobre se a relação processual entre juiz, autor e réu é triangular (Wach), angular (Hellwig) ou linear (Kohler), sem muito evoluir em seu perfil lógico.

Teoria do processo como situação jurídica. Goldschmidt, ao fundar sua teoria por volta de 1925 na Alemanha, rompeu com as teorias antepositivas – privatísticas e ortodoxa da relação jurídica anteriores –, concebendo a sua como sendo o *processo* uma *situação jurídica* onde o provimento final (sentença) seria apenas um *duelo* entre as partes*,* que estariam em busca de uma vitória espetacular, levando em conta para efeito, o meio criado pelas partes para sensibilizar o juiz (direito estratégico), devendo o mesmo assegurar a imprevisibilidade da decisão a ser expendida como forma de garantia de sua própria neutralidade e imparcialidade.

Nessa doutrina, processo é atividade de risco, um *jogo*, retratado por Goldschmidt como "uma forma alegórica de canteiro judicial em que as partes lançavam suas alegações que poderiam ou não germinar pelo adubo *íntimo* do entendimento do *julgador*"[314].

Teoria de processo como instituição. Idealizada sob o impacto do sociologismo reinante na época, e envolta à propagação das idéias positivistas dos anos 30 e 40, a teoria fundada pelo espanhol Guasp modelou-se em preceitos que

[312] Cf. LEAL. **Estudos continuados de teoria do processo**, v. 6, 2005.
[313] Cf. LEAL. **Estudos continuados de teoria do processo**, v. 5, 2004.
[314] LEAL. **Teoria Geral do Processo**, p. 93.

postulavam ser o processo meio institucional de transposição dos valores sociais para decisão dos conflitos pelos juízes.

Couture esteve entre seus partidários – até voltar-se para a Teoria do processo como relação jurídica – mas ponderou, numa concepção primária e elementar acerca da teoria em questão, que nela a "concepção institucional do processo se apóia numa série de supostos mais sociológicos que jurídicos"[315].

Fica certo, portanto, que Guasp visualizava o processo como *instituição de direitos* decorrentes dos costumes, ética social e do direito praticado pelas mãos jurisdicionais dos juízes, uma vez que, consoante o doutrinador, os "direitos processuais" eram meros prognósticos que poderiam ou não ser aproveitados pela sentença – que não guardava em si "relação causal" com o processo – em prol de qualquer dos contendores.[316]

4.2 Teoria Estruturalista

[315] LEAL. **Teoria Geral do Processo**, p. 95.

[316] Outras três teorias foram desenvolvidas na seqüência, quais sejam: Teoria do processo como procedimento em contraditório, Teoria constitucionalista do processo e a Teoria neo-institucionalista do processo. As duas primeiras teorias serão detalhadas nos próximos pontos, por representarem o marco teórico da presente pesquisa. A teoria neo-institucionalista do processo, ainda em fase de formação, idealizada por Rosemiro Pereira Leal, consubstancia-se em sintética definição, baseada em um conjunto de institutos de direito fundamental constitucionalizado (ampla defesa, contraditório, isonomia, direito ao advogado, gratuidade da atividade jurisdicional) regente da construção estruturante (relação espácio-temporal normativa) dos procedimentos. É claro perceber que a palavra instituição aqui não tem o significado que lhe deram Hauriou e Guasp, que a utilizavam no sentido de bloco de condutas aleatoriamente construído pelas supostas leis naturais da sociologia ou economia; antes porém, na teoria ora examinada, dá-se a acepção correta da palavra, na transcrição exata do texto do exímio professor, em sua exemplar obra sobre a Teoria Geral do Processo, "como um conjunto de princípios e institutos jurídicos reunidos ou aproximados pelo Texto Constitucional com a denominação jurídica de Processo, cuja característica é assegurar, pelos princípios do contraditório, da ampla defesa, da isonomia, do direito ao advogado e do livre acesso à jurisdicionalidade, o exercício dos direitos criados e expressos no ordenamento constitucional e infraconstitucional por via de procedimentos estabelecidos em modelos legais (devido processo legal) como instrumentalidade manejável pelos juridicamente legitimados." (LEAL. **Teoria Geral do Processo**, p. 100). Essa teoria torna o sistema jurídico uma instância de problematização dos enunciados resolutivos dos conflitos acessível a todos. Informa o autor que, o que se busca com uma teoria neo-institucionalista do processo é a fixação constitucional do conceito do que seja juridicamente Processo, tendo como base produtiva de seus conteúdos a estrutura de um discurso advindo do exercício permanente da cidadania pela plebiscitarização continuada no espaço processual das temáticas fundamentais à construção efetiva de uma Sociedade Jurídico-Política de Direito Democrático (LEAL. **Teoria Geral do Processo**, p. 102). Verificar também: CHAVES, Charley Teixeira. As principais teorias sobre a natureza jurídica do processo e a problemática da efetividade no campo do direito processual civil. p. 36-57. *In*: CASTRO, João Antônio Lima; TEIXEIRA, Fernanda Fernandes Lippi (Orgs.). **Direito Processual**. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (IEC-PUC-Minas), 2004.

Foi com Elio Fazzalari[317], processualista italiano, que se inaugurou a escola estruturalista, com caráter científico, o instituto do Processo com conceito que o distinguisse do procedimento, que é sua estrutura técnico-jurídica.

Fazzalari foi difundido inicialmente entre nós por Aroldo Plínio Gonçalves[318]. Ele esclarece que o processo não se define pela mera seqüência, direção ou finalidade dos atos praticados pelas partes ou pelo juiz, mas pela presença do atendimento do direito ao contraditório entre as partes, em simétrica paridade, no procedimento que, longe de ser uma seqüência de atos exteriorizadores do processo, equivale a uma estrutura técnica construída pelas partes, sob o comando do modelo normativo processual.[319]

O contraditório, na estrutura jurídica espácio-temporal do procedimento, é quesito imprescindível para que ali se encontre legitimidade, validade e eficácia; de outra forma, o procedimento sem norma de comando estrutural seria nada mais que um amontoado de atos não-jurídicos.[320]

Ao ver com acuidade processo e procedimento, atribuindo à distinção dos mesmos o atributo do contraditório, que veio a conferir ao procedimento a qualidade de processo, Fazzalari lançou luz ao estudo do Direito Processual, sem, no entanto, desenvolvê-lo pela reflexão constitucional dos direitos e garantias fundamentais; que hoje se faz mister em face do discurso jurídico-constitucional das democracias.

Rosemiro Pereira Leal[321] colaciona a importância da teoria estruturalista na evolução do Direito Processual, bem como no combate ao instrumentalismo anti-

---

[317] Principais obras de Elio Fazzalari: **La giurisdizione volontaria** (1953); **Note in tema di diritto e processo** (1957); **Il giudizio civile di cassazione** (1960); **Teoria generale del processo** (1966); **I processi dell'ordinamento italiano** (1973); **Istituzioni di diritto processuale** (1ª ed. 1975; 8ª ed. 1996); **Il processo ordinario di cognizione. Primo grado** (1989); **Il processo ordinario di cognizione. Impugnazioni** (1990); **L'arbitrato** (1997); **Conoscenza e valori** (2ª ed. 2004).

[318] Cf. GONÇALVES. **Técnica processual e teoria do processo**, p. 15. Nesse sentido: FREITAS, Sérgio Henriques Zandona *et al*. A coisa julgada em Fazzalari. *In*: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.); FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (Org.). **Coisa Julgada: de Chiovenda a Fazzalari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 236.

[319] Cf. FAZZALARI. **Instituições de direito processual**, p. 118-121.

[320] Cf. LEAL. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, 2005.

[321] Nas próprias palavras de Rosemiro Pereira Leal: "a teoria do processo como procedimento em contraditório (Fazzalari) é que nos habilitou saltar de uma subjetividade apofântica [no próprio pensamento] milenar para uma concepção processual expressa numa relação espácio-temporal internormativa [porque combate a intersubjetividade] como estruturante jurídica do agir em simétrica paridade e instaladora do juízo discursivo preparatório do provimento (decisão)" (LEAL. **Teoria Processual da Decisão Judicial**, p. 15), além de afirmar "Claro que, afora os redentistas (talvez) e os fazzalarianos, processo e procedimentos ao, para os instrumentalistas, institutos idênticos e a distinção que, por vezes, intentam fazer, presta-se, mais ainda, a obliterações de entendimento, porque, ao negarem a 'metafísica' do direito processual do passado, criam uma

democrático do praxismo e a efetividade a todo custo do processo, levando à obscuridade do sistema.

Logo, importante aqui a co-relação da Teoria Estruturalista com o Processo Constitucional, marcos teóricos e embrionários para concepção de uma Teoria Constitucional Estruturalista,[322] comprometida em garantir o princípio da supremacia constitucional, possibilitando a efetiva tutela, proteção e fomento dos direitos fundamentais dos participantes e afetados pelo provimento final, pronunciado por magistrado com o perfil de diretor dialogador do processo.[323]

4.3 Teoria do Discurso

---

retórica teleológico-jurisdicional de um direito processual do presente, em que a sensibilidade político-social do juiz seria o único instrumento seguro para a realização da paz social. Vê-se, hoje, que, com a publicação de vasta literatura praxista e apostolar-doutrinária (não teórico-científica) em Processo Civil, Penal e Administrativo, a palavra Processo assume polissemias ao gosto dos escritores, sem qualquer indicação criminológica, confundindo-se o Direito Processual (disciplina-estudo) com a Sistemática Processual (testos legais), com a Ciência do Processo (atividade produtora de esclarecimento crítico dos institutos do Direito Processual), com o *Processo* (procedimento em contraditório ou instituição constitucionalizada garantidora do direito fundamental de ampla defesa na estruturação dos procedimentos judiciais e administrativos – art. 5º, LV, da CR/88), com a *Jurisdição* (dever do juiz de conduzir o procedimento e nele expender, secundum legis, decisões) e com a *Ação* (procedimento tecnicamente estruturado conforme modelo normativo). Também, é de todo inútil pretender-se incluir o instituto da defesa, ao lado da ação, da jurisdição e do processo, como mais um capítulo em destaque do Direito Processual ou da Teoria Geral do Processo, porque, em não mais se podendo falar em ação (no sentido de procedimento da ordinariedade) sem processo, a defesa é desdobramento inafastável do estudo e da atuação do Processo. Poder-se-ia, isto sim, pensar em reduzir a impropriamente chamada 'trilogia' do Direito Processual (ação, jurisdição e processo) ao estudo do Processo e da Jurisdição, já que ação (procedimento) é matéria estrutural de natureza processual e não mais uma seqüência de atos presididos pelo voluntarismo jurisdicional expresso na velha parêmia do jura novit cúria (sem vinculação a critérios de legalidade ampla ou estrita). Na atualidade, a principiologia do Processo impõe comandos à Jurisdição (judicação) por critério de expansividade constitucional. Os chamados escopos metajurídicos do processo, que, segundo Marinoni [MARINONI. **Novas linhas do processo civil**, p. 67], deveriam ser realizados por uma espécie salvadora de juiz moderno, são, a nosso ver, versões taumaturgas do fetiche jurisdicional do common law. Portanto, a articulação estrutural do procedimento (processo) há de decorrer de prévia modelagem normativa em observância ao princípio da reserva legal (base da cidadania – art. 5º, LV, da CR/88) e não da vocação social ou do talento do julgador" (LEAL. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, p. 139-140).

[322] Rodrigo Suzana Guimarães também defende, em recente estudo sobre o processo constitucional com bases democráticas, a busca pela Teoria Constitucional Estruturalista (GUIMARÃES. **Tipo total de injusto e processo constitucional**: a teoria dos elementos negativos do tipo e sua repercussão no ônus da prova no processo penal (Mestrado em Direito Processual). Programa de Pós-Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2008, p. 84).

[323] A co-relação da Teoria Estruturalista com a Teoria do Discurso e o Processo Constitucional torna-se fundamental ao perfeito embasamento do Estado Democrático de Direito, sem o que valem as críticas de Hermes Zaneti Júnior: "crítica a Fazzalari: a maior amplitude da conformação constitucional brasileira. Contudo, as observações de Fazzalari, conquanto sirvam para dar suporte à noção de módulo processual, não estão de todo assentes com o que aqui se desenvolve como dimensão democrática e participativa do processo no marco do Estado Constitucional Democrático." (ZANETI JÚNIOR. **Processo Constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro, p. 199).

Outro ponto de destaque e essencial acréscimo para o entendimento do tema foi a contribuição de Jürgen Habermas na teoria do discurso ao dar visibilidade as minorias e ao mencionar a necessidade de um processo legislativo de justificação das normas jurídicas, em que os sujeitos são ao mesmo tempo autores e destinatários das normas, como compreensão do Estado Democrático de Direito.[324]

Ressalta-se, também, a relação entre autonomia pública e privada, enumerada por Jürgen Habermas[325] para o processo de legiferação como respeito aos direitos fundamentais

> em geral, as decisões da maioria são limitadas por meio de uma proteção dos direitos fundamentais das minorias; pois os cidadãos, no exercício de sua autonomia política, não podem ir contra o sistema de direitos que constitui esta mesma autonomia. (...) O processo democrático que institucionaliza as formas comunicativas necessárias para uma formação política racional da vontade tem que satisfazer simultaneamente a diferentes condições da comunicação.

---

[324] HABERMAS. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade., v. I, p. 191. HABERMAS. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política, p. 237. A importância da Teoria do Discurso, para Rosemiro Pereira Leal, está no fato de que "a desmitificação do Judiciário no Estado democrático de direito não se faz pela melhoria do nível técnico dos juízes e por juramentos mais fervorosos de obediência à lei e à prática de justiça, mas por sua inclusão e submissão, como instância pública, ao espaço jurídico-processual de comprometimento institucional com o direito democrático que pressupõe a compreensão da teoria do discurso como base de validade da construção jurisprudencial (jurisdiscente)." (LEAL. **Teoria Processual da Decisão Judicial**, p. 142), sendo que quem "administra" é o processo constitucional, reservando ao magistrado o papel de partícipe (diretor dialogador do processo) da construção da decisão jurisdicional. Na modernidade o magistrado não é a "boca" da lei, e sim o seu hermeneuta, desde que entendido o referencial lógico que é o Estado Democrático de Direito, bem como a aplicação do processo constitucional. Há que se ter em mente que a lei, por si só, não dita o direito, mas o faz pela teoria do discurso. (Cf. LEAL. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, p. 269). Interessante o posicionamento de Lenio Luiz Streck sobre a utilização da hermenêutica jurídica para intermediar o texto da lei e seu sentido. Para tanto, "na era das Constituições compromissórias e sociais, uma hermenêutica jurídica capaz de intermediar a tensão inexorável entre o texto e o sentido do texto não pode continuar a ser entendida como uma teoria ornamental do direito, que sirva tão somente para colocar 'capas de sentido' aos textos jurídicos. No interior da virtuosidade do círculo hermenêutico, o compreender não ocorre por dedução ou subsunção. Conseqüentemente, o método (ou o 'procedimento discursivo') sempre chega tarde, porque pressupor saberes teóricos (discursos de fundamentação) separados da 'realidade'. Antes de argumentar, o intérprete já compreendeu. O uso da linguagem não é arbitrário, isto é, 'a linguagem não depende de quem a usa' (Gadamer). A compreensão antecede qualquer argumentação, porque lhe é condição de possibilidade. Portanto, é equivocado afirmar, v.g., que o juiz primeiro decide e só depois fundamenta (justifica). Na verdade, ele só decide porque já encontrou, na antecipação de sentido, o fundamento. Mas somente é possível compreender isso a partir da admissão da tese de que a linguagem não é um mero instrumento ou uma 'terceira coisa' que se interpõe entre um sujeito (cognoscente) e um objeto (cognoscível). Numa palavra: o 'abismo gnosiológico' que 'separa' o homem das coisas e da compreensão acerca de como elas são não depende — no plano da hermenêutica jurídico-filosófica — de pontes que venham a ser construídas — paradoxalmente — depois que a travessia (antecipação de sentido) já tenha sido feita." (STRECK. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas, p. 286). HABERMAS. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade, v. I, p. 221-223.

[325] HABERMAS. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade, v. I, p. 224-225.

Colhe-se na mesma linha Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira em que

> os direitos fundamentais exprimem essas condições, possibilitando, num nível institucional-democrático, diversas formas de argumentação racional, ou, ao menos, processos equânimes de negociação, acerca da justificação de normas do agir, tornando possível a gênese democrática do Direito. Através da participação discursiva no processo legislativo democrático, os destinatários das normas jurídicas são os autores das mesmas. A referência, contudo, as condições procedimentais do processo legislativo democrático não faz da jurisdição constitucional um poder legislativo, ainda que negativo, como em Kelsen, nem tão pouco tornará um guardião republicano de um processo político restrito a questões ético-culturais, como numa leitura comunitarista. A tarefa geral da jurisdição constitucional é especialmente, do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis do processo legislativo, no marco da Constituição da República brasileira, sob o paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito, é a de garantia das condições processuais para o exercício da autonomia pública e privada dos co-associados jurídicos, no sentido da interdependência e da equiprimordialidade delas.[326]

Importante, nesse ponto, a ressalva de Eugênio Pacelli de Oliveira[327] à teoria de Habermas, ao apontar impasses quando afirma que a grande maioria dos membros da comunidade não dispõe de recursos (meios instrumentais e materiais) para participar, e conseqüentemente contribuir, na formação do consenso e do seu próprio destino (construção das decisões políticas e jurídicas), permanecendo como um *projeto de coexistência desejada*, até que ocorra a *igualdade material* ("não só na lei, mas na sua capacidade de exercício da liberdade") com transformação social e inclusão do indivíduo na comunidade jurídica.

Pacelli, no entanto, concorda com a busca sistemática dos melhores argumentos, defendida por Habermas, pelo que se torna alternativa bastante proveitosa à atualização do Direito positivado, principalmente no campo penal, a falibilidade das normas jurídicas[328], evitando-se que a sociedade e o próprio Direito

---

[326] CATTONI DE OLIVEIRA. **Devido Processo Legislativo**, p.189.

[327] Cf. OLIVEIRA. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**, p. 17-18.

[328] Vale colacionar também a visão crítica de Karl Popper sobre a falibilidade, pelo que "(...) por falibilismo entende aqui a opinião, ou a aceitação do fato, de que podemos errar e de que a busca da certeza (ou mesmo a busca de alta probabilidade) é uma busca errônea. Mas isto não implica que a busca de verdade seja errônea. Ao contrário, a idéia de erro implica a da verdade como padrão que podemos não atingir. Implica que, embora possamos buscar a verdade e até mesmo encontrar a verdade (como creio que fazemos em muitíssimos casos), nunca podemos estar inteiramente certos de que encontramos (...) Mas o falibilismo não precisa, de modo algum, dar origem a quaisquer conclusões céticas ou relativistas. Torna-se-á isto claro se considerarmos que todos os exemplos históricos conhecidos de falibilidade humana – incluindo todos os exemplos conhecidos de erros judiciários – são exemplos do avanço de nosso conhecimento. (...) a crítica, parece, é o único modo que temos de identificar nossos erros e de aprender com eles de maneira sistemática" (POPPER. **A sociedade aberta e seus inimigos**, v. 2, p. 395-396). Rosemiro Pereira Leal, adotando o falibilismo de Popper, acrescenta à Teoria do Discurso o fato de que "a ligação entre poder e decisão por seqüelas históricas consolidou, na modernidade, uma compreensão

se tornem reféns de uma legislação que, "via de regra, o tempo cuida de demonstrar a superação de graus mínimos de reprovação social de determinadas condutas tipificadas penalmente".[329]

No presente ponto, cabe destacar finalmente que a correlação da Teoria do Discurso (princípio do discurso)[330] com o Estado Democrático de Direito (princípio da democracia) ocorre, conforme observações de Rosemiro Pereira Leal[331], pelo processo, aqui entendido como processo constitucional, como se verá a seguir.

4.4 Processo Constitucional

O pesquisador e constitucionalista mineiro José Alfredo de Oliveira Baracho[332] elucidou, a partir do pioneiro estudo do tema Constituição e Processo, a teoria constitucionalista do processo, acolhida com paridade pelo jurista mexicano Hector Fix-Zamudio — que resplandeceu o tema por meio das várias obras e artigos dedicados ao assunto —, e que, só recentemente, sob a denominação de "modelo constitucional" do Processo, ficou explícito seu desmembramento, nas reflexões de Ítalo Andolina, quando afirma que o *processo*, em seus novos contornos teóricos na pós-modernidade, apresenta-se como necessária *instituição constitucionalizada* que, pela principiologia constitucional do *devido processo* que compreende os princípios da reserva legal, da ampla defesa, da isonomia e do contraditório, converte-se em *direito-garantia*. Em verdade, concorda o processualista Aroldo Plínio Gonçalves[333],

---

distorcida do julgar em que vontade e inteligência freqüentam, por ensino de muitos, a mesma sede, que é a mente predestinada do sábio-julgador. (...) A processualidade jurídica institucionalizadora e recriativa do acervo normativo do Estado democrático é que provocaria o salto para a pós-modernidade jurídica que requer não somente características de positividade (legalidade formal da modernidade), mas agregaria conteúdos jurídicos de testificação discursiva [Popper] propiciadores de processual e incessante fiscalidade irrestrita, abstrata e concreta das bases de produção, legiferação e cumprimento (aplicação) do direito, que só assim se mostraria realizador do princípio da democracia." (LEAL. **Teoria Processual da Decisão Judicial**, p. 27-29).

329 Cf. OLIVEIRA. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**, p. 18-19.

330 A aplicação das normas jurídicas ao caso concreto depende da co-relação do discurso de justificação e do discurso de aplicação, através da argumentação jurídica e racional (fundada só em argumentos de direito — e não na moral, religião, e outra ideologias) realizada pelo consenso das partes, e não da "cabeça" do magistrado.

331 Baseadas na lógica discursiva de Popper e reteorizações de Habermas. (Cf. LEAL. **Teoria Processual da Decisão Judicial**, p. 16). No mesmo sentido: PENNA. Teoria processual democrática e a legitimidade do provimento estatal. **Revista dos Tribunais**, v. 849, p. 125-147.

332 Cf. BARACHO. **Processo constitucional**, p. 122-126.

333 Cf. GONÇALVES. **Técnica processual e teoria do processo**, p. 148-149.

que empresta atualmente ao contraditório o *status* de princípio constitucional, conforme descrito na obra de Rosemiro Pereira Leal[334].

O conceito moderno de *Estado Democrático de Direito* exige que o legislador, nas sociedades Políticas Democráticas de Direito, uma vez eleito, submeta-se aos princípios do Processo como instituição jurídica balizadora da soberania popular e da cidadania, cujos fundamentos se assentam no instrumento da jurisdição constitucional e esta como atividade judicatória dos juízes, de forma legal, preexistente e básica, como única fonte do poder constituinte.[335]

Assim, não é demais reprisar que o processo constitucional tem por fundamento garantir o princípio da supremacia constitucional, possibilitando a efetiva tutela, proteção e fomento dos direitos fundamentais.[336]

Para tanto, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias ensina que os direitos fundamentais "são os direitos humanos declarados expressamente no ordenamento jurídico-constitucional". [337] O mesmo autor afirmou ainda que as *garantias fundamentais* "compreendem as garantias processuais estabelecidas na própria Constituição (processo constitucional) e formadoras de um essencial sistema de proteção aos direitos fundamentais, tecnicamente apto a lhes assegurar efetividade"[338], tais como o mandado de segurança, o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de injunção, a ação popular e, a mais importante delas, o devido processo legal, informado pelos princípios do juízo natural, do contraditório, da ampla defesa e da indispensabilidade da presença do advogado.[339]

---

[334] LEAL. **Teoria Geral do Processo**, p. 98-99.

[335] Alerta Rosemiro Pereira Leal que "já não é mais possível trabalhar a teoria do processo na trilogia substancializada da ação, jurisdição e processo acolhida pelas legislações infraconstitucionais, como a do Brasil, que têm assento na escola instrumentalista ou da relação jurídica entre pessoas, que merecidamente destacou os discípulos de Chiovenda a Liebman no ensino do direito processual. Entretanto, a dissipação dos estoques da eticidade com radicalização das diferenças marcantes da modernidade exigiu a conjectura de novo paradigma esclarecido por uma teoria constitucional do direito em bases de processualidade discursiva dos conteúdos de validade e legitimidade das decisões tomadas a partir de um status democrático a ser considerado como espaço de testabilidade incessante das pretensões de certeza (coerção) institutiva da normatividade (ordenamento jurídico)." (**Teoria Processual da Decisão Judicial**, p. 13).

[336] Cf. BARACHO. Teoria Geral do Processo Constitucional. **Revista Forense**, v. 383, p. 156.

[337] BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**, p. 111.

[338] BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**, p. 111.

[339] Brêtas de Carvalho Dias ainda indica com propriedade que o cerne do processo constitucional encontra-se espelhado no "conteúdo normativo do artigo 24.2 da Constituição espanhola de 1978: 'Todos têm direito ao juiz ordinário determinado previamente pela lei, à defesa e assistência de advogado, a ser informados da acusação contra si deduzida, a um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias, a utilizar os meios de provas adequadas à sua defesa, a não prestar declarações contra si próprios, a não se confessarem culpados e à presunção de inocência'. Esse artigo da Constituição espanhola foi bem definido por Baracho como 'síntese de

Importante ressaltar que o processo constitucional demanda pressupostos essenciais, dentre eles: o direito à celeridade dos processos, a razoável duração dos pleitos, e as formas de controle constitucional (preventivo, repressivo, direto, repressivo indireto e ocasional); que não podem ser confundidos com diminuição ou eliminação das garantias processuais constitucionais (contraditório, ampla defesa, duplo grau de jurisdição, fundamentação das decisões, direito de prova, instrumentalidade das formas, presença de advogado, dentre outros), sob pena de ferir o princípio do Estado Democrático de Direito.[340]

Aqui vale o destaque na obra de Cattoni de Oliveira[341], lembrando lições de José Alfredo de Oliveira Baracho[342], da importância do "modelo constitucional do

---

pressupostos e cláusulas constitucionais de defesa da cidadania, considerada processualmente' (Revista Forense, v. 337, p. 109). Logo, nos processos, qualquer um do povo (parte) tem de estar representado por advogado perante o Estado, representação que traduz direito de cidadania das pessoas, direito a uma defesa técnica, sendo esta a recomendação constitucional, que o misoneísmo dos juízes e tribunais brasileiros, infelizmente, pela sua esmagadora maioria, faz com que seja ignorada. A presença do advogado, no ato estatal de julgar, somente possível no processo, não é superfluidade, mas necessidade da parte, em razão de cada vez mais acentuado tecnicismo jurídico que disciplina as relações do Estado com os indivíduos, daí a recomendação constitucional em exame. Por essas razões, são manifestamente conflitantes com o texto constitucional as seguintes regras da legislação ordinária brasileira, que dispensam a presença do advogado no processo: a) artigos 791 e 839 da Consolidação da Leis do Trabalho; b) artigo 623 do Código de Processo Penal, na revisão criminal; c) artigo 2º, da Lei n. 7.244, de 23.7.1968, nas ações de alimentos; d) artigo 9º, da Lei n. 9.099, de 26.9.99, nos Juizados Especiais Cíveis." (**Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**, p. 83-84).

340 Destaque para as ponderações de Fabrício Veiga Costa, em que "as normas jurídicas (regras e princípios) no Estado Democrático de Direito têm sua validade, eficiência e legitimidade condicionada à observância do devido processo constitucional, e sua interpretação deverá levar em consideração toda a sistematicidade e principiologia constitucional para que seja exercida efetivamente a soberania popular como iter ao controle e fiscalidade dos provimentos estatais. O estudo do processo constitucional faz-se necessário para compreendermos a eficácia e o exercício dos direitos fundamentais. (...) O processo deve buscar na hermenêutica constitucional democrática o referencial para a previsibilidade e objetividade das decisões judiciais. A qualidade democrática de uma sociedade jurídico-política é definida pela produção das normas jurídicas a partir da institucionalização do Processo Constitucional. O povo deve ser o pressuposto da legitimidade, criação, aplicação e alteração do direito. (...) A teoria que mais se adapta ao paradigma do Estado Democrático de Direito é aquela que compreende o processo com base em um patamar constitucional que, por meio dos princípios da isonomia, do contraditório e da ampla defesa, legitima processualmente o exercício efetivo e a concretude dos direitos fundamentais. A compreensão da liquidez e da certeza dos direitos fundamentais dar-se-á com base no estudo do processo constitucional no paradigma do Estado Democrático de Direito, uma vez que líquidos e certos no plano constituinte o Estado deverá efetivamente garantir o seu exercício desses direitos ao cidadãos. " (COSTA. O processo constitucional no paradigma do Estado Democrático de Direito. **Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais**. Belo Horizonte, n. 13, p. 48, 50 e 55).

341 CATTONI DE OLIVEIRA. **Devido Processo Legislativo**, p. 74-75.

342 Vários são os apontamentos realizados por José Alfredo de Oliveira Baracho sobre processo constitucional, que aqui valem ser reproduzidos para entendimento da matéria, senão vejamos: "O processo constitucional não é apenas um direito instrumental, mas uma metodologia de garantia dos direitos fundamentais. Suas instituições estruturais (jurisdição, ação e processo) remetem-nos à efetivação dos direitos essenciais. (...) O processo constitucional apresenta condições processuais específicas, que decorrem da legitimação e do conceito de parte. Sendo que a sua

processo", estruturado nos princípios do *due process*, do contraditório, da ampla defesa, do direito à prova, do juízo natural, independente e imparcial, da fundamentação racional das decisões jurisdicionais, da publicidade, da instrumentalidade técnica do processo, da efetividade e da inafastabilidade da tutela jurisdicional.[343]

Por sua vez, Fernando Gonzaga Jayme bem destaca o processo constitucional como garantia para a efetivação dos direitos fundamentais e, dentre estes, o Direito à Jurisdição.[344]

4.5 Jurisdição constitucional

Introduzindo o tema, valem as palavras de José Alfredo de Oliveira Baracho que representam de certa forma o instituto jurídico da jurisdição constitucional, uma

---

instalação depende da ocorrência dos pressupostos processuais, para a correta integração da Ação, da Legitimação e do Processo. As garantias e os processos constitucionais corporificam as garantias individuais e as garantias constitucionais. Encontramos no inglês a palavra warranty, que quer dizer assegurar, proteger, salvaguardar (to warrant). (...) A ação processual é uma garantia básica, em qualquer de suas modalidades, como ocorre com o processo constitucional. Garante-se não somente o direito de peticionar e de ser ouvido, mas o direito ao processo. O devido processo ou o processo justo, o direito de defesa e a assistência legal, o processo como manifestação de igualdade e equilíbrio são aspectos essenciais do desenvolvimento desse tema. O processo constitucional, de diversas formas, destina-se a respaldar as garantias fundamentais, possibilitando a efetiva tutela, proteção e fomento delas. (...) As garantias individuais, coletivas e processuais tornam possível o exercício da cidadania plena, através do processo constitucional. As garantias individuais e as sociais são consagrações que possibilitam o exercício da pluralidade dos direitos. A necessidade efetiva de dar suporte às garantias leva às indagações sobre sua codificação. (...) Todos esses temas são necessários à elaboração definitiva da Teoria geral do processo constitucional." (BARACHO. **Direito Processual Constitucional**: aspectos contemporâneos, p. 46-49).

[343] Destaque também aqui para as obras de: PEREIRA. **Hermenêutica filosófica e Constitucional**, 2001. VIEITO. **Da hermenêutica constitucional**, 2000. DINIZ. **Constituição e Hermenêutica constitucional**, 2002. MEDINA. **Direito Processual Constitucional**, 2006. GUERRA FILHO. **Teoria Processual da Constituição**, 2007. GUERRA FILHO. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**, 2007. SILVA. **Da jurisdição constitucional**, 2002. ZANETI JÚNIOR. **Processo Constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro, 2007. DANTAS. **Constituição & Processo**, 2007. TAVARES. **Constituição, Direito e Processo**: princípios Constitucionais do Processo, 2007.

[344] JAYME. **Tribunal Constitucional**: exigência democrática, p. 55. E, complementa o mesmo autor afirmando que "a constitucionalização dos direitos fundamentais coloca o Processo Constitucional como instrumento essencial à dignidade humana, já que os textos constitucionais não mais disciplinam apenas a organização do Estado em si mesmo, mas também as relações desse com os cidadãos. O leque dos direitos constitucionalizados foi ampliado consideravelmente ao serem classificados em direitos fundamentais sociais, econômicos e políticos, demandando efetiva e contínua garantia através do Processo Constitucional." (JAYME. **Tribunal Constitucional**: exigência democrática, p. 58).

vez que afirma: “Jurisdição constitucional é a função exercida para a proteção e para a manutenção da supremacia constitucional.”[345]

Faz-se também oportuna e adequada a introdução às reflexões pertinentes acerca da função jurisdicional no Estado, a que subseqüente se apresenta, perpetuando os ensinamentos de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, que afirma

> na concepção principiológica e constitucional de Estado Democrático de Direito,[346] a chamada função jurisdicional ou simplesmente **jurisdição é atividade-dever do Estado, prestada pelos seus órgãos competentes, indicados no texto da Constituição, somente possível de ser exercida sob petição da parte interessada (direito de ação) e mediante a indispensável garantia do devido processo constitucional**. [grifos nossos] Em outras palavras, a jurisdição somente pode ser desenvolvida ou prestada por meio de processo instaurado e desenvolvido em forma obediente aos princípios e regras constitucionais, entre os quais avultam o juízo natural, a ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela (defesa) inerentes, o contraditório e a fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais com base no ordenamento jurídico vigente (princípio da legalidade ou da reserva legal), com o objetivo de realizar imperativa e imparcialmente o direito. É o que a doutrina italiana chama de modelo constitucional do processo[347]

e que

> no Brasil, a rigor, toda jurisdição é constitucional, pois os órgãos jurisdicionais, quaisquer que sejam, não só podem como devem apreciar e decidir as questões constitucionais suscitadas em qualquer processo, nos casos concretos levados à sua apreciação para julgamento; a partir daí, lógica e conseqüentemente, todos os órgãos jurisdicionais são (ou devem ser) órgãos da jurisdição constitucional.[348]

Diante de premissa tão elucidativa, convém apenas maturar o tema, destacando aquilo que lhe é mais relevante.

Confere legitimidade ao exposto, os estudos desenvolvidos na esfera da teoria geral do processo constitucional – diretamente ligados e envolvidos ao tema –, que recolhem na doutrina o entendimento que aponta a *jurisdição constitucional*[349] como atividade jurisdicional exercida pelo Estado com o objetivo de tutelar o princípio da supremacia da Constituição e o de proteger os direitos fundamentais da pessoa humana nela estabelecidos, meta esta possível a partir do controle de

---

[345] BARACHO. **Direito Processual Constitucional**: aspectos contemporâneos, p. 50. No mesmo sentido: BARACHO. Teoria Geral do Processo Constitucional. **Revista Forense**, v. 102, p. 131-179. BARACHO. Teoria Geral da Justiça Constitucional. **Revista Forense**, v. 101, p. 149-177.

[346] BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. Apontamentos sobre o Estado Democrático de Direito. **Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais**, v. 9, p. 230.

[347] BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Processo Civil Reformado**, p. 225.

[348] BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**, p. 92.

[349] Cf. CATTONI DE OLIVEIRA. O processo constitucional como instrumento da jurisdição constitucional. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 3, p. 165.

constitucionalidade das leis ordinárias e dos atos estatais que estivessem em contrariedade aos preceitos constitucionais; perfilhados no exame da matéria jurídico-constitucional em consenso à fixação de uma estrutura de garantias, com mecanismos efetivos, que protegesse e assegurasse a efetividade daqueles direitos.[350]

As garantias processuais constitucionais, reconhecidas também como tutela constitucional do processo (devido processo legal, recurso de amparo, recurso de proteção, recurso constitucional, ação direta de inconstitucionalidade, mandado de segurança, *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de injunção, ação popular, cada um dentro de suas especificidades), definiram o sistema de proteção dos direitos fundamentais, que impõe ao Estado o exercício da jurisdição constitucional para efetivação dos direitos fundamentais em situações concretas, bem como do controle de constitucionalidade das leis ordinárias e dos atos normativos estatais.[351]

Foi a partir de estudos de Mauro Cappelletti [352] que se designou os mecanismos processuais dirigidos especificamente à tutela dos direitos fundamentais consagrados na Constituição e os órgãos jurisdicionais encarregados de realizá-la, como *jurisdição constitucional da liberdade*;[353] que o autor identifica com justiça constitucional e a considera função jurisdicional de tutela e atuação dos preceitos da Constituição, abrangendo o controle de constitucionalidade das leis e os mecanismos de tutela dos direitos de liberdade do ser humano.[354]

Em Portugal, como que no direito brasileiro, dividem-se entre *jurisdição difusa* e *jurisdição concentrada*, os sistemas que compõem as modalidades de efetivação da jurisdição constitucional. Essa complexa estrutura permite que, por meio da jurisdição difusa, qualquer órgão jurisdicional exerça o controle de

---

[350] Cf. AROCA. **Principios del proceso penal**: una explicación basada em la razón, p. 21.
[351] Cf. CRUZ. **Jurisdição Constitucional Democrática**, p. 247.
[352] CAPPELLETTI; GARTH. **Acesso à justiça**, 1988.
[353] No entanto, cabe observar pequeno equívoco terminológico de Mauro Cappelletti ao disciplinar as três "ondas" como método de "acesso à 'justiça'", quando o correto seria "acesso à 'jurisdição'". Referida questão ainda não foi superada por alguns interpretes de Cappelletti, conforme José Mário Wanderley Gomes Neto, ao afirmar que "as três 'ondas da atividade reformadora dos sistemas processuais inspiradas no método do acesso à justiça e assim nomeadas por Cappelletti e Garth, apresentando propostas de mudanças com vistas a diminuir os entraves em juízos, originados em três questões de ordem fática: a pobreza econômica; a pobreza organizativa; os obstáculos endoprocessuais à realização dos direitos. Vimos que todas estas 'ondas' foram recepcionadas pelo direito brasileiro, sendo fonte de diversas construções doutrinárias e legislativas, com resultados palpáveis e de grande repercussão, mas ainda passíveis de crítica" (GOMES NETO. **O acesso à justiça em Mauro Cappelletti**: análise teórica desta concepção como 'movimento' de transformação das estruturas do processo civil brasileiro, p. 104-105).
[354] BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**, p. 91.

constitucionalidade das leis e dos atos normativos de forma concreta e incidental; já na jurisdição concentrada, por sua vez, o mesmo controle de constitucionalidade é atributo exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal (STF), mediante provocação das pessoas legitimadas a tanto no texto constitucional, de acordo com o devido processo legal, que aspira um pronunciamento final com eficácia para todos.

A função jurisdicional, no Estado Democrático de Direito, é serviço público dependente de provocações dos interessados, e consiste em cumprir e fazer cumprir as normas do Direito Positivo, realizando o ordenamento jurídico, por meio de um procedimento legalmente estruturado e informado pelos princípios do contraditório e da ampla defesa.[355] Vale ainda ressaltar que não tem esta atividade cunho caritativo, mas sim, qualifica-se na obrigação consagrada no poder-dever do Estado, que, por este motivo, converte-se em direito fundamental, adquirido pela garantia do devido processo constitucional, a todos da sociedade (governantes e governados).

A partir de tais considerações, pode-se dizer que também nas decisões jurisdicionais, há necessidade da atividade preparatória do pronunciamento com a participação dos afetados em simétrica paridade, permitindo-se a consideração de argumentos de todos (inclusive minorias), em respeito aos direitos e garantias fundamentais, principalmente os elencados explicita e implicitamente na Constituição de 1988, tudo em respeito ao Estado Democrático de Direito.

4.6 Principiologia

Destaque-se aqui o estudo dos princípios do processo penal[356] insculpidos na Constituição de 1988, "sob rigorosa e moderna disciplina constitucional principiológica (devido processo constitucional),"[357] como a principal meta do modelo constitucional do processo, parâmetro para "uma inafastável estrutura metodológica normativa (devido processo legal)"[358], com especial observância ao contraditório e à ampla defesa, vistos sob o prisma do princípio do Estado Democrático de Direito,

[355] BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo na reforma do judiciário. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 8, p. 232.
[356] Com a observância das clássicas obras de James Goldschmidt (**Princípios Gerais do Processo Penal**, 2002) e Enrico Ferri (**Princípios de Direito Criminal**, 1996), ambas já traduzidas para o português.
[357] BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Processo Civil Reformado**, p. 226.
[358] BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Processo Civil Reformado**, p. 226.

todos institutivos e informativos do processo, tornando tema de mais alta relevância para a problemática em debate, com a finalidade de resgatar o espírito constitucional.

4.6.1 Devido processo legal

O preceito constitucional que disciplina *"ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal"* (CR/88, art. 5º, inciso LIV) é fundamental a estrutura do Direito Processual Constitucional e dos demais princípios que regulam o processo.[359]

O princípio do devido processo legal é originário do inglês[360] *due process of law* e, a partir do acesso à jurisdição, representa o direito de deduzir pretensão e de se defender amplamente em juízo, bem como o direito a um pronunciamento judicial final, com respeito ao contraditório e a paridade de armas dos participantes.

---

[359] Destaque para os apontamentos de Zamira de Assis, em recente pesquisa sobre o tema: "Em uma concepção de processo como garantia constitucional 'ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal' (art. 5º, LIV, CF/88). O devido processo legal é o pilar de sustentação do Estado Democrático de Direito cuja vulneração, sob qualquer justificativa, não encontra fundamentação que respeite sua integralidade. Ou seja, não é possível excepcionar do 'devido processo' situações de urgência ou de perigo sem destruí-lo. (...) Esta tem sido a justificativa apresentada pelos que defendem a onda reformista que vem introduzindo no ordenamento jurídico brasileiro verdadeiros 'comandos de força', 'palavras de ordem', subsidiados por intensa penalização à margem da Constituição Federal e em franca oposição ao Estado Democrático de Direito por ela instituído. Acontece que a doutrina pátria que incentiva (quando não influencia) essa 'instrumentalização autoritária e autocrática' do processo (procedimento), não conduz sua investigação em bases teórico-discursivas. O não esclarecimento das bases teóricas é que viabiliza a fartura de autoritarismo que, deslocada de seu detentor legítimo (povo), vai repousar na figura de um decisor. O interessante é observar que grande parte das inovações legislativas vem em socorro da morosidade da resposta do judiciário, mas não para aceleração da resposta e sim, para supressão da participação das partes no procedimento, fazendo com que a 'justiça' seja distribuída de forma solipisista pelo julgador e não 'processualizada' pelas partes em contraditório no espaço-tempo procedimental desde o processo legislativo. A efetividade tem sido tratada como adjetivo da atuação do judiciário e não como substantivo do direito vigente no país. (...) Finalmente, o uso da força para garantir a autoridade da lei é forma primitiva de manutenção da ordem, atuando como um círculo vicioso de resistência-coação-resistência, incapaz de garantir efetividade enquanto se conceber a democracia como um lugar a ser ocupado por pessoas investidas em cargos de poder, absolvendo o descaso dos agentes governativos na implementação dos direitos fundamentais." (ASSIS. **Urgências de tutela**: processo cautelar e tutela antecipada, reflexões sobre a efetividade do processo no Estado Democrático de Direito, p. 186-188).

[360] "O devido processo legal é uma criação do sistema jurídico do *common law*, que foi incorporado pelo sistema romano-germânico, pela inevitabilidade de garantir o indivíduo contra qualquer arbitrariedade ao seu patrimônio jurídico." (JAYME. O devido processo legal. **Revista da Faculdade de Direito**, v. 3, p. 72).

O princípio do devido processo legal deve vir manifestado em todos os níveis do procedimento[361], além de ter como fundamento e alcance a invalidação de leis, normas e atos arbitrários que restrinjam direitos fundamentais sem justificativa plausível e relevante.

Destaca-se do dispositivo constitucional (CR/88, art. 5º, inciso LIV) as palavras "liberdade" e "bens", ambas empregadas em sentido amplo, a primeira para todos os tipos de liberdade (física e expressão) e a segunda para bens materiais e imateriais (honra e dignidade),[362] englobando portanto todos os tipos de ações e decisões judiciais.

O devido processo legal (estrutura normativa metodológica) pode ser melhor compreendido em conjunto com o devido processo constitucional (disciplina constitucional principiológica), que representam os pilares do Estado Democrático de Direito, inadmitindo o fato de o processo ser instrumento para a realização da justiça entre os homens, já que os provimentos estatais só serão considerados legítimos quando construídos em participação isonômica, em contraditório e em ampla defesa, pelos seus próprios destinatários.

4.6.2 Contraditório e ampla defesa

É na norma constante do art. 5º, inciso LV da Constituição de 1988,[363] que se encontram disciplinados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Há que se ter em mente a diferenciação entre contraditório e ampla defesa, valendo ensinamentos de Dierle José Coelho Nunes[364], ao colacionar entendimento de Andolina e Vignera, afirmando que o contraditório visa a disciplinar as relações dos titulares dos interesses contrapostos (as partes), enquanto que a ampla defesa

---

[361] CUNHA CAMPOS. Garantias constitucionais e processo. **Revista da AMAGIS**, v. V, p. 76.

[362] Acresce-se o necessário e devido respeito aos direitos personalíssimos (vida privada, intimidade, honra e imagem) dos envolvidos no processo penal, em especial o investigado ou acusado, consagrando a presunção de inocência (antes da sentença penal condenatória, com trânsito em julgado) e o direito de ressocialização do sentenciado (após a sentença penal condenatória, com trânsito em julgado), limitadores à publicidade pelos meios de comunicação. Cf. VIEIRA. **Processo Penal e Mídia**, p. 128. PEREIRA. **Liberdade e responsabilidade dos meios de comunicação**, p. 273-274.

[363] Art. 5º, inciso LV da Constituição de 1988: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, como os meios e recursos a ela inerentes".

[364] NUNES. **Direito Constitucional ao Recurso**: Da Teoria Geral dos Recursos, das Reformas Processuais e da Comparticipação nas Decisões, p. 146.

tem como fundamento estabelecer uma forma organizatória entre as relações destas mesmas partes com o juiz.

Assim, de uma forma mais ampla, o contraditório[365] se traduz nas mesmas oportunidades que devem ser dadas às partes de serem ouvidas no processo, por intermédio do chamado contraditório recíproco, como também da paridade de tratamento, mesmos instrumentos processuais e da liberdade de discussão da causa, fazendo valer seus direitos e pretensões, ajuizando ação e apresentando resposta, requerendo e realizando provas, interpondo recursos das decisões judiciais e apresentando resposta.

Daí que, para Flaviane de Magalhães Barros:

> o contraditório entre os interessados e os contra-interessados não pode ser entendido como mera participação destes sujeitos no processo, mas a participação em simétrica paridade. É esta participação em simétrica paridade que define o contraditório, nesta nova concepção.[366]

No entanto, Brêtas de Carvalho Dias[367] amplia a compreensão, respaldado em Paulo Roberto de Gouvêa Medina[368] e José Lebre de Freitas[369], afirmando que a visão moderna do conceito de contraditório perpassa por uma garantia de efetiva participação dos envolvidos no litígio, através da plena igualdade em todos os atos processuais que sejam potencialmente importantes (fatos, provas, questões de direito; elementos ligados ao objeto da causa) e possam influir no provimento final, pelo que se reporta ao conteúdo normativo do art. 16 do *nouveau côde de procédure civile* francês em que "o juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele próprio o princípio do contraditório".[370]

Por sua vez, o princípio da ampla defesa regula as relações existentes entre as partes e o juiz, até que este último explicite a função jurisdicional tutelando as partes litigantes através da atividade realizada no curso do procedimento.

E, nos dizeres de Andréa Alves de Almeida[371]:

---

[365] E, como alerta Paolo Ferrua, "l'importanza del contraddittorio nell'accertamento giurisdizionale" [Tradução: A importância da detecção do contraditório judicial] (FERRUA. **Le ragioni del garantismo**: discutendo com Luigi Ferrajoli, p. 222).

[366] BARROS. O processo, a jurisdição e a ação sob a ótica de Elio Fazzalari. **Virtuajus**, v. 1, p. 7.

[367] Para Brêtas o contraditório não se resume no dizer e contradizer, mas têm seus fundamentos no respeito a não surpresa. (BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Processo Civil Reformado**, p. 221).

[368] MEDINA. Sentença emprestada: uma nova figura processual. **Revista de Processo**, v. 135, p. 155-156 e 159.

[369] FREITAS. **A ação executiva depois da reforma**, n. 1.6, p. 27-28.

[370] BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Processo Civil Reformado**, p. 232-233.

[371] ALMEIDA. **Processualidade jurídica & legitimidade normativa**, p. 71.

> A ampla defesa é co-extensiva aos princípios do contraditório e da isonomia, porque se faz nos limites temporais do procedimento em contraditório. A defesa (argumentação) irrestrita só se efetiva pela participação dos advogados das partes ou interessados na estruturação dos procedimentos jurisdicionais, sejam ordinários, sumários, especiais ou extravagantes, porque a defesa apenas poderá ser exercida de forma plena e ampla quando o direito à liberdade e de acesso à informação não for limitado.

O contraditório e a ampla defesa estão presentes também em normas internacionais, como o Pacto de São José da Costa Rica, que, entre as garantias mínimas (art. 8º), disciplina o direito de toda pessoa de ser comunicada previamente e de maneira pormenorizada da acusação proposta, bem como de participar da relação processual.

Portanto, os direitos de ação e de defesa são fundamentais aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, e representam a participação dos interessados no processo decisório, certamente influindo na esfera jurídica pelo ato final do procedimento.

4.6.3 Inafastabilidade da prestação da tutela jurisdicional

A Constituição de 1988 traz, no art. 5º, inciso XXXV[372], uma norma que, apesar de ter na destinação principal o legislador, atinge a todos sem distinção, não impedindo a qualquer jurisdicionado deduzir pretensão.

O texto consagra o princípio da inafastabilidade da prestação da tutela jurisdicional, também denominado direito de ação. O que significa dizer que todos têm acesso ao judiciário para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito, ficando aqui contemplados não só os direitos individuais, como também os difusos e coletivos.[373]

A observância desse princípio pressupõe o respeito às prerrogativas da Função Jurisdicional, ao *devido processo legal*, ao *contraditório*, à *ampla defesa*, ao

---

[372] Art. 5º, inciso XXXV da CF: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

[373] Cf. NERY JÚNIOR. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**, p. 100.

juízo natural, [374] à imparcialidade do julgador, à isonomia processual, dentre outros.[375]

Será ofensiva ao princípio constitucional do direito de ação, portanto, a lei infraconstitucional que impedir a concessão da tutela *adequada*, já que reside na essência do princípio, o fato do jurisdicionado encontrar neste o direito de obter do Judiciário a tutela jurisdicional *adequada*[376].

Note-se, ainda, que o direito à tutela jurisdicional não se confunde com o direito de petição, este último garantido pelo art. 5º, inciso XXXIV, *a*, da CF, conforme experiência haurida do estado liberal.[377] O direito de que trata o artigo, visa a garantir que se possa reclamar, junto aos poderes públicos em defesa de direitos contra ilegalidade ou abuso de poder, caracterizando-se, desta forma, como um direito político.

4.6.4 Motivação das decisões judiciais

A motivação das decisões judiciais passou a ser considerada instrumento de controle popular e difuso sobre a atividade judicial, pela primeira vez na história das instituições, a partir de sua consagração na lei de organização judiciária editada na França revolucionária, sendo incluída em seguida no texto da Constituição do ano III, em fins do século XVIII.

---

[374] Brêtas colaciona justificativas, aqui adotadas, sobre a terminologia "juízo natural", no lugar da equivocada expressão "juiz natural", creditando o primeiro uso do termo a Rosemiro Pereira Leal (TGP), pelo que "cumpre-nos alinhar as razões de ordem terminológica que justificam nossa referência ao juízo natural, no lugar da expressão juiz natural, majoritariamente adotada nos textos jurídicos. Por primeira, dito princípio tem assento constitucional, como se depreende da regra do inciso XXXVII, do artigo 5º da Constituição, ali se fazendo referência tecnicamente correta ao juízo — e não ao juiz — ao prescrever: 'não haverá juízo ou tribunal de exceção'. Por segunda, há de se convir que a expressão juízo revela designação jurídica mais qualificada tecnicamente do órgão jurisdicional incumbido de exercer a função jurisdicional (por isto, nomenclatura constitucional), enquanto o termo juiz indica o agente público investido pelo Estado do poder de julgar (por exemplo, regras do artigo 93, incisos I e VI, e do artigo 95 da Constituição Federal)." (BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Processo Civil Reformado**, p. 227).

[375] Cf. SANTOS FILHO. **A dogmatização da ampla defesa**: óbice à efetividade do processo, p. 147.

[376] Sobre o termo *adequada*, Nelson Nery Junior, esclarece, na obra "Princípios do Processo Civil na Constituição Federal", p. 100, que: "pelo princípio constitucional do direito de ação, todos têm o direito de obter do Poder Judiciário a *tutela jurisdicional adequada*. Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja a *adequada*, sem o que estaria vazio de sentido o princípio. Quando a tutela adequada para o jurisdicionado for medida urgente, o juiz, preenchidos os requisitos legais, tem de concedê-la, independentemente de haver lei autorizando, ou, ainda, que haja lei proibindo a tutela urgente.

[377] Cf. NERY JÚNIOR. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**, p. 101.

Sua utilidade como forma de controle disciplinar sobre a atuação dos juízes, mesmo que restrito à esfera interna do processo, deu-se a partir dos Estados Absolutos, quando a exigência de motivação das decisões judiciais adquiriu relevância.

A motivação das decisões judiciais é constituída "na medida em que serve para impor *limites* ao exercício da jurisdição no Estado democrático, exigindo que o juiz submeta à opinião pública – a expressão da soberania popular – as razões de suas decisões". Torna-se, constituída desta forma, eficiente barreira de proteção do indivíduo contra violações arbitrárias.[378]

A obrigatoriedade de motivação tem, ainda, entre suas várias características, a de vincular os pronunciamentos judiciais à *legalidade*, princípio essencial do Estado de direito, a impedir os espaços de criação (discricionariedade judicial na sua aplicação) e que sejam preenchidos de forma arbitrária e ilegítima.

Garante, também, através da previsibilidade das decisões jurídicas, ou, certeza do direito, outra garantia advinda da motivação: o controle da racionalidade nas decisões apresentadas pelos juízes, nas justificações, sabendo-se assim, se o direito é certo.

O princípio da motivação exaustiva, aliás, já é consagrado em vários países, como alertam Andrés de la Oliva Santos, Sara Aragoneses Martínez, Rafael Hinojosa Segovia, Julio Muersa Esparza, José Antonio Tomé García, em obra coletiva[379] na Espanha.

Revela, assim, seu valor fundamental, no plano processual, ao assegurar a concreta apreciação das questões de direito e de fato discutidas no processo, ou seja, a efetividade da cognição judicial, dificultando, desta forma, que as decisões consistam-se do produto da vontade pessoal do juiz.

Para José Alfredo de Oliveira Baracho[380]

> o direito à tutela judicial efetiva decorre da proteção jurisdicional dos direitos fundamentais, como de qualquer outro direito ou interesse legítimo. Pode inspirar-se nos procedimentos para cada caso, previsto pelas leis processuais ordinárias.

E, de acordo com Brêtas,[381] no processo, as *razões* de justificação (argumentos) das partes, envolvendo as razões da discussão (questões), produzidas

---

[378] GOMES FILHO. **A Motivação das Decisões Penais**, p. 241.
[379] SANTOS *et al*. **Derecho Procesal Penal**, p. 557-558.
[380] BARACHO. **Direito Processual Constitucional**: aspectos contemporâneos, p. 59.

em contraditório, constituirão base para as razões da decisão, e aí encontramos a essência do dever de fundamentação, permitindo a geração de um pronunciamento decisório participado e democrático. [382]

4.6.5 Direito à prova e seu ônus no Direito Processual Penal

Corolário dos princípios do direito de ação e da ampla defesa, o princípio do direito à prova e seu ônus encontram subsídio no instituto da prova, concebido no direito processual.

O instituto jurídico da prova tem como fundamento o exercício lógico da demonstração de existência ou inexistência de pessoa, coisa, fato, ato ou situação jurídica, sendo que provar nada mais é do que representar e demonstrar, instrumentalizando, os elementos de prova pelos meios de prova.[383]

Aqui, valem ensinamentos de André Cordeiro Leal,[384] que faz expressa correlação entre a figura do juiz, o instituto da prova e o contraditório entre as partes, afirmando que

> o juiz não goza de liberdade na apreciação da prova, porque a prova passa a ser entendida como instituto jurídico que orienta a extração, da realidade extra-autos, dos chamados elementos de prova. Esses elementos se formalizam nos instrumentos pelos meios legalmente previstos. E tais expedientes devem ser estruturados de maneira dialógica, de maneira que reste afastada a possibilidade de o juiz extrair dos autos algum fato ou circunstância "não alegados pelas partes', conforme autoriza o Código de Processo Civil, em seu art. 131, porque esse fato ou circunstância sequer prova seria. É que somente se poderia imaginar presentes nos autos os fatos que já passaram pelo crivo do contraditório. Eles só chegam os autos mediante reconstrução pelos destinatários do ato decisional. Por conseguinte, o juiz tem que se manter adstrito à prova dos autos. Não qualquer prova, mas somente aquela que tenha sido compartilhadamente produzida pelas próprias partes, em consonância com os meios legalmente previstos. Ao juiz não seria dado reconhecer a existência de fato que não foi objeto da prova (entendida, essa, conforme se afirmou, como instituto jurídico garantidor da dialogicidade na reconstrução dos fatos), porque tal lhe tornaria ilegítima a sentença.

Quanto ao ônus da prova no direito processual penal, temos que, em razão do princípio da inocência, cabe à acusação a obrigação da prova em juízo.

---

[381] Cf. BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Processo e Constituição**, p. 571
[382] BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Processo e Constituição**, p. 575.
[383] LEAL. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, p. 297.
[384] LEAL. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**, p. 106-107.

Ocorre que, importante destacar, há natural e implícita inversão do ônus da prova em face do acusado, quando a acusação reúne provas para sustentar a asserção condenatória, cabendo ao acusado a contra-prova (inocência ou excludentes de ilicitude), sob pena de, por simples asserção contrária, em contradição à asserção fundamentada do acusador, vir a ser condenado.[385]

4.6.6 Direito à não auto-incriminação e ao silêncio

O tema em destaque deriva-se do princípio constitucional da ampla defesa, pelo qual ninguém é obrigado a se auto-incriminar, não podendo o suspeito ou acusado ser forçado, ser obrigado, a produzir prova contra si mesmo, a fim de garantir a defesa – diante de uma infração penal imputada – a todo e qualquer acusado.

Destina-se ao indiciado ou acusado o direito ao silêncio, extensão do princípio da não auto-incriminação. Isto significa dizer que essa extensão tornou o direito ao silêncio uma garantia constitucional, conforme consagrado no art. 5º, inciso LXIII da Constituição de 1988[386] e reforçado no Estatuto Processual Penal. Possibilitou-se ao réu, então, silenciar-se, confessar ou negar, no interrogatório de mérito, momento este em que se busca a identificação e individualização da personalidade do acusado, não cabendo a este a prestação de compromisso.

Concluída a fase inicial de identificação, sobre a pessoa do acusado, passando-se à segunda parte, relativa aos fatos imputados a ele, cabe ao juiz dar conta ao acusado dos elementos probatórios até então reunidos, cientificando-o de seu direito de ficar em silêncio, ocorrendo de modo efetivo, a partir de então, o exercício da autodefesa, na medida em que pode o acusado responder o que bem entender ou permanecer em silêncio, sem que isso possa ser levado em prejuízo de sua defesa.[387]

4.6.7 Duplo grau de jurisdição

---

[385] Cf. MALATESTA. **A lógica das provas em matéria criminal**, p. 139-143.
[386] Art. 5º LXIII – CR/88: "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado."
[387] Cf. CAPEZ. **Curso de processo penal**, p. 331-332.

Esse princípio inclui-se entre as garantias processuais pelo seu caráter de reexame das decisões, em seus aspectos de fato e de direito, ou o *duplo grau de jurisdição*.

Embora a doutrina traga objeções e dúvidas em relação à função garantidora do princípio ora tratado, não será o objeto de estudo, seu caráter problemático, mas sim aquele que o relaciona como garantia processual.

Nesse sentido, Antônio Magalhães Gomes Filho o reconhece como "instrumento de controle sobre o exercício do poder jurisdicional, que assegura a correção dos provimentos e, concomitantemente, tutela os direitos controvertidos no processo, sobretudo aqueles direitos fundamentais do acusado que estão em jogo no processo penal"[388]. E acrescenta ainda o autor:

> Trata-se, assim, de um enfoque que privilegia o valor *político* das impugnações, relacionado-as à exigência geral de controle sobre a atuação dos órgãos estatais: se o Estado de direito é caracterizado pela *limitação do poder*, nada mais natural que as manifestações concretas do exercício desse poder estejam sujeitas à reapreciação de outros órgãos legitimamente investidos de um *poder de controle*, como ocorre em relação aos tribunais previstos na própria Constituição.
> [...]
> Assim, ainda que, de um lado, nada possa assegurar que uma segunda decisão seja *a* mais justa, não se pode negar, por outro lado, que a possibilidade de reexame aumenta efetivamente a *chance* de que isso ocorra, o que não deixa de ser significativo para a *qualidade* do pronunciamento jurisdicional.[389]

A importância desse princípio posiciona-o entre as garantia do devido processo, seja como instrumento que propicia um grau mais elevado de correção dos pronunciamentos jurisdicionais, seja, especialmente no processo penal, como meio de proteção do indivíduo submetido à persecução; por tratar-se, sobretudo, de um desdobramento do direito à ampla defesa, conforme esclarece Antônio Magalhães Gomes Filho[390].

4.6.8 Presunção de inocência

[388] GOMES FILHO. **A Motivação das Decisões Penais**, p. 45.
[389] GOMES FILHO. **A Motivação das Decisões Penais**, p. 45-46.
[390] Cf. GOMES FILHO. **A Motivação das Decisões Penais**, p. 47.

O princípio da presunção de inocência, também conhecido como princípio do estado de inocência, enuncia que ninguém será considerado culpado senão após o trânsito em julgado de sentença condenatória (art. 5º, inciso LVII da CR/88).

Tem por principal fundamento a proibição ao excesso, representado pela impossibilidade de antecipação dos efeitos da condenação antes do trânsito em julgado, que, por sua vez, refletem no cumprimento da pena, na perda da primariedade, e na execução civil da condenação.

No mais, na prática, observa-se que, quando iniciada a ação penal contra o acusado e estabelecida sua constrição provisória, fica minorado o princípio da presunção de inocência, uma vez que antecipado o exame, ainda que precário e superficial, da culpabilidade e da responsabilidade pelo fato imputado, que pode perdurar até a sentença final.[391]

Mas, frise-se que não existe presunção de veracidade dos fatos criminais narrados, ou melhor, não existe no processo penal o instituto da confissão ficta, e isto, nem quando o acusado não contesta os fatos descritos na denúncia, pelo que a regra é clara ao estabelecer que o acusado não pode ser tratado como condenado antes do trânsito em julgado final da sentença condenatória (CR, art. 5º, LVII).[392]

No estudo do Direito Comparado, apesar de nem sempre reconhecida formal e indiretamente na legislação, a presunção de inocência é, antes de qualquer avaliação mais precisa, uma garantia de natureza geral[393], conforme disposta no art. 6º da Convenção Européia de Direitos do Homem.

Por todo continente europeu a presunção de inocência é reconhecida como um princípio cardinal da justiça criminal. Foi oficialmente reconhecida na França, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. De forma similar na Alemanha e Bélgica, a Convenção Européia de Direitos do Homem forma a base textual essencial da presunção. Já na Itália, o princípio formulado em 1948 pela Constituição, de acordo com o qual o acusado "não é considerado culpado até a decisão final", coexiste com aquele relativo na Convenção Européia de Direitos do Homem. Este documento transnacional recebeu eficácia direta na Inglaterra — onde a base legal da presunção era exclusivamente a jurisprudência — a partir do Ato sobre Direitos Humanos de 1998.

---

[391] Cf. BECHARA. **Prisão cautelar**, p. 101.
[392] Cf. GOMES. **Princípios gerais do Direito Processual Penal**, p. 06.
[393] Que surge antes mesmo do exercício de direitos "durante o transcurso do processo". CHIAVARIO. **Processos penais da Europa**, p. 574.

A importância desse tópico se dá especialmente por seu reconhecimento em termos formais e em diferentes níveis na hierarquia das normas nos diferentes sistemas legais, especialmente pelo fato de que a presunção é, de algum modo, relacionada ao "direito a um processo judicial", tanto quanto se tem em conta o acusado, que vislumbra, neste sentido, uma pré-condição para a inocorrência de uma condenação arbitrária.[394]

4.6.9 Proporcionalidade

Considerando a importância do *princípio da proporcionalidade,* que leva Willis Santiago Guerra Filho a identificá-lo como sendo o "princípio dos princípios"[395], a ele foi reservado discorrer mais detalhadamente.

Apesar do *princípio da proporcionalidade* não encontrar texto expresso no ordenamento jurídico brasileiro, nas relações com o Direito, sabe-se, desde muitos séculos, têm tido relevante destaque.

A concepção grega relacionava *proporcionalidade* à idéia de harmonia, beleza, equilíbrio, bondade, sendo seu inverso, a extravagância, geradora do sofrimento. Percepções estas condutoras do comportamento social à época[396].

Aristóteles mesmo concluíra que a *justiça realiza um certo tipo de proporção*. Raciocínio utilizado como base do que teorizou como *justiça distributiva* que teria na *justa medida* — alcançada na equidade e na prudência —, a limitação dos excessos e garantia aos indivíduos do que lhes era merecido[397].

Foi, entretanto, no século XIII, quando a *Magna Charta Libertatum* estabeleceu que "O homem livre não deve ser punido por um delito menor, senão na medida desse delito, e por um grave delito ele deve ser punido de acordo com a

---

[394] O que demanda redobrada atenção no caso das prisões cautelares, visto que se devem observar os direitos dos presos provisórios, diante da presunção de inocência, com tratamento diferente para os condenados em definitivo. Exemplo: prisão especial para os presos provisórios com curso superior. (Cf. COGAN. **Prisão Especial**, p. 22).

[395] GUERRA FILHO. **O princípio constitucional da proporcionalidade**, p. 69.

[396] BRAGA. **Princípios da proporcionalidade & da razoabilidade**, p. 69.

[397] O filósofo assim destaca: "chegamos à conclusão de que a justiça realiza um certo tipo de proporção. Raciocínio legítimo, porque o fato de ser proporcional não é uma característica própria do número abstrato, mas uma propriedade numérica geral. A proporção é uma igualdade de razões, ou uma relação entre grandezas da mesma espécie. [...] Tudo isso nos possibilita concluir que o justo – no sentido em que aqui entendemos – é o proporcional, e que o injusto, ao contrário, é o que nega a proporção". (ARISTÓTELES. **Da Justiça**, p. 20-21).

gravidade do delito", que se fixou um marco para o surgimento do *princípio da proporcionalidade*, como neste tópico será tratado[398].

Observa Celso Seixas Bastos que esse princípio amolda-se àqueles considerados implícitos, visto que não expresso no corpo da Constituição de 88, mas "por consagrarem, em si, um determinado valor, que se lhes encontra subjacente, elevam-no a um nível que, embora abstrato, confere-lhe a nota da generalidade, própria dos princípios"[399]. Assim também considera Helenilson Cunha Pontes, para quem "a proporcionalidade constitui ainda princípio implícito no direito brasileiro, haja vista a sua não consagração expressa no texto constitucional, e princípio pleno ou genérico uma vez que vincula todos os agentes públicos"[400]. Paulo Bonavides, por sua vez, sintetiza que o princípio da proporcionalidade está na classe daqueles mais facilmente compreendidos do que definidos, esclarecendo, baseado em Pierre Muller, que são sujeitos do princípio da proporcionalidade tanto aqueles que estão no poder quanto aqueles ao poder submetidos[401].

Da doutrina, extrai-se, portanto, que todos os princípios jurídicos, inclusive os implícitos[402], têm correlação direta no ordenamento jurídico[403], havendo que reconhecer no *princípio da proporcionalidade* sua importância, em virtude de sua imposição natural nos sistemas de garantias fundamentais, que o torna elemento

---

[398] DILGUERIAN. Princípio constitucional da proporcionalidade e sua implicação no Direito penal. **Revista de Direito Constitucional Internacional**, v. 11, p.176.

[399] O autor ainda revela que "o conjunto de normas jurídicas é que são pressupostos dos princípios implícitos. Há alguns princípios implícitos que não se encontram na norma, mas, sem sombra de dúvidas, dela fazem parte". (BASTOS. **Hermenêutica e interpretação constitucional**, p. 97).

[400] O autor acrescenta acerca da semântica das expressões que "terminologicamente, o termo proporcionalidade contém uma noção de proporção, adequação, medida justa, prudente e apropriada à necessidade exigida pelo caso presente. Proporção, no entanto, é um conceito relacional, isto é, diz-se que algo é proporcional quando guarda uma adequada relação com alguma coisa a qual está ligado. Em suma, a idéia de proporcionalidade contém um apela à prudência na determinação da adequada relação entre as coisas. Nesse sentido, vale apontar que a palavra alemã para designar proporcionalidade (*Cerhältnismässigkeit*) deixa claro o conteúdo semântico da expressão, pois o termo *Verhältnis*, naquela língua, significaria proporção e também relação". (PONTES. **O princípio da proporcionalidade e o direito tributário**, p. 43-44).

[401] BONAVIDES. **Curso de direito constitucional**, p. 356.

[402] Ruy Espíndola elucida para melhor compreensão que "(...) podem os princípios constitucionais existir positivamente em outras partes do texto constitucional, como podem ser deduzidos da narrativa textual, desde que efetivamente compreendidos nos enunciados do texto, segundo revelarem os postulados metódicos de interpretação e concretização constitucional. Parte disso, corrobora, como é lícito concluir, a idéia de princípios constitucionais expressos e implícitos no sistema constitucional". (**Conceito de princípios constitucionais**, p. 182).

[403] Mirian Gonçalves Dilguerian colaciona algumas regras inclusas na Constituição de 88 carregadas da expressão de proporcionalidade com o conteúdo trazido do princípio implícito, quais sejam: art. 5º, V, X e XXV; art. 7º, IV, V e XXI; art. 36, § 3º; art. 37, IX; art. 40, § 4º e alíneas *c* e *d* do inc. III, além do inc. V do mesmo artigo; art. 45, § 1º; art. 71, VIII; art. 84, par. Ún.; art. 129, II e IX; art. 149, § 1; art. 170, *caput*; dentre outros. (DILGUERIAN. **Revista de Direito Constitucional Internacional**, v. 11, p. 181.

indissociável do documento jurídico que vise instituir um Estado Democrático de Direito.

A complexidade deste princípio situa-se também na esfera de sua nomenclatura e fundamento. Vários autores adotam no mesmo sentido a *finalidade* inserida no conceito do princípio (conforme acima cotejado), denominando-o, no entanto, como *princípio da razoabilidade* ou *princípio da proibição do excesso*[404]. No que tange às variações terminológicas, adquirem menos importância no direito brasileiro (que singularmente os entende), do que no direito norte-americano, que prefere a expressão *princípio da razoabilidade*, enquanto os alemães optam pelo termo *princípio da proibição do excesso*.

Advém, inclusive, do direito norte-americano[405] e do direito alemão, as influências maiores que fundamentam o princípio da proporcionalidade. A doutrina alemã entende que o princípio decorre do Estado de Direito, enquanto para os americanos sua origem identifica-se com o devido processo legal. Entende Joaquim José Gomes Canotilho, sobre este ponto, que "discutido é seu fundamento constitucional, pois, enquanto alguns autores pretendem derivá-lo do princípio do Estado de Direito, outros acentuam que ele está intimamente ligado com os *direitos fundamentais*"[406].

Os doutrinadores pátrios, por seu turno, dividiram-se entre aqueles que se filiam ao fundamento do princípio da proporcionalidade com assento no Estado de Direito, à luz do contexto constitucional normativo onde estariam os direitos fundamentais e os mecanismos a serem utilizados para sua proteção[407], e por outro lado, os que entendem o princípio fundado no devido processo legal[408]. Sobre este último, complementa Miriam Gonçalves Dilguerian

> o devido processo legal, em sentido material ou substantivo significa que toda lei que não for razoável, isto é, que não seja a *law of the land*, é

---

[404] A essa afirmação Humberto Ávila, contudo, discorda. Para ele não há princípio, mas sim um *postulado da proporcionalidade*, que não se confunde com a *proibição do excesso*, visto que veda a restrição da eficácia mínima dos princípios, e se distancia da razoabilidade já que esta exige, por exemplo, "a consideração das particularidades individuais dos sujeitos pelo ato de aplicação concreta do Direito, sem qualquer menção a uma proporção entre meios e fins". (ÁVILA. **Teoria dos princípios**, p. 165).

[405] O autor João Gualberto Garcez Ramos desenvolve o tema a partir do pragmatismo e o método da experimentação. (**Curso de Processo Penal norte-americano**, p. 65).

[406] CANOTILHO. **Direito constitucional**, p. 261-262.

[407] Sintonizam-se nesse entendimento os autores Suzana de Toledo Barros (**O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**, 2000) e Paulo Bonavides (**Curso de direito constitucional**, 2001).

[408] Concordam nesse ponto Celso Bastos (**Hermenêutica e interpretação constitucional**, 1999) e Luís Roberto Barroso (**Interpretação e aplicação da Constituição**, 1999).

> contrária ao direito e deve ser controlada pelo Poder Judiciário. Enquanto o devido processo legal em sentido processual, que mais foi consagrado pela doutrina brasileira em forma geral; na verdade se consubstancia no *procedural due process* e como exemplos tem-se a igualdade das partes no processo, a garantia do *jus actionis*, o respeito ao direito de defesa e ao contraditório.[409]

A citada autora, inclusive, entende que a noção de Estado Democrático de Direito [410] é mais abrangente e viria dela o fundamento do princípio da proporcionalidade, e assim justifica

> o art. 1º da CF traz como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil o fato de constituir-se num Estado Democrático de Direito, tendo como um dos fundamentos a dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana comporta em seu conteúdo muitos dos principais direitos fundamentais do sistema constitucional brasileiro, os quais, por conseguinte, constituem-se norte para a utilização do princípio da proporcionalidade.[411]

Em que pesem os conceitos apontados, consideramos o trazido por Mariá Brochado o mais sintético quanto aos *pressupostos* constantes no princípio da proporcionalidade, assim descritos no texto que se segue:

> o princípio da proporcionalidade se materializa na ponderação, que implica a melhor adequabilidade dos meios aos fins. E a melhor adequação é aquela que também é exigível, necessária, em última análise, a menos prejudicial ao "interesse fundamental" oposto.[412]

Canotilho, em contrapartida, encontra não *pressupostos*, mas sim *subprincípios* constitutivos do princípio. Lista-os como *subprincípios* da *conformidade* ou *adequação dos meios* (*Geeignetheit*); da *exigibilidade* ou *necessidade* (*Erforderlichkeit*) e da *proporcionalidade em sentido restrito* (*Verhältnismässigkeit*)[413]. A *adequação* seria o meio mais *apropriado* a ser utilizado para a realização de uma medida de interesse público, que vise alcançar determinado fim. A *exigibilidade* ou *necessidade* impõe aferir se para a realização daquele fim utilizou-se do meio menos

---

[409] DILGUERIAN. Princípio constitucional da proporcionalidade e sua implicação no Direito penal. **Revista de Direito Constitucional Internacional**, v. 11, p. 187-188.

[410] Que assim contextualiza: "No Estado constitucional democrático de Direito o poder político deriva do povo, o mesmo povo que dá legitimidade a Constituição do Estado, que limita o poder por meio do império da lei. [...] A tarefa primordial do Estado Democrático de Direito é instaurar um regime democrático e a justiça social, superando as desigualdades sociais e regionais". (DILGUERIAN. Princípio constitucional da proporcionalidade e sua implicação no Direito penal. **Revista de Direito Constitucional Internacional**, v. 11, p. 185-186).

[411] DILGUERIAN. Princípio constitucional da proporcionalidade e sua implicação no Direito penal. **Revista de Direito Constitucional Internacional**, v. 11, p. 188.

[412] BROCHADO. O princípio da proporcionalidade e o devido processo legal. **Revista e Informação Legislativa**, n. 155, p.134.

[413] CANOTILHO. **Direito constitucional**, p. 264.

oneroso ao cidadão. À *proporcionalidade em sentido estrito*[414], caberá contrapor as desvantagens do meio escolhido em confronto com as vantagens da finalidade, indicando se o determinado meio é ou não proporcional ao fim almejado.[415]

Estes *pressupostos, elementos* ou *subprincípios*, conforme denominam os doutrinadores, quando aplicados à *esfera penal*, serão entendidos, a) *quanto à adequação, como uma exigência de que seja apto o direito penal para tutelar um bem jurídico, além da medida a ser adotada (pena) ser adequada à finalidade que se deseja*; b) *quanto à necessidade, esta se materializa no princípio da intervenção mínima*, finalizando o c) *subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito como sendo aquele que aferirá a proporcionalidade das penas, em princípio, abstratamente cominadas nos diversos delitos*.[416]

Por conseguinte, o debatido princípio da proporcionalidade abarcaria em toda sua extensão o *direito processual penal* sob a ótica do *direito constitucional*, "uma vez que este ramo do direito é composto de normas restritivas de liberdade", conforme preconiza Juan Antonio Lascuraín Sánchez, que complementa: "o princípio da proporcionalidade integra um grupo muito restrito de princípios que visam informar a atividade penal substantiva no ordenamento democrático" [417] . A desproporção ocorrerá, entretanto, se negligenciado o princípio da dignidade da pessoa humana, e outros,[418] os quais com ele fazem coro, em especial no direito

---

[414] Mauricio Antonio Ribeiro Lopes esclarece que a "exigência da análise da relação de meios e fins" determinada pelo *princípio da proporcionalidade em sentido amplo*, também chamado de *princípio da proibição do excesso*, é o que o diferencia do *sentido estrito*. E Complementa: "A expressão 'proibição do excesso' é aplicável no âmbito do controle legislativo, onde 'suscita o problema do espaço de decisão dos órgãos legiferantes', questionando a adequação dos atos legislativos aos fins expressos ou implícitos das normas constitucionais". (**Temas de direito penal econômico**, p. 283).

[415] DILGUERIAN. Princípio constitucional da proporcionalidade e sua implicação no Direito penal. **Revista de Direito Constitucional Internacional**, v. 11, p. 188-189.

[416] DILGUERIAN. Princípio constitucional da proporcionalidade e sua implicação no Direito penal. **Revista de Direito Constitucional Internacional**, v. 11, p. 189.

[417] SÁNCHEZ. La proporcionalidad de la norma penal. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, n. 0, p. 223.

[418] Que fundamenta o Estado Democrático de Direito, nas palavras de Luiz Luisi que assim coloca: "A Constituição vigente no Brasil diz [preceitua] ser invioláveis os direitos à liberdade, à vida, à igualdade, à segurança e a propriedade (art. 5º, *caput*), e põe como fundamento do nosso estado Democrático de Direito, no art. 1º do inc. III, a dignidade da pessoa humana. Decorrem, sem dúvida, desses princípios constitucionais, como enfatizado pela doutrina italiana e alemã, *que a restrição ou a privação desses direitos invioláveis somente se legitima se estritamente necessária a sanção para a tutela de bens fundamentais do homem, e mesmo de bens instrumentais indispensáveis a sua realização social*". (Grifos nossos) (LUISI. **Os princípios constitucionais penais**, p. 26). "Há outros princípios que no direito penal são extremamente importantes como parâmetro à elaboração legislativa, quais sejam: legalidade; reserva legal; intervenção mínima; pessoalidade e individualização da pena." (DILGUERIAN. Princípio constitucional da

penal, como o princípio da intervenção mínima. Estes princípios, embalados pelo juízo de ponderação imposto pelo princípio da proporcionalidade, vinculam o *legislador* (no momento da elaboração da lei e a relação desta com a gravidade do fato e a gravidade da pena), e o *juiz* (quando da aplicação da lei ao caso concreto), ao dever de observar critérios que permitam uma tutela penal adequada e necessária para o fim de prevenir o dano social.

Destarte, a aplicação do princípio da proporcionalidade inicialmente ligada à limitação do poder de polícia administrativa converteu-se em balizador de toda a atuação estatal[419], havendo que se anular qualquer medida desproporcional que transborde os limites dos direitos fundamentais — seja ela legislativa, jurisdicional ou administrativa. Contemporaneamente, seu maior destaque encontra-se na importante função de vetor orientador do intérprete constitucional, para fins de controle de constitucionalidade e resolução de conflito entre princípios.[420]

No que pese a relação do princípio da proporcionalidade como método de solução da "colisão entre normas constitucionais", cabe revisitar, ligeiramente, os posicionamentos teóricos acerca desta questão complexa.

Robert Alexy, partindo do pressuposto de que normas-regra se excluem e normas-princípio colidem, concebe que, havendo conflito, entre as regras, uma delas será considerada inválida; entre os princípios, ambos igualmente válidos, um prevalecerá sobre o outro, a partir do critério de "maior peso", frente às especificidades do caso concreto. Não obstante, Paulo Bonavides discorda da possibilidade de colisão entre normas de direitos fundamentais (dentre elas os princípios), porque significaria admitir-se uma hierarquização inexistente, uma vez que todas se colocam no mesmo plano, concluindo que então haveria que se aplicar o "princípio da concordância prática", teorizado por Konrad Hesse,[421] como uma extensão ao princípio da proporcionalidade.[422]

---

proporcionalidade e sua implicação no Direito penal. **Revista de Direito Constitucional Internacional**, v. 11, p. 200).

419 Neste contexto leciona Suzana de Toledo Barros que o princípio traduz-se como uma "garantia especial dos indivíduos, exigindo que toda intervenção estatal seja adequada, necessária e proporcional em sentido estrito à otimização dos direitos fundamentais". (BARROS. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**, p. 89).

420 BRAGA. **Princípios da proporcionalidade & da razoabilidade**, p. 91.

421 Sobre esse assunto, esclarece Mariá Brochado: "O princípio da concordância prática implica a concepção de que os bens jurídicos sob análise devem sofrer limitações recíprocas e necessárias para que, no *caso concreto*, possam vir a ter a *maior efetividade possível,* não se cogitando de

Importante constatar que entre as críticas envoltas à aplicação do princípio da proporcionalidade, é freqüente aquela que o acusa de conferir à letra fria da lei o caráter de dogma, impondo-lhe uma interpretação limitada à literalidade, resguardando, desta forma, os desígnios legislativos, do poder criativo do julgador. Polêmica desnecessária se levado em conta o *princípio da interpretação conforme a Constituição*. Isto, porque "somente será desproporcional aquilo que não puder ser compatibilizado com a Constituição"[423], equivalendo dizer que, em conjunto, estes princípios reduzem consideravelmente "os riscos de uma exacerbação dos poderes do juiz"[424], fortalecendo portanto o comando contido na lei.

Em síntese, pode-se concluir que juízes e tribunais brasileiros têm encontrado no princípio da proporcionalidade fundamento constante para suas razões de decidir.[425] Conquanto ainda se perceba nas decisões excessos cometidos

---

uma 'hierarquia entre eles'". (BROCHADO. O princípio da proporcionalidade e o devido processo legal. **Revista e Informação Legislativa**, n. 155, p.135).

[422] BONAVIDES. **Curso de direito constitucional**, p. 386-387.

[423] DILGUERIAN. Princípio constitucional da proporcionalidade e sua implicação no Direito penal. **Revista de Direito Constitucional Internacional**, v. 11, p. 195.

[424] Entendimento de Paulo Armínio Tavares Buechele citado em artigo de Miriam Gonçalves Dilgueriarn. (DILGUERIAN. Princípio constitucional da proporcionalidade e sua implicação no Direito penal. **Revista de Direito Constitucional Internacional**, v. 11, p. 195).

[425] Nesse sentido: "Agravo regimental. Dano moral. Inscrição indevida no SPC. Cabimento. Fixação do valor indenizatório. Razoabilidade e Proporcionalidade. - A inscrição indevida nos cadastros de proteção ao crédito gera dano moral indenizável. - O valor da indenização deve atender aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, observado seu conteúdo didático, de modo a coibir reincidência do causador do dano sem enriquecer a vítima" (STJ - AgRg no REsp n. 945575/SP – Reg. n. 2007/0094915-8 – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – 3ªT. – Julg. 14.11.2007 – Publ. 'DJ' 28.11.2007, p. 220); "Habeas Corpus. Penal. Crime de tráfico ilícito de entorpecentes. Fixação da pena-base no dobro do mínimo legal. Art. 59 do Código Penal. Desproporcionalidade. Tráfico ilícito de entorpecentes. Direito à progressão de regime. 1. Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se, tão-somente, em referências vagas, sem a indicação de qualquer circunstância concreta que justifique o aumento, além das próprias elementares comuns ao tipo, evidenciando ilegalidade na espécie. Precedentes desta Corte Superior.2. A consciência da ilicitude de sua conduta é pressuposto para a aplicação da pena, que não afeta a culpabilidade do agente. 3. Na fixação da pena-base e do regime prisional, inquéritos e processos em andamento não podem ser levados em consideração como maus antecedentes, em respeito ao princípio da não-culpabilidade.4. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do § 1º do art. 2.º da Lei 8.072/90 e do advento da Lei n.º 11.464/07, fica afastado o óbice que impedia a progressão de regime aos condenados por crimes hediondos. 5. Ordem concedida para, mantida a condenação, reformar a sentença e o acórdão no tocante à individualização da pena, determinando que outra seja proferida, sem referência às circunstâncias que constituem elementos do próprio tipo e sem o acréscimo relativo aos maus antecedentes e, de ofício, para afastar o óbice à progressão de regime, ressalvando competir ao Juízo das execuções criminais, atendidos os requisitos subjetivos e objetivos, decidir sobre o deferimento do benefício da progressão de regime prisional." (STJ - HC n. 59836/MS – Reg. n. 2006/0113316-4 – Rel. Min. Laurita Vaz – 5ªT. – Julg. 28.11.2007 – Publ. 'DJ' 17.12.2007, p. 235); "Intervenção Federal. 2. Precatórios judiciais. 3. Não configuração de atuação dolosa e deliberada do Estado de São Paulo com finalidade de não pagamento. 4. Estado sujeito a quadro de múltiplas obrigações de idêntica hierarquia. Necessidade de garantir eficácia a outras normas constitucionais, como, por exemplo, a continuidade de prestação de serviços públicos. 5. A intervenção, como medida extrema, deve atender à máxima da proporcionalidade. 6.

pela falta da devida justificação racional, atendo-se tão somente o juiz, à tábua rasa de seus "princípios particulares"[426], em detrimento à ordem constitucional, aqui compreendida nas palavras de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias[427], como os *sistemas jurídicos-normativos consistentes*, informadores do moderno Estado Democrático de Direito[428].

4.6.10 Crítica à suposta colisão entre os direitos fundamentais e entre os princípios constitucionais institutivos do processo

A ascensão da burguesia, motivada pelas exigências de segurança, calculabilidade e previsibilidade do sistema econômico desenvolvido no período

---

Adoção da chamada relação de precedência condicionada entre princípios constitucionais concorrentes. 7. Pedido de intervenção indeferido." (STF - IF n. 164/SP – Rel. Min. Gilmar Mendes – 2ªT. – Julg. 13.12.2003 – Publ. 'DJ' 14.11.2003, p. 14 – Ementário 2132-01/10); "Habeas Corpus. 1. Crime previsto no art. 331, § 1º, do Código Penal (adulteração de sinal identificador de veículo automotor). 2. Alegações: a) atipicidade da conduta; b) que o paciente não seria o destinatário da norma penal; e c) violação do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade. 3. Na espécie, afigura-se de todo evidente que a conduta imputada ao paciente - substituição de placas particulares de veículo automotor por placas reservadas obtidas junto ao Detran -, não se mostra apta a satisfazer o tipo do art. 311 do Código Penal. 4. Não há qualquer dúvida de que o órgão de controle - Detran - sabia e poderia saber sempre que se cuidava de placas reservadas fornecidas à Polícia Federal. 5. Ordem concedida para que seja trancada a ação penal contra o paciente, por não restarem configurados, nem em longínqua apreciação, os elementos do tipo em tese" (STF - HC n. 86424/SP – Rel. Min. Gilmar Mendes – 2ªT. – Julg. 11.10.2005 – Publ. 'DJ' 27.10.2006, p. 63 – Ementário 2253-02/324).

[426] Conforme censura Miriam Gonçalves Dilguerian: "É mister lembrar que uma coisa é a existência de princípios constitucionais implícitos, outra é o fato de o intérprete criar seus próprios princípios sem base doutrinária alguma, o que seria absolutamente impróprio". Complementa a questão pelas palavras de Carlos Ari Sundfeld: "Fundamental notar que todos os princípios jurídicos, inclusive os implícitos, têm sede direta no ordenamento jurídico. Não cabe ao jurista inventar os 'seus princípios', isto é, aqueles que gostaria de ver consagrados; o que faz, em relação aos princípios jurídicos implícitos, é sacá-los dos ordenamento, não inseri-los neles." (DILGUERIAN. Princípio constitucional da proporcionalidade e sua implicação no Direito penal. **Revista de Direito Constitucional Internacional**, v. 11, p. 174).

[427] BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**, p. 101.

[428] Nesse sentido vale acrescentar advertência de Antonio Luis Chaves Camargo: "A observância dos direitos humanos no Estado Democrático de Direito é exigência por parte de todos os órgãos públicos. Assim, no âmbito penal, quando o Estado se utiliza dos meios mais graves de controle social, que é a sanção penal, somente se justifica a ação do Poder Público quando houver base suficiente para a intervenção e esta for equilibrada, demonstrando coerência e proporcionalidade. Um exemplo que pode ser arrolado é a quebra de sigilo bancário ou telefônico. Medidas drásticas como estas somente podem ser adotadas para fundamentar uma acusação grave, pois atingem diretamente a dignidade humana, na liberdade de agir de cada pessoa. O que não se justifica é a constante ameaça de interferência nestes setores da vida privada das pessoas, com o objetivo de apurar-se a existência de crimes ou não. Caso as medidas sejam tomadas, sem fundamento razoável, caberá a Estado indenizar por damos morais, responsabilizando aqueles que delas se socorrem, sem um apoio constitucional ou penal." (CAMARGO. **Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva**, p. 80).

moderno, porquanto incompatível com os ideais da Coroa e privilégios da nobreza à época, fez surgir, após conchavos ocasionais com o poder real, o que Rodrigo Meyer Bornholdt classifica como "condições reais e históricas", consideradas fatores determinantes daquilo que viria a firmar-se por meio de forças sociais atuantes como "direitos fundamentais"[429].

Esses direitos — herdeiros das vitórias burguesas do século XVIII, com especial marco na Revolução Francesa e sua "Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão" —, originam-se numa cisão entre Estado e sociedade, que os denominou "direitos" ou "liberdades" de *primeira geração*, traduzidos como direitos à *liberdade*, à *igualdade* e à *propriedade*, na esfera dos *direitos civis* e *políticos*.

Historicamente, as conquistas evoluíram para uma *segunda geração* de direitos, classificados como *sociais* e advindos das relações proletárias e suas condições ínfimas de subsistência. A perspectiva iluminista, desencadeada pela noção de dignidade humana a partir da lógica marxista e ideais da doutrina social da Igreja[430], tornou evidente a necessidade de reequilibrar o discurso dos direitos, incorporando-se neles o "dever" do Estado em promover a participação plena *social*, *cultural* e *econômica*[431].

Os direitos *difusos* e de *solidariedade* — correspondentes ao que se convencionou *terceira geração* de direitos e veio a consolidar o termo *direitos fundamentais* —,[432] consagraram não apenas o rol de direitos das gerações que

---

[429] BORNHOLDT. **Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais**, p. 53.

[430] Considera ainda, Rodrigo Meyer Bornholdt, um amadurecimento do período que comporta os direitos sociais, como sendo aquele que permite ao homem assimilar o "direito a ter direitos", redefinindo-se e criando-se direitos a partir dessa nova perspectiva. (BORNHOLDT. **Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais**, p. 56).

[431] Salienta José Adércio Leite Sampaio que "A trilogia da segunda geração aparece com freqüência apenas sob o rótulo geral de 'direitos sociais', mas a doutrina costuma fazer distinções internas [...]. Os direitos sociais propriamente ditos seriam aqueles necessários à participação plena na vida da sociedade, incluindo o direito à educação, a instituir e manter uma família, à proteção da maternidade e da infância; bem como para permitir o gozo efetivo dos direitos de primeira geração, com o reconhecimento do direito ao lazer e o direito a não haver discriminação. Já os *direitos econômicos* se destinam a garantir um nível mínimo de vida e segurança materiais de modo que a cada pessoa desenvolva suas potencialidades. [...] Por fim, os *direitos culturais* dizem respeito ao resgate, estímulo e à preservação das formas de reprodução cultura das comunidades, bem como se destinam a possibilitar a participação de todos nas riquezas espirituais comunitárias. (SAMPAIO. **Direitos fundamentais**: retórica e historicidade, p. 262-263).

[432] Cf. SANTOS. Direitos fundamentais e democracia: tensões e compromissos. **A &C R. de Dir. Administrativo e Constitucional**, n. 23, p. 182. PACHECO. A positivação e a aplicação direta dos princípios fundamentais constitucionais nas soluções de controvérsias. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. 8, p. 307. GALUPPO. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, n. 143, p. 203. GALUPPO. Princípios jurídicos e a solução de seus conflitos: a contribuição da obra de Alexy. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 1, p. 140. FARIAS.

tiveram como alicerce a liberdade e a dignidade humana[433], mas, sobretudo, a "construção e atribuição dogmático-jurisprudenciais de uma série de relações entre o indivíduo e o Estado, e entre o indivíduo e a sociedade, com conseqüentes desdobramentos de seu conteúdo" [434]. Fundam estas relações os *valores* dominantes na comunidade que, apesar de elementos externos ao âmbito normativo, a este influenciam diretamente no sentido de refletir as aspirações e valores que a sociedade almeja, dando origem, dessa forma, a um ordenamento jurídico positivado em um texto constitucional, interpretado à luz dos valores ali intrínsecos.

Quanto à *quarta geração* de *direitos fundamentais*, cuja caracterização teórica ainda não se encontra adequadamente definida, relaciona-se à normatividade jurídica na esfera da globalização política, frente à derradeira fase de institucionalização do Estado social. [435]

Sem adentrar a celeuma imposta pelas críticas político-ideológicas aos direitos fundamentais presentes na Constituição da República de 1988 (que de um lado denunciam o caráter "dirigente" da Constituição e condenam a "inflação de direitos", e de outro reclamam a falta de efetivação dos direitos fundamentais e sociais[436]), cabe agora distinguir o que compõe os "direitos fundamentais no Brasil" e

---

Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação, p. 116.

[433] Para Gilmar Ferreira Mendes, ao apreciar a colisão de direitos fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, "o Tribunal não se limita a proceder a uma simplificada ponderação entre princípios conflitantes, atribuindo procedência ao de maior hierarquia ou significado. Até porque, como observado, dificilmente lograr-se estabelecer uma hierarquia precisa entre direitos individuais e outros valores constitucionalmente contemplados. Ao revés, no juízo de ponderação indispensável entre os valores em conflito, contempla a Corte as circunstâncias peculiares de cada caso. Daí afirmar-se, correntemente, que a solução desses conflitos há de se fazer mediante a utilização do recurso à concordância prática (*praktische Konkordanz*), de modo que cada um dos valores jurídicos em conflito ganhe realidade. Uma tentativa de sistematização da jurisprudência mostra que ela se orienta pelo estabelecimento de uma 'ponderação de bens tendo em vista o caso concreto' (*Güterabwägung im konkreten Fall*), isto é, de uma ponderação que leve em conta todas as circunstâncias do caso em apreço (*Abwägung aller Umstände des Einzelfalles*). (...) Embora o texto constitucional brasileiro não tenha privilegiado especificamente determinado direito, na fixação das cláusulas pétreas (CF, art. 60, §4º), não há dúvida de que, também entre nós, os valores vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana assumem peculiar relevo (CF, art. 1º, III). Assim, devem ser levados em conta, em eventual juízo de ponderação, os valores que constituem inequívoca expressão desse princípio (inviolabilidade da pessoa humana, respeito à sua integridade física e moral, inviolabilidade do direito de imagem e da intimidade)." (MENDES. Colisão de direitos fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Repertório de Jurisprudência IOB**: tributário, constitucional e administrativo, n. 5, p. 182-183).

[434] BORNHOLDT. **Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais**, p. 57.

[435] SCHÄFER. **Direitos fundamentais**: proteção e restrições, p.33.

[436] DIMOULIS. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, p. 37.

os “princípios constitucionais”, ambos coadjuvantes da suposta antinomia em cada um deles presente.

Não obstante à falta de consenso na doutrina em relação à conceituação do termo “direitos fundamentais”, [437] à luz da Constituição brasileira, é possível estabelecer, *a priori*, o conceito *formal* e *material*, neles pertinentes. Neste sentido, assegura Dimitri Dimoulis que o caráter formal e material dos direitos fundamentais encerra-se na garantia de normas munidas de força jurídica, própria da supremacia constitucional[438]. De outra maneira, pode-se dizer que em *sentido formal* os direitos fundamentais relacionam-se com aquelas posições jurídicas da pessoa humana — constantes nas dimensões social, coletiva e individual —, consagradas no catálogo dos direitos fundamentais, por deliberação expressa do legislador constituinte. Ao *sentido material,* ficam então reservados aqueles direitos fundamentais à parte do catálogo normativo, nem por isso menos relevantes, já que por seu conteúdo e importância, aos formais equiparam-se. Definições, estas últimas, ditadas por Jairo Gilberto Schäfer[439].

Logo, traduz Mário Lúcio Quintão Soares, a legitimidade constitucional dos direitos fundamentais emerge de um *catálogo de valores da ordem democrática do Estado de Direito, em que jazem a eficácia das regras constitucionais e a estabilidade dos princípios do ordenamento jurídico*, regidos por uma teoria material da Constituição [440] . São direitos jurídico-positivamente vigentes numa ordem constitucional, significando *positivação*, neste sentido, a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos do individuo considerados “naturais” e “inalienáveis”,

---

[437] Brêtas destaca os “Direitos Fundamentais”, criados na Revolução Francesa, mas que obtiveram a nomenclatura dos alemães, que também desenvolveram a “inferência hermenêutica” como o critério utilizado para identificar os direitos fundamentais não expressamente descritos, como exemplo o princípio da dignidade humana. (BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Processo Civil Reformado**, p. 226-227).

[438] Numa definição sintética, traça Dimitri Dimoulis direitos fundamentais como “direitos públicos-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual” (DIMOULIS. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, p. 54). A autora Cláudia Toledo também trata do assunto, com idêntico enfoque. (TOLEDO. **Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito**, p. 55-61).

[439] O autor acrescenta que “A Constituição Federal do Brasil, em seu art. 5º, § 2º, exterioriza o entendimento segundo o qual, além do conceito formal de direitos fundamentais, há um conceito material, no sentido de que existem direitos que, por seu conteúdo, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando expressamente do catálogo”. (SCHÄFER. **Direitos fundamentais**: proteção e restrições, p. 34).

[440] QUINTÃO SOARES. **Direitos fundamentais e direito comunitário**, p. 146.

conforme ensina José Joaquim Gomes Canotilho[441], que considera, como função primordial dos direitos fundamentais, a "defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado".

Os princípios gerais de Direito – *elementos constitutivos do ordenamento jurídico, fruto do movimento dialético entre o Direito e a realidade, e baliza informadora e conformadora do processo constitucional*[442] – evoluíram de um estágio sem força normativa para a posição de princípios constitucionais dotados de substancialidade e aplicabilidade[443]. Ligados à noção de fundamento que orienta e confere coerência ao arcabouço lógico e teológico do sistema jurídico constitucional, os princípios, segundo José Sérgio da Silva Cristóvam, "são normas que sustentam todo o ordenamento jurídico, tendo por função principal conferir racionalidade sistêmica e integralidade ao ordenamento constitucional"[444].

Já Canotilho, tomando por base a Constituição de Portugal, oferece concepção sobre *princípios constitucionais* como sendo ''historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram recepção expressa ou implícita no texto constitucional'' [445], constituindo-se importantes fundamentos à interpretação, integração e aplicação do Direito positivo. Neste sentido, aponta Brêtas as principais funções exercidas pelos princípios jurídicos como sendo: a) *função interpretativa* (atuam como diretrizes que revelam e compreendem o direito); b) *função supletiva* (atuam subsidiariamente na

---

[441] Complementa o contexto o autor, afirmando que "não basta uma qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de *Fundamental Rights* colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais. Sem positivação jurídica, os <<direitos do homem são esperanças, aspirações, idéias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política>>, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional *(Grundrechtsnormen)*. Por outras palavras, que pertencem a Cruz Villalon: <<onde não existir constituição não haverá direitos fundamentais. Existirão outras coisas, seguramente mais importantes, direitos humanos, dignidade da pessoa; existirão coisas parecidas, igualmente importantes, como as liberdades públicas francesas, os direitos subjetivos públicos dos alemães; haverá, enfim, coisas distintas como foros ou privilégios>>. Daí a conclusão do autor em referência: os direitos fundamentais são-no, enquanto tais, na medida em que encontram reconhecimento nas constituições e deste reconhecimento se derivem conseqüências jurídicas". (CANOTILHO. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 377-378 e 407).

[442] CRISTÓVAM. **Colisões entre princípios constitucionais**, p. 65.

[443] CRISTÓVAM. **Colisões entre princípios constitucionais**, p. 69.

[444] Complementa o autor sobre princípios, que estes podem ser expressos mediante enunciados normativos ou figurar implicitamente no texto constitucional. Constituem-se em orientações e mandamentos de natureza informadora da racionalidade do ordenamento e capazes de evidenciar a ordem jurídico-constitucional vigente. Não servem apenas de esteio estruturante e organizador da Constituição, representando normas constitucionais de eficácia vinculante na proteção e garantia dos direitos fundamentais. (CRISTÓVAM. **Colisões entre princípios constitucionais**, p. 69).

[445] CANOTILHO. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 1038-1041.

possibilidade de ocorrer lacuna ou omissão da regra) e c) *função normativa própria* (os princípios, como base e razão de todo o sistema jurídico, fundamentam o direito assumindo a posição efetiva de normas jurídicas)[446].

Aos princípios importa delinear antes de ser abordada sua antinomia, a distinção que mantêm no ordenamento jurídico em relação à regra. Com esta finalidade, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias traça sintética e consistente descrição à expressão *normas jurídicas* que, conforme coloca, "em sentido amplo, abarca as idéias de regras jurídicas *(normas-disposições)* e de princípios jurídicos *(normas-princípios)*". Por conseguinte, esclarece Robert Alexy, citado em texto do referido autor, "a distinção entre regras e princípios, é, pois, uma distinção entre dois tipos de normas", competindo aos princípios atuarem como "preceitos à *primeira vista (prima facie)* enquanto as regras seriam *preceitos definitivos*, não sendo os princípios aplicáveis integral e plenamente em qualquer situação"[447]. Ronald Dworkin, no entanto, diferencia esclarecendo que às regras cabe-lhes uma aplicação à maneira do *"tudo ou nada"*, sendo os princípios locutores de *razões para decidir*, caracterizados pela dimensão de peso ou importância, a eles relacionados. Sob este prisma, num conflito entre regras a aplicação de uma por conseqüência invalidaria as demais a ela contrárias, diferentemente do que ocorreria em relação aos princípios que, na possibilidade de oporem-se, resolver-se-iam com a prevalência ao caso concreto daquele que maior peso demonstrasse, sem ensejar a invalidação dos demais[448]. Acerca desta diferenciação, considera Eros Roberto Grau não haver discrepância entre eles no sentido de que os princípios podem ser a "*medida* do *controle externo* da *produção* de *normas*"[449].

Evoluindo para a discussão acerca da possível colisão entre os princípios, concordam Dworkin e Alexy no sentido de que caso haja, *um deles* será preponderantemente aplicado ao caso concreto. Não obstante, divergem os autores

---

[446] BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**, p. 122.

[447] Cabe acrescentar ao assunto outro trecho do autor que afirma: "os princípios são havidos como proposições fundamentais do Direito e, via de conseqüência, como normas jurídicas, as quais, ao lado das regras, com idêntica força vinculativa, integram o ordenamento jurídico". (BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**, p. 119-121).

[448] DWORKIN. **Los derechos em serio**, p. 77-78.

[449] Justifica essa posição o autor por compreender que "os *princípios* atuam como mecanismo de *controle* da produção de normas-regras, visto ser a *norma* produzida pelo intérprete (embora o próprio intérprete produza a *norma de princípio*). [...] Além disso, a escolha do *princípio* há de ser feita, pelo intérprete (sempre diante de um caso concreto), a partir da ponderação do *conteúdo* do próprio *princípio*, ao passo que a declaração da *validade* de cada *regra*, diante e cada caso, depende da consideração de critérios formais, exteriores a elas. (GRAU. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**, p.183).

em relação ao critério diferenciador que ambos imprimem aos princípios, sendo para Dworkin a distinção essencial relacionada a uma dimensão de peso ou importância em cada um deles, facultando-se prevalência e aplicação àquele que apresentar maior densidade sem, entretanto, ensejar a invalidação dos demais[450]. Alexy, por sua vez, considera que os princípios se fazem cumprir em diferentes graus, com variações qualitativas a serem aplicadas de acordo com os valores presentes no caso concreto, dado o fato de que os princípios não veiculam comandos definitivos e sim mandamentos de otimização a serem cumpridos segundo as possibilidades reais e jurídicas, e realizado na maior medida possível. E assim define sobre a controvérsia:

> conflito entre regras se resolve no plano da validade, com a invalidação de uma das regras em conflito ou a introdução de uma cláusula de exceção capaz de solucionar a contradição, a colisão entre princípios se resolve no plano do valor, tendo em vista as circunstâncias do caso, em uma relação de **precedência condicionada[451].**

Rechaça Prieto Sanchis essas teorias pelo fato de não verificar claro se o peso ou grau dos princípios deve ser decidido em abstrato, conforme algum critério de ordenação hierárquica, ou deve levar em conta as circunstancias do caso concreto[452]. Argumenta também que à semelhança do que ocorre no conflito entre regras, há possibilidade de uma antinomia total entre dois princípios, levando a invalidação de um deles, o que não seria coerente naqueles ordenamentos em que vigora o critério da conservação das normas[453].

No que diz respeito à antinomia entre os direitos fundamentais, Alexy pondera, conforme expõe Rodrigo Meyer Bornholdt, que os direitos assumem uma dimensão principiológica, considerando-os mesmo *valores* juridicizados[454]. Dessa forma, possuiriam um caráter *prima facie*, "podendo ou não, num caso concreto em que outros direitos com ele conflitem, sobre esses prevalecerem"[455]. Em virtude da aplicação do princípio da proporcionalidade, os direitos, por meio das acomodações,

---

[450] CRISTÓVAM. **Colisões entre princípios constitucionais**, p. 72.
[451] ALEXY. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 87-92.
[452] PRIETO SANCHIS. **Sobre princípios y normas**: problemas del razonamiento jurídico, p. 40-41.
[453] PRIETO SANCHIS. **Sobre princípios y normas**: problemas del razonamiento jurídico, p. 42-43.
[454] Habermas, por sua vez, critica a identidade estabelecida por Alexy entre os conceitos de princípios jurídicos e de valores, considerando que a proposta de ''interpretar os princípios transformadores em valores como mandamentos de otimização, de maior ou menor intensidade [...] vem ao encontro do discurso da 'ponderação de valores', corrente entre os juristas, o qual, no entanto, é frouxo''. O autor justifica a crítica destacando que há uma série de qualidades lógicas os distingue inviabilizando a identidade e aplicação desses conceitos. (HABERMAS. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, v. I, p. 315).
[455] BORNHOLDT. **Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais**, p. 124.

condicionamentos e influências recebidas, fariam surgir *normas de preordenação.* Estas normas, dotadas de presunção de aplicabilidade, quando à frente de casos idênticos, seriam aplicadas como se *regras* fossem, contudo, naqueles em que do caso-padrão se distinguissem, neles atuariam tão-somente como *norma-princípio*. Nesta situação, poderia cair sua presunção de aplicabilidade se superado por razões plausíveis, defesas numa teoria da argumentação aplicada aos direitos fundamentais.[456]

Nesse contexto, trata José Sérgio da Silva Cristóvam que a

> resolução da colisão entre princípios constitucionais devem ser consideradas as circunstâncias que cercam o problema prático, para que, pesados os aspectos específicos da situação, prepondere o princípio de maior importância. A tensão se resolve mediante uma ponderação de interesses opostos, determinando qual destes interesses, abstratamente, possui maior peso no caso concreto. A tensão não é eliminada pela invalidação de um princípio, nem tampouco, pela introdução de uma cláusula de exceção, de modo a limitar sua aplicação nos casos futuros. '*A solução da colisão consiste em que, levando em consideração as circunstâncias do caso, se estabelece entre os princípios uma relação de precedência condicionada'.* Equivale dizer que, tomando em conta a situação concreta, determinam-se as condições sob a quais um princípio constitucional precede ao outro. Havendo modificação nas condições, a relação de precedência pode ser resolvida inversamente.[457]

Entretanto, é dos estudos e conclusões de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias que colacionamos a mais coerente posição acerca do assunto em debate, face ao Estado Democrático de Direito. Trata o autor da questão, ponderando não haver tensão entre princípios quando examinada a questão à luz do processo constitucional. O conflito existiria apenas no plano abstrato. Em situações concretas, no plano processual, um princípio cederá lugar à aplicação de outro. Instalada a dialeticidade e o procedimento em contraditório, a solução ocorrerá na esfera processual com a aplicação de um dos princípios, não havendo, portanto, que se falar em colisão entre eles. É por entender tal teoria a partir do processo constitucional, que os ensinamentos do autor superam os que o precederam, até porque, somente neste contexto – do processo constitucional[458] –, haveria *norma* a

---

[456] No campo das cautelares criminais, Eugênio Pacelli de Oliveira colaciona o "confronto entre o sistema prisional cautelar e o sistema dos regimes constitucionais de liberdade, expressões normativas, um e outro, dos valores que historicamente integram o binômio segurança pública, via tutela penal dos direitos fundamentais, versus liberdade individual, direito igualmente fundamental" (OLIVEIRA. **Regimes constitucionais da liberdade provisória**, p. 151).

[457] CRISTÓVAM. **Colisões entre princípios constitucionais**, p. 234.

[458] No arcabouço do autor, relaciona-se com a "atividade jurisdicional desenvolvida pelo Estado segundo a dimensão maior do Estado Democrático de Direito", fundamentado este pelos princípios considerados diretivos e com uma normativa própria que os confere a importância de

ser aplicada. Neste sentido dispõe Canotilho, também citado por Brêtas: “Compreende-se, assim, que as ‘regras’ e os ‘princípios’, para serem activamente operantes, necessitem de *procedimentos* e *processos* que lhes dêem operacionalidade prática”[459].

4.7 Considerações relevantes

Com caráter científico a *teoria estruturalista* inaugurou a escola estruturalista, distinguindo entre os institutos do processo e do procedimento seus respectivos conceitos, sob o enfoque de uma estrutura técnico-jurídica. Esclarece que o processo não se define pela mera seqüência, direção ou finalidade dos atos praticados pelas partes ou pelo juiz. Mas pela presença do atendimento do direito ao contraditório entre as partes, em simétrica paridade, no procedimento que, longe de ser uma seqüência de atos exteriorizadores do processo, equivale a uma estrutura técnica construída pelas partes, sob o comando do modelo normativo processual. O contraditório, na estrutura jurídica espácio-temporal do procedimento, é quesito imprescindível para que ali se encontre legitimidade, validade e eficácia; de outra forma, o procedimento sem norma de comando estrutural seria nada mais que um amontoado de atos não-jurídicos.

Logo, importante ressaltar a co-relação da Teoria Estruturalista com o Processo Constitucional, marcos teóricos e embrionários para concepção de uma Teoria Constitucional Estruturalista, comprometida em garantir o princípio da supremacia constitucional, possibilitando a efetiva tutela, proteção e fomento dos direitos fundamentais dos participantes e afetados pelo provimento final, pronunciado por magistrado com o perfil de diretor dialogador do processo.

A *teoria do discurso* menciona a necessidade de um processo legislativo de justificação das normas jurídicas, em que os sujeitos são ao mesmo tempo autores e destinatários das normas como compreensão do Estado Democrático de Direito.

Da *teoria constitucionalista do processo*, colhe-se que o processo, em seus novos contornos teóricos na pós-modernidade, apresenta-se como instituição

---

“elos de integração da jurisdição com o sistema constitucional”. (BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**, p. 126-127).

[459] CANOTILHO. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 955.

constitucionalizada que, pela principiologia constitucional do devido processo (que abarca os princípios da reserva legal, da ampla defesa, da isonomia e do contraditório) converte-se em direito-garantia. O conceito contemporâneo de Estado Democrático de Direito exige que o legislador, nas sociedades Políticas Democráticas de Direito, uma vez eleito, submeta-se aos princípios do Processo como instituição jurídica balizadora da soberania popular e da cidadania, cujos fundamentos se assentam no instrumento da jurisdição constitucional e esta como atividade judicatória dos juízes, de forma legal, preexistente e básica, como única fonte do poder constituinte. Assim, não é demais reprisar que o processo constitucional tem por fundamento garantir o princípio da supremacia constitucional, possibilitando a efetiva tutela, proteção e fomento dos direitos fundamentais. Importante ressaltar que o processo constitucional demanda pressupostos essenciais, dentre eles: o direito à celeridade dos processos, a razoável duração dos pleitos, e as formas de controle constitucional (preventivo, repressivo, direto, repressivo indireto e ocasional); que não podem ser confundidos com diminuição ou eliminação das garantias processuais constitucionais (contraditório, ampla defesa, duplo grau de jurisdição, fundamentação das decisões, direito de prova, instrumentalidade das formas, presença de advogado, dentre outros), sob pena de ferir o princípio do Estado Democrático de Direito.

À *jurisdição constitucional* define-se como atividade jurisdicional exercida pelo Estado com o objetivo de tutelar o princípio da supremacia da Constituição e a proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana nela estabelecidos. Meta possível a partir do controle (difuso e concentrado) de constitucionalidade das leis ordinárias e dos atos estatais que estejam em contrariedade aos preceitos constitucionais; perfilhados no exame da matéria jurídico-constitucional em consenso à fixação de uma estrutura de garantias (devido processo legal, recurso de amparo, recurso de proteção, recurso constitucional, ação direta de inconstitucionalidade, mandado de segurança, *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de injunção, ação popular, cada um dentro de suas especificidades), com mecanismos efetivos, que proteja e assegure a efetividade daqueles direitos.

A função jurisdicional, no Estado Democrático de Direito, é serviço público, dependente de provocação dos interessados, e consiste em cumprir as normas do Direito Positivo, realizando o ordenamento jurídico, por meio de um procedimento legalmente estruturado e informado pelos princípios do contraditório e da ampla

defesa. Não tem cunho caritativo, mas sim, qualifica-se na obrigação consagrada no poder-dever do Estado, que por esse motivo, converte-se em direito fundamental, adquirido pela garantia do devido processo constitucional, a todos da sociedade (governantes e governados).

O preceito constitucional que disciplina *"ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal"* (CR/88, art. 5º, inciso LIV) é fundamental à estrutura do Direito Processual Constitucional e dos demais princípios que regulam o processo. Originário do inglês *due processo of law*, o princípio do devido processo legal representa o direito de deduzir pretensão e de se defender amplamente em juízo, bem como o direito a um pronunciamento judicial final, com respeito ao contraditório e a paridade de armas dos participantes. Deve vir manifestado em todos os níveis do procedimento, além de ter como fundamento e alcance a invalidação de leis, normas e atos arbitrários que restrinjam direitos fundamentais sem justificativa plausível e relevante. Pode ser melhor compreendido em conjunto com o devido processo constitucional (disciplina constitucional principiológica), que representa os pilares do Estado Democrático de Direito e inadmite o fato do processo ser instrumento para a realização da justiça entre os homens já que os provimentos estatais só serão considerados legítimos quando construídos em participação isonômica, em contraditório e em ampla defesa pelos seus próprios destinatários

Os princípios do contraditório e da ampla defesa, por sua vez, regulam-se no art. 5º, inciso LV da Constituição de 1988. A visão moderna do conceito de contraditório perpassa por uma garantia de efetiva participação dos envolvidos na demanda, através da plena igualdade em todos os atos processuais que sejam potencialmente importantes (fatos, provas, questões de direito; elementos ligados ao objeto da causa) e possam influir no provimento final. Por sua vez, o princípio da ampla defesa regula as relações existentes entre as partes e o juiz, até que este último explicite a função jurisdicional tutelando as partes litigantes através da atividade realizada no curso do procedimento.

A Inafastabilidade da prestação da tutela jurisdicional, ou direito de ação, apesar de ter sua mira voltada ao legislador, atinge a todos sem distinção, conforme disciplinado no art. 5º, inciso XXXV da Constituição de 1988. Significa dizer que todos têm acesso ao judiciário para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito, ficando aqui contemplados não só os direitos

individuais, como também os difusos e coletivos. A aplicação desse princípio pressupõe o respeito às prerrogativas da função jurisdicional, ao *devido processo legal*, ao *contraditório*, à *ampla defesa*, ao *juízo natural*, à *imparcialidade* do julgador, à *isonomia* processual, dentre outros. Será ofensiva, portanto, a lei infraconstitucional que impedir a concessão da tutela *adequada*, atingindo diretamente a essência do princípio. Importante ressaltar que o direito à tutela jurisdicional não se confunde com o direito de petição, este último garantido pelo art. 5º, inciso XXXIV, *a*, da CF. O direito de que trata o artigo, visa a garantir que se possa reclamar, junto aos poderes públicos em defesa de direitos contra ilegalidade ou abuso de poder, caracterizando-se, desta forma, como um direito político.

A motivação das decisões judiciais surgiu voltada à imposição de limites ao exercício da jurisdição no Estado democrático. Erigi-se, dessa forma, como eficiente barreira de proteção do indivíduo contra violações arbitrárias. Obriga também a vinculação dos pronunciamentos judiciais à *legalidade*, impedindo os espaços de criação (discricionariedade judicial na sua aplicação) e que sejam preenchidos de forma arbitrária e ilegítima. Garante ainda, através da previsibilidade das decisões jurídicas, o controle da racionalidade nas decisões apresentadas pelos juízes, nas justificações. Revela, assim, seu valor fundamental, no plano processual, ao assegurar a concreta apreciação das questões de direito e de fato discutidas no processo, ou seja, a efetividade da cognição judicial, dificultando, dessa forma, que as decisões consistam-se do produto da vontade pessoal do juiz.

Corolário dos princípios do direito de ação e da ampla defesa, o princípio do direito à prova e seu ônus encontram subsídio no instituto da prova, concebido no direito processual. O instituto jurídico da prova fundamenta-se no exercício lógico da demonstração de existência ou inexistência de pessoa, coisa, fato, ato ou situação jurídica, sendo que provar nada mais é do que representar e demonstrar, instrumentalizando, os elementos de prova pelos meios de prova. Ao ônus da prova no direito processual penal tem-se que, em razão do princípio da inocência, cabe à acusação a obrigação da prova em juízo. Insta destacar, entretanto, haver a possibilidade da inversão do ônus da prova em face do acusado quando a acusação reúne provas para sustentar a asserção condenatória, cabendo ao acusado a contra-prova (inocência ou excludentes de ilicitude), sob pena de vir a ser condenado.

O *direito à não auto-incriminação e ao silêncio* deriva-se do princípio constitucional da ampla defesa, prescrevendo que ninguém é obrigado a se auto-incriminar, não podendo o suspeito ou acusado ser forçado a produzir prova contra si. Destina-se ao indiciado ou acusado o direito ao silêncio, extensão do princípio da não auto-incriminação. Isto significa dizer que essa extensão tornou o direito ao silêncio uma garantia constitucional, conforme consagrado no art. 5º, inciso LXIII da Constituição de 1988 e reforçado no Estatuto Processual Penal. Possibilitou-se ao réu silenciar-se, confessar ou negar, no interrogatório de mérito, momento esse em que se busca a identificação e individualização da personalidade do acusado, não cabendo a este a prestação de compromisso. Concluída a fase inicial de identificação, sobre a pessoa do acusado, passando-se à segunda parte, relativa aos fatos imputados a ele, cabe ao juiz dar conta ao acusado dos elementos probatórios até então reunidos, cientificando-o de seu direito de ficar em silêncio, ocorrendo de modo efetivo, a partir de então, o exercício da autodefesa, na medida em que pode o acusado responder o que bem entender ou permanecer em silêncio, sem que isso possa ser levado em prejuízo de sua defesa.

O princípio do *duplo grau de jurisdição* situa-se entre as garantias processuais pelo seu caráter de reexame das decisões, em seus aspectos de fato e de direito; seja como instrumento que propicia um grau mais elevado de correção dos pronunciamentos jurisdicionais, seja, especialmente no processo penal, como meio de proteção do indivíduo submetido à persecução; por tratar-se, sobretudo, de um desdobramento do direito à ampla defesa.

O princípio da presunção de inocência, também conhecido como princípio do estado de inocência, disciplina que ninguém será considerado culpado senão após o trânsito em julgado de sentença condenatória (art. 5º, inciso LVII da CR/88). Tem por principal fundamento a proibição ao excesso, representado pela impossibilidade de antecipação dos efeitos da condenação antes do trânsito em julgado que, por sua vez, refletem no cumprimento da pena, na perda da primariedade, e na execução civil da condenação.

Apesar não encontrar texto expresso no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da proporcionalidade amolda-se àqueles considerados implícitos, sendo denominado também como princípio da razoabilidade ou princípio da proibição do excesso. Sua aplicação reside na ponderação que determinará a melhor adequabilidade dos meios aos fins. Essa adequação será aquela exigível,

necessária e a menos prejudicial aos interesses envolvidos. Estes *pressupostos,* elementos ou subprincípios, quando aplicados à *esfera penal*, serão entendidos, a) quanto à *adequação*, como uma exigência de que seja apto o direito penal para tutelar um bem jurídico, além da medida a ser adotada (pena) ser adequada à finalidade que se deseja; b) quanto à *necessidade*, esta se materializa no princípio da intervenção mínima, finalizando o c) subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito* como sendo aquele que aferirá a proporcionalidade das penas, em princípio, abstratamente cominadas nos diversos delitos. A desproporção ocorrerá, entretanto, se negligenciado o princípio da dignidade da pessoa humana e outros que com ele fazem coro, em especial no direito penal, como o princípio da intervenção mínima. Estes princípios, embalados pelo juízo de ponderação imposto pelo princípio da proporcionalidade, vinculam ao *legislador* (no momento da elaboração da lei e a relação desta com a gravidade do fato e a gravidade da pena), e ao *juiz* (quando da aplicação da lei ao caso concreto), o dever de observar critérios que permitam uma tutela penal adequada e necessária para o fim de prevenir o dano social. Havendo que se anular, destarte, qualquer medida desproporcional que transborde os limites dos direitos fundamentais — seja ela legislativa, jurisdicional ou administrativa. Contemporaneamente, seu maior destaque encontra-se na importante função de vetor orientador do intérprete constitucional, para fins de controle de constitucionalidade e resolução de conflito entre princípios.

Importante constatar que entre as críticas envoltas à aplicação do princípio da proporcionalidade, é freqüente aquela que o acusa de conferir à letra fria da lei o caráter de dogma, impondo-lhe uma interpretação limitada à literalidade, resguardando, dessa forma, os desígnios legislativos, do poder criativo do julgador. Polêmica desnecessária se levado em conta o *princípio da interpretação conforme a Constituição*. Em síntese, pode-se concluir que juízes e tribunais brasileiros têm encontrado no princípio da proporcionalidade fundamento constante para suas razões de decidir. Conquanto ainda se perceba nas decisões excessos cometidos pela falta da devida justificação racional, atendo-se tão somente o juiz, à tábua rasa de seus “princípios particulares”, em detrimento à ordem constitucional, aqui compreendida como os *sistemas jurídicos-normativos consistentes*, informadores do moderno Estado Democrático de Direito.

A compreensão do possível conflito entre regras e princípios, inicia-se pela distinção entre eles. São essencialmente dois tipos de normas. A aplicação de cada

um é que os distancia. Enquanto *normas-disposições*, as *regras* são preceitos definitivos e regulam integralmente a situação prevista, havendo que uma invalidar a outra na possibilidade de duas regras diferentes regularem o mesmo caso concreto. Os *princípios jurídicos*, por sua vez, são *normas-princípios* com aplicação abstrata e abrangente. Havendo dois princípios aplicáveis ao mesmo caso, um deles afastar-se-á para que o outro atue, sem, no entanto, invalidarem-se.

Ainda que importe as considerações doutrinárias acerca dos conceitos de peso e valoração dos princípios e regras, como critérios determinantes de qual será aplicado em um possível conflito, a Dworkin e a Alexy não se filia o presente estudo por considerar, face ao Estado Democrático de Direito, não haver tensão entre princípios quando examinada a questão à luz do processo constitucional. O conflito existiria apenas no plano abstrato. Em situações concretas, no plano processual, um princípio cederá lugar à aplicação de outro. Instalada a dialeticidade e o procedimento em contraditório a solução ocorrerá na esfera processual com a aplicação de um dos princípios, não havendo, portanto, que se falar em colisão entre eles.

CAPÍTULO V
TÉCNICA NORMATIVA ESTRUTURAL DAS DECISÕES JURISDICIONAIS CRIMINAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

5.1 Técnica normativa

Temos a técnica como o conjunto de procedimentos, numa relação meio-fim, na busca de resultados úteis. Para Aroldo Plínio Gonçalves, trata-se do "conjunto de meios adequados para a consecução dos resultados desejados, de procedimentos idôneos para a realização de finalidades."[460]

Para Eduardo García Máyney[461] toda técnica tem que estar fundamentada na ciência, caso contrário torna-se incapaz de cumprir o seu destino.

Para tanto, temos a ciência como atividade de esclarecimentos e fundamentação do conhecimento ou o próprio conjunto de conhecimentos esclarecidos e fundamentados.

A norma é cânone de valorização de conduta, em que o ordenamento jurídico é o complexo de normas, de faculdades, de poderes, de deveres, o complexo de licitudes. O ilícito nele comparece, mas como a conduta que consiste na inobservância do dever.

Nesse ponto, é de se ressaltar o modelo constitucional do processo, uma vez que influencia como também orienta a técnica de elaboração e de aplicação da norma processual. Frise-se que intimamente relacionado ao princípio do devido processo constitucional, que por sua vez é aglutinador de direitos e garantias fundamentais explicita e implicitamente elencados na Constituição de 1988, quais sejam: direito de acesso à jurisdição, com observância do tempo útil e razoável; garantia do contraditório; garantia da ampla e irrestrita defesa, através de advogado ou defensor público; garantia ao juízo natural; garantia à fundamentação lógica e razoável das decisões; e, garantia da utilidade e razoabilidade do processo com eliminação das etapas mortas.[462]

---

[460] GONÇALVES. **Técnica Processual e Teoria do Processo**, p. 23.
[461] MÁYNEZ. **Introduccion al Estúdio del Derecho**, p. 317.
[462] BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Processo Civil Reformado**, p. 229. O autor destaca a "técnica" como conjunto de procedimentos logrados para atingir determinadas finalidades, observadas as

Ressalta-se que o desrespeito da técnica de elaboração e de aplicação da norma processual ao modelo constitucional do processo só não é mais grave ao Estado Democrático de Direito, se o magistrado (diretor dialogador do processo) utilizar da técnica de interpretação da norma observando o princípio do devido processo constitucional e o controle de constitucionalidade adequado ao caso.

Nesse sentido, o desafio lançado por Rosemiro Pereira Leal[463]

> É óbvio que caberá aos processualistas deste novo milênio buscar uma plenariedade processual que concilie celeridade, ampla defesa e eficiência decisória em paradigma (teoria) do direito democrático sem as improvisações autoritárias, verticais e simplórias das chamadas tutelas de urgência e das peripécias judiciais ou administrativas de uma jurisdição onipotente (juizados especiais) e de um esdrúxulo controle de constitucionalidade concentrado (CR/88) que ilegitimamente exclui o indivíduo de fiscalizar e corrigir, por sua iniciativa includente, as distorções dos rumos democráticos do seu ordenamento jurídico. **A decisão, no Estado de direito democrático, para ser legítima, tem de se validar na teoria democrática legalmente adotada e em negativa a preceitos jurídicos, ainda que constitucionalizados, contrários à efetivação dos direitos fundantes do discurso democrático em toda a extensão jurídica da estatalidade.**[464]

5.2 Estrutura das decisões jurisdicionais criminais

A estrutura das decisões jurisdicionais forma-se a partir do fato de que é no processo que "as razões de justificação (argumentos) das partes, envolvendo as razões da discussão (questões), produzidas em contraditório, constituirão base para as razões da decisão, e aí encontramos a essência do dever de fundamentação, permitindo a geração de um pronunciamento decisório participado e democrático."[465]

Importantes esclarecimentos, originários de ensinamentos de Carnelutti, sobre *"ponto"*, qual seja, "é o *fundamento da pretensão* ou da defesa que surge induvidoso ou incontroverso no processo", bem como *"questão"*, sendo "todo *ponto controvertido* ou duvidoso (de fato, de direito processual ou de direito material) que

---

garantias e direitos fundamentais constitucionais. (BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Processo Civil Reformado**, p. 244).

463 LEAL. **Teoria Processual da Decisão Judicial**, p. 126.

464 Grifos nossos. Verificar também: GUIMARÃES, Lucas Zandona. Antecipação de tutela contra a fazenda pública frente ao art. 100 da Constituição Brasileira de 1988. *In*: CASTRO, João Antônio Lima (Coord.). **Temas atuais de direito processual**. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (IEC-PUC-Minas), p. 185-195, 2006.

465 BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Processo e Constituição**, p. 571.

desponta no processo, objeto da discussão das partes e da decisão que será proferida".[466]

É assim que surgem os *"argumentos"*, como as "*razões de justificação* deduzidas pelas partes, no procedimento em contraditório, em torno das questões de fato e de direito processual ou material discutidas, com o objetivo de demonstrarem conseqüências ou conseguirem deduções", podendo-se afirmar que "argumentar" nada mais é do que "fornecer argumentos que justifiquem uma afirmação, tornando-a pertinente ou pelo menos discutível".[467]

Então, visando à elaboração de uma sentença participada no Estado Democrático de Direito, temos a técnica normativa de construção do procedimento em contraditório, com respeito ao modelo constitucional do processo, em que o juiz, aqui entendido como diretor dialogador do processo, de forma isenta (sem ideologias ou subjetivismos), oportunizará as partes não somente o dizer e o contradizer, mas o princípio da não surpresa representado este por oportunidades, em simétrica paridade, sobre os meios de prova, de defesa e de manifestação (direito de petição) em geral.

E, principalmente no processo penal, a atividade do magistrado é voltar no tempo e ao lugar (ambiente diferente do forense), quando e onde se deram os fatos ditos delituosos, por meio das provas colacionadas aos autos pela acusação e defesa, com a finalidade de reconstruir as questões narradas na peça acusatória e na defesa, de modo a confirmar ou infirmar a ocorrência do delito.[468]

Portanto, no Estado Democrático de Direito, as partes, pessoas diretamente afetadas pelo pronunciamento final, reconstruíram no processo os pontos controvertidos (questões) através de argumentos levados ao processo com respeito a técnica normativa de construção do procedimento em contraditório e observância do modelo constitucional do processo, corolário do devido processo constitucional, finalizando com a elaboração da sentença participada.

---

[466] BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Processo e Constituição**, p. 571.
[467] BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Processo e Constituição**, p. 571.
[468] Cf. SALVO. **O juiz na condução do processo penal**, p. 11.

5.3 Crítica às decisões jurisdicionais criminais: por uma superação da teoria instrumentalista do processo[469]

A crítica direcionada a determinada situação corrente, na maioria das vezes, visa a apontar conteúdos ausentes no discurso do conhecimento.[470] E assim se

[469] Fruto de constantes críticas da Escola Mineira de Processo (Processo Constitucional), a Teoria Instrumentalista do Processo, fundada na Escola Paulista de Processo, tem como um de seus precursores e maior defensor Cândido Rangel Dinamarco, e conta com vários adeptos, apesar da desatualização quanto à ordem constitucional vigente, como José Roberto dos Santos Bedaque: "Processo é o método estatal de solução das crises verificadas no plano do direito material. Ao regulamentá-lo, o legislador procura estabelecer os meios destinados a possibilitar que esse instrumento atinja seu escopo maior. Tenta encontrar os mecanismos mais eficientes. (...) tanto a forma em sentido estrito quanto a técnica processual devem ser examinadas à luz de princípios maiores do sistema — economia e aproveitamento, ambos inspiradores da instrumentalidade das formas e da fungibilidade de meios. (...) O fenômeno processual sofre intensa influência do mundo exterior. Até mesmo idéias não-jurídicas podem ser validamente utilizadas para compreensão de institutos típicos do processo. A noção de 'instrumentalidade das formas' como mecanismo destinado a conferir validade a atos processuais viciados – o que implica valorizar o fim em detrimento da tipificação legal – pode ser comparada à interessante idéia filosófica da permuta civilizatória, sendo a qual o processo e os ganhos objetivos decorrentes do bem-estar podem representar perda subjetiva da felicidade, mas constituem opção da sociedade. (...) Aliás, a ciência processual moderna vem admitindo o sacrifício da segurança em prol da celeridade – o que se verifica com a ampliação das hipóteses de tutelas de urgência (CPC, art. 273). Essa opção pode representar até mesmo violação a situações amparadas no plano substancial, pois possibilita a satisfação provisória de direitos cuja existência constitui mera probabilidade, ainda que em alto grau. (...) Para tanto, deve ser o juiz investido de amplos poderes de direção, possibilitando-lhe adaptar a técnica aos escopos do processo em cada caso concreto, mesmo porque a previsão abstrata de todas as hipóteses é praticamente impossível. (...) Tais premissas estão ligadas à tendência publicista e antiformalista do direito processual." (BEDAQUE. **Efetividade do processo e técnica processual**, p. 72, 103, 58-59, 60 e 64-65). Para a Escola Mineira a efetividade do processo está vinculada à observância dos direitos e garantias fundamentais e princípios constitucionais do processo, enquanto que para a Escola Paulista a efetividade do processo está intimamente vinculada a celeridade, a economia e ao aproveitamento máximo dos atos procedimentais, inspiradores da instrumentalidade das formas e da fungibilidade dos meios, através de escopos metajurídicos (conteúdos ausentes). E, nas palavras (crítica) de Rosemiro Pereira Leal: "numa visão já instrumentalista do Processo a serviço da Jurisdição (poder do Estado-juiz: atividade do juiz e não do poder jurisdicional da lei), como divulgado pelos seus vibrantes discípulos, de Chiovenda e Liebman, e deste à quase unanimidade dos processualistas atuais." (LEAL. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, p. 139).

[470] Outros autores tratam da matéria, chamando atenção para o subjetivismo das decisões judiciais. Vale observar: CARVALHO. **Jurisdição constitucional e democracia**: integridade e pragmatismo nas decisões do Supremo Tribunal Federal, p. 82-84. DUARTE. Pré-julgamento e suspeição do julgador. **Revista de Processo**, v. 31, p. 56-77. OLIVEIRA. A imparcialidade como requisito indissociável do juiz e da aplicação da justiça. **Revista da AJUFE**, v. 21, p. 77-86. THEODORO JÚNIOR. O juiz e a revelação do direito in concreto. **Revista Forense**, v. 98, p. 23-33. SCHEER. O acesso à justiça e os poderes de equidade do juiz no processo civil brasileiro. **Revista de Direito Processual Civil**, v. 7, p. 544-561. BARBOSA MOREIRA. Reformas processuais e poderes do juiz. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, n. 56, p. 13-25. CARLIN. Novos juízes: imaginário e verdades. **Revista Jurisprudência Catarinense**, v. 26, p. 3-4. COUTINHO. O papel da jurisdição constitucional na realização do Estado social. **Revista de Estudos Criminais**, n. 10, p. 47-60. LOPES JÚNIOR. Juízes inquisidores? E paranóicos. Uma crítica à prevenção a partir da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Revista de Estudos Criminais**, n. 10, p. 121-126. PISA. Juiz: agente de cidadania. **Revista do Centro de Estudos Judiciários (CEJ)**, v. 7, p. 49-55. CASTRO. Aspectos filosóficos da motivação judicial. **Revista de Estudos Criminais**, n. 13, p. 123-138. BOSCHI. A sentença Penal. **Revista de Estudos Criminais**, n. 5, p. 61-83. CHOUKR. Tutela jurisdicional de direitos fundamentais e o juiz natural no processo penal: apontamentos sobre a EC/45. **Revista de Estudos Criminais**, n. 20, p. 109-116. NALINI. A fidelidade ética à vocação de juiz. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. 8, p. 168-172. GRANDINETTI. O papel do poder judiciário na efetividade dos direitos fundamentais. **Revista Bonijuris**, n. 510, p. 5-11. MAJADAS. Sentença civil: motivação. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, v. 4, p. 30-42. OLIVEIRA. O que significa dizer que uma Decisão ofende à Constituição de Maneira Direta e Frontal? **Revista Dialética de Direito**

procede em relação às decisões jurisdicionais criminais, repletas de vícios,[471] na sua formação.[472]

Em 1764, Cesare Beccaria[473] escreveu a clássica obra "Dos Delitos e Das Penas" (*Dei Delitti e Delle Pene*), em que pontificou um importante ambiente principiológico democrático para as normas processuais, além de deixar extraordinário legado para o patrimônio humanístico mundial, ao influenciar a consolidação da Declaração Universal dos Direitos Humanos e as diversas Constituições Democráticas, dentre elas a brasileira.

Walter Nunes da Silva Júnior[474] em seu *"Curso de Direito Processual Penal: Teoria (Constitucional) do Processo Penal"* lesiona que:

> no livro Dos delitos e das penas, que demarcou o surgimento da Escola Clássica e, mesmo, do Direito Penal como ciência, o Marquês de Beccaria, ao esmiuçar o seu pensamento no sentido de humanizar o sistema penal, findou elencando mais princípios de ordem processual penal do que propriamente de Direito Penal, até porque o centro de suas preocupações era exatamente o excesso de poderes conferidos ao juiz, que não conhecia limites na condução do processo e aplicação das sanções. Sobre esse assunto, vale conferir Michel Foucault (Vigiar e punir: nascimento da prisão. Tradução Lígia M. Ponde Vassallo. Petrópolis (RJ: Vozes, 1977). (...) muitos filósofos e juristas aplaudiram as idéias de Beccaria, que se constituíram as primeiras vozes que se levantaram contra os arbítrios dos juízes, as injustiças dos processos criminais da época e os complexos problemas referentes ao direito de punir, de modo que, já em 1766, por obra do abade Andrea Morellet, o livro foi traduzido para o francês, caiu na simpatia dos enciclopedistas e mereceu efusivos elogios destes, com especial destaque para os encômios feitos por Diderot, Helvetius, Buffon, Hume e D'Alembert. Não haveria de ser diferente, porquanto Beccaria foi o precursos da defesa dos direitos humanos na seara criminal, campo no qual mais se evidenciavam as atrocidades praticadas, institucionalmente, contra as pessoas. No seu livro, ele proclamava e defendia os direitos do homem, antecipando o que viria a ser chancelado, 25 anos depois, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, anunciada como substrato do

---

Processual, n. 40, p. 9-24. BACELAR. A atuação de ofício do juízo e as tutelas de urgência. **Revista Jurídica Consulex**, n. 221, p. 58-61. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?**, 1989. CAPPELLETTI. **Juízes Legisladores?**, 1999.

[471] Alguns dos vícios apontados durante a presente pesquisa científica são vistos por Lúcio Antônio Chamon Júnior como qualidades intrínsecas à função jurisdicional, "o fato do juiz ter sido legitimado, legitimamente, a realizar diligências, colhendo provas e lavrando o auto da diligência jamais há que ser interpretado como uma prática inconstitucional porque não garantidora dos e 'ameaçadora' aos direitos fundamentais. Afinal, se tal prática era inserida em uma práxis inquisitória do processo penal, não podemos desconsiderar todo o pano de fundo que, assim constituído, fornecia pré-compreensões não só acerca do processo mas de todo o Direito" (CHAMON JÚNIOR. Princípios normativos de persecução ao 'crime organizado': uma discussão acerca do devido processo penal no marco de uma compreensão procedimental do Estado de Direito. **Revista do Curso de Direito**, v. 3, p. 86), o que não podemos concordar.

[472] Assim sendo, apresenta-se inaceitável a fala de Sabrina Dourado França Andrade ao afirmar que a constante evolução social exige um magistrado dotado de maior poder, além do que "clama a nova conjectura social que o juiz utilize sensibilidade e intuição como métodos de penetrar na realidade, corrigindo as desfigurações advindas da busca do conhecimento através de conceitos." (ANDRADE. **Constituição e Processo**, p. 670).

[473] BECCARIA. **Dos Delitos e Das Penas**, p. 138.

[474] SILVA JÚNIOR. **Curso de Direito Processual Penal**: Teoria (Constitucional) do Processo Penal, p. 30, 71 e 161.

> movimento revolucionário francês. (...) o grande feito de Beccaria foi o de transpor, para o âmbito do processo penal, a idéia política de Locke, difundida e refundida por filósofos franceses representantes do Iluminismo, notadamente Montesquieu e Rousseau, segundo a qual o poder do Estado não é absoluto, conhece os seus limites na necessidade de respeitar os direitos que são próprios à condição humana. O Estado, nessa concepção, é criado pelo homem para a satisfação de suas necessidades, daí por que a autoridade daquele é dada por meio de um pacto social, concebido pela razão humana. A dignidade humana, que se expressa com a reunião dos direitos indispensáveis à pessoa, preexiste ao Estado e deve por este ser respeitada. Transpondo esse pensamento para o âmbito criminal, tem-se que, na idéia democrático-liberal de Beccaria, o processo penal expõe os limites ao direito de punir e constitui-se a representação positiva dos direitos humanos.

Assim, como já alertava Beccaria no século XVIII para o problema dos pronunciamentos judiciais, é comum depararmos com decisões de recebimento de denúncia sem qualquer justificativa e observância dos preceitos legais (CPP, arts. 41 e 43), bem como, determinação de prisões provisórias,[475] especialmente as temporárias (Lei n. 7.960/89), sem qualquer embasamento fático e legal (fundamentação racional no caso concreto)[476].

Outro problema enfrentado no juízo criminal diz respeito aos fundamentos genéricos[477] da prisão preventiva, tais como: garantia da ordem pública e econômica (CPP, art. 312).[478]

---

[475] Exemplo recente de prisão ilegal ocorreu em Abaetetuba/Pará, quando uma adolescente (15 anos) foi presa, por tentativa de furto de um aparelho celular, e mantida encarcerada por 20 dias em uma cela com 30 homens, submetida a abusos sexuais, violência e estupros seguidos. O caso foi descoberto, apesar da prisão em flagrante pela delegada e da manutenção da constrição pela juíza, através de denúncia anônima ao Conselho Tutelar da cidade que comunicou o fato ao Ministério Público e ao Juizado da Infância e da Adolescência da comarca. Além do atentado à dignidade da pessoa humana, ao ficar enclausurada junto a presos de outro sexo, a adolescente não poderia sequer ter sido apreendida por seu ato infracional, vez que não era caso de internação (inexistência de violência, grave ameaça ou prática reiterada de delito grave). (Cf. PONTES. Na cadeia de Ana Júlia Carepa. **Blogspot**. 25 nov. 2007. Disponível em: <http://professormanuel.blogspot.com/2007/11/na-carceragem-com-ana-jlia-carepa.html>. Acesso em: 25 jan. 2008).

[476] Com propriedade, adverte Affonso Fraga, no trecho onde informa que "deixar o juiz de aplicar à hipótese controvertida o texto preexistente que se lhe ajusta, para solvê-la pela adaptação de normas que haja concebido em seu espírito, é desvirtuar as suas funções, recusar o cumprimento da lei, abrindo para seus jurisdicionados o precedente de rebeldia contra ela; é, em suma, trocar, sem direito que o autorize, o cargo de juiz pelo de legislador. Demais, qual o critério que lhe assistirá para, na solução de um caso concreto, antepor um principio jurídico de concepção própria, ao texto legal que reflete a vontade popular?". (FRAGA. **Instituições do processo civil do Brasil**, t. II, p. 73).

[477] Nesse sentido, há que se refutar o entendimento de Homero Pinho, citado em Alexandre de Paula, que, contrariando os princípios do processo constitucional, assim afirma "Cumpre a Juízes e Tribunais, a êstes por excelência, implantar princípios e critérios, normas e entendimentos iterativos, que supram a ausência do texto legal ou que, em *existindo*, lhes dêem o sentido da atualidade social de que se ressintam". (PAULA. **O processo civil à luz da jurisprudência**, v. XIX, p. 1).

[478] Observa Eugênio Pacelli de Oliveira que "as razões cautelares para a prisão anterior ao trânsito em julgado são aquelas previstas no art. 312, cumpre observar que a manutenção do flagrante determinada em lei, sem exame de cada caso concreto, não atende, nem no plano lógico, à fundamentação constitucional que lhe é subjacente, isto é, ao princípio da inocência. E isso porque, como vimos, a prisão deve também ser fundamentada. No que se refere à custódia determinada por conveniência da instrução criminal, não há como supor uma fundamentação abstrata e genérica, como aquela supostamente prevista em lei, aplicável a toda e

Conclui-se daí que a principal crítica que enfrentam as decisões jurisdicionais, sobretudo no âmbito criminal, refere-se à falta de regular e coerente (racional) fundamentação fática e legal, para tanto não bastando que sejam sucintas, como vem admitindo a jurisprudência, principalmente dos Tribunais Estaduais e do Superior Tribunal de Justiça.[479]

---

qualquer hipótese, independentemente do exame da qualidade probatória e da natureza do delito. Também a prisão para assegurar a aplicação da lei penal exige fundamentação concreta, já que o risco de fuga, consoante jurisprudência uniforme de nossos tribunais, deve ser comprovado por fatos e não por mera especulação, o que certamente ocorrerá se validada a manutenção da prisão tão somente por disposição legal. Restaria, então, a motivação fundada em garantia da ordem pública e econômica, nos termos do disposto no art. 312, do CPP. Aqui, a previsão legal buscaria justificar a necessidade da prisão em atenção à perigosidade do agente — daí a proteção da ordem pública. O argumento também não convence, visto que esta (perigosidade) também implicaria um exame antecipado da própria culpabilidade, em relação às evidências da prática do fato investigado e até mesmo acerca de eventual reincidência. É certo que a discussão acerca da viabilidade de uma prisão para garantia da ordem pública — freqüentemente fundada em perigosidade (e daí, culpabilidade projetada), como vem sendo reconhecida pelos tribunais — em face da também garantia da inocência, há de ser conduzida em foro e espaço adequados. Porém, basta-nos, por ora, constatar que, admitida a sua possibilidade, como nos parece mais acertado, o exame e a sua fundamentação hão de ser feitos, indispensavelmente, pelo Poder Judiciário." (OLIVEIRA. **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**, p. 322-323).

[479] Para Rosemiro Pereira Leal "a dogmatização da linguagem, como entendimento hipotético, pseudopactos eternamente mudos (alucinações), vem sendo adotada por vários hermeneutas (entre os quais Dworkin e Rosenfeld), a título de pressupostos histórico-axiológicos (ser-social progressista) a forjarem metabolicamente pré-compreensões identificatórias de um 'espírito' constitucional (sujeito do desejo coletivo) a ser desvendado e escriturado pela jurisprudência (jurisdição estabilizante) da práxis (ou pragmática) de tribunais de fundamentação primeira (súmulas) ou última (*stare decises*, *leader cases*, *precedents*) sem qualquer problematização da linguagem que deu origem às iniciativas decisórias." (LEAL. **O Brasil que queremos**: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito, 2006, p. 673). A regra do art. 381 do CPP (Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941) preceitua que: "Art. 381. A sentença conterá: I - os nomes das partes ou, quando não possível, as indicações necessárias para identificá-las; II - a exposição sucinta da acusação e da defesa; III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão; IV - a indicação dos artigos de lei aplicados; V - o dispositivo; VI - a data e a assinatura do juiz.". De igual forma no Código de Processo Civil (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973), pelos arts. 165 ["As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso"] e 458 ["São requisitos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem"]. No mesmo sentido, temos ainda o art. 438 do Código de Processo Penal Militar (Decreto-Lei n. 1.002, de 21 de outubro de 1969) ["Art. 438. A sentença conterá: a) o nome do acusado e, conforme o caso, seu posto ou condição civil; b) a exposição sucinta da acusação e da defesa; c) a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão; d) a indicação, de modo expresso, do artigo ou artigos de lei em que se acha incurso o acusado; e) a data e as assinaturas dos juízes do Conselho de Justiça, a começar pelo presidente e por ordem de hierarquia e declaração dos respectivos postos, encerrando-as o auditor"]. Para Tatiana Maria Oliveira Prates "a discricionariedade do juiz é estranha ao Estado Democrático de Direito por entificar o Estado e sujeitar a tutela jurisdicional (nesse caso concentrada na mão de uma pessoa 'juiz') a uma equivocidade tautológica (verdade sem esclarecimento)." (PRATES. **Uma pesquisa institucional de Estado, poder público e União na constitucionalidade brasileira**: significados, equívocos e a interpretação do Direito, busca de um novo médium lingüístico na teoria da constitucionalidade democrática, p. 399). Coerente com a racional fundamentação baseada em princípios, David Wilson de Abreu Pardo afirma que "a teoria dos princípios assume a tarefa de configurar um procedimento de aplicação imparcial de normas através do qual se afirma a racionalidade das decisões judiciais." (PARDO. A racionalidade da decisão judicial na teoria dos princípios. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v. 14, p. 64). Adere-se aqui às louváveis ponderações de Brêtas ao colacionar duas decisões do Supremo Tribunal Federal: a primeira anterior a Constituição de 1988 em que "Somente a sentença não motivada é nula. Não é nula a sentença com motivação sucinta ou deficiente." (STF – RE n. 77.792-MG – Rel. Min. Rodrigues Alckmin - Julg. 15.10.1974 – *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 73, p. 220) e, a segunda já na nova ordem constitucional, "O que a Constituição exige, no artigo 93, IX, é que a decisão judicial seja fundamentada; não, que a fundamentação seja correta, na solução das questões de fato ou de direito da lide: declinadas no julgado as premissas, corretamente assentadas ou não, mas coerentes com o dispositivo do acórdão, está satisfeita a exigência constitucional." (STF – RE n. 140.370-MT – Rel. Min. Sepúlveda Pertence - Julg. 20.4.93 – Revista Trimestral de Jurisprudência, v. 150, p.

Em outras palavras, representa o que Adauto Suannes[480] chamou de "ativismo judiciário"

> que compreende a interpretação das normas jurídicas de acordo com as convicções pessoais do intérprete. Ou, na expressão bem humorada de um *sholar*: ativista é o juiz que faz aquilo com que você não concorda. ['*Judicial*

---

269) para, em seguida "paradoxalmente, embora haja recomendação expressa do texto da Constituição, objeto de toneladas de escritos doutrinários sustentando a importância do princípio da fundamentação racional das decisões jurisdicionais, o certo é que os órgãos julgadores do Estado brasileiro, ultimamente, vêm negligenciando seu dever de motivação dos pronunciamentos decisórios. A nosso ver, tudo começou com decisões de rara infelicidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, porque, a partir de então, sedimentou-se, na jurisprudência brasileira, um entendimento estapafúrdio e generalizado contra a ordem jurídico-constitucional, qual seja, o de que sentença com motivação sucinta ou deficiente não é nula, estando satisfeita a recomendação constitucional, ainda que a fundamentação esteja incorreta. Esse entendimento do Supremo Tribunal Federal vem sendo contestado pela doutrina, porque decisão mal-fundamentada, isto é, fundamentada de modo deficiente, é decisão sem fundamentação, já que a deficiência decorre, exatamente, da falta de apreciação analítica dos argumentos e questões discutidos pelas partes, no processo, em contraditório. Além disso, ao se entender que a decisão está fundamentada, mesmo que a fundamentação se revele incorreta, parece-nos que assim se está aceitando como válida qualquer fundamentação, ainda que distanciada dos argumentos deduzidos e das questões individualizadas no processo pelas partes e das normas que integram o ordenamento jurídico vigente, o que se revela intolerável, em razão de tudo que consideramos até agora. Assim, por exemplo, se a decisão nega fatos aceitos pelas partes, sem controvérsia, e aceita fatos somente cognoscíveis fora do processo ou pelos predicados adivinhadores do agente público julgador (juiz), decidindo o caso concreto mediante aplicação de regras do Código de Hammurabi, de origem perdida no tempo, ao contrário das argumentações deduzidas pelas partes, que pugnavam pela aplicação de normas do Código Civil de 1916, tal decisão estará fundamentada, na estrábica ótica interpretativa do Supremo Tribunal Federal, em consonância com a exigência constitucional." (BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**, p. 151-153). A decisão jurisdicional, endossando as palavras de Brêtas, "será o resultado lógico da atividade procedimental realizada mediante os argumentos produzidos em contraditório pelas partes, que suportarão seus efeitos", pelo que "falamos em argumentos desenvolvidos em contraditório pelas partes, em torno das questões discutidas no processo, a exigir aclaramento e defesa dessa posição assumida, o que nos apressamos em fazer. Pois bem, tornando-se por base a doutrina de Carnelutti, ponto é o fundamento da pretensão ou da defesa que surge induvidoso ou incontroverso no processo. Quando as partes estabelecem discussão (controvérsia) em torno do ponto, este se converte em questão. Logo, para Carnelutti, questão é todo ponto controvertido ou duvidoso (de fato, de direito processual ou de direito material) que desponta no processo, objeto da discussão das partes e da decisão que será proferida. Por outro lado, esclarece Larenz que argumentar é fornecer argumentos que justifiquem uma afirmação, tornando-a pertinente ou pelo menos discutível. Em face do caráter dialético do processo, os argumentos e contra-argumentos das partes são traços marcantes do procedimento em contraditório. Os argumentos consistem, então, nas razões de justificação deduzidas pelas partes, no procedimento em contraditório, em torno das questões de fato e de direito processual ou material discutidas, com o objetivo de demonstrarem conseqüências ou conseguirem deduções. Acentua Carnelutti que a decisão é obtida resolvendo-se as questões discutidas no processo, razão pela qual as questões a serem resolvidas convertem-se em razões da discussão e estas serão as razões da decisão. Atentos a essas formulações teóricas, na tentativa de se estabelecer distinção técnica entre argumentos e questões e suas correlações com os princípios do contraditório e da fundamentação, chegamos à conclusão de que, no processo, as razões de justificação (argumentos) das partes, envolvendo as razões da discussão (questões), produzidas em contraditório, constituirão base para as razões da decisão, e aí encontramos a essência do dever de fundamentação, permitindo a geração de um pronunciamento decisório participado e democrático." (BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. A fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. **Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais**, v. 13, p. 340-341). Nesse sentido: "Fundamentação Sucinta - Possibilidade. Havendo fundamentação, ainda que sucinta, não se anula a decisão, pois, para sua validade, desnecessário que seja exaustiva. Interpretação do art. 93, IX, da CF. Precedentes." (TJMG – AC n. 209.577-6/00 – Rel. Des. Campos Oliveira – 5ª CCTJMG – 02/08/2001). "Preliminar: fundamentação sucinta não significa falta de fundamentação. Preliminar rejeitada." (TJES – AI n. 24019008283 – 3ª CCTJES – Julg. 07/05/2002 – Rel. Des. Nivaldo Xavier Valinho). "Encontrando-se a decisão atacada suficientemente fundamentada e, embora sucinta, motivada, não há que se cogitar de sua nulidade." (TJDF – AI n. 20010020056149 – Rel. Des. Lecir Manoel da Luz – Julg. 04/03/2002). "SENTENÇA - Nulidade - Inocorrência - Fundamentação sucinta que não se confunde com falta de fundamentação - Preliminar rejeitada." (TJSP – Apelação Cível n. 27.646-4 - São Paulo - Terceira Câmara de Direito Privado – Julg. 08/04/97 – Rel. Des. Antonio Manssur - Votação unânime). Nesse sentido: "Não é nula a decisão com fundamentação sucinta, mas a que carece de devida motivação, essencial ao processo democrático." (STJ - REsp. n. 19.661-0-SP - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo – Julg. 12.5.92 – Publ. DJU 8.6.92, p. 8.623).

[480] SUANNES. A ideologia do juiz. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, v. 3, p. 23.

> *activism is what the other guy does that you don't like*' é a literal observação de Joel Grossman (*apud* BAUM, Lawrence. *The Supreme Court. Congressional Quaterly Inc*., 1998, p. 7)] Nossa Suprema Corte [STF] permanece à espera de um historiador que, analisando suas principais decisões, trace seu perfil ideológico ao longo do tempo, sua bravura e sua covardia, seus feitos e suas omissões. Não faltará então, certamente, referência aos nomes de seus luminares e dos que desonraram a toga, aos daqueles que, mais pela passividade do Senado do que por merecimento, tiveram a indicação de seus nomes confirmada. [De 60 juízes indicados pelo Presidente neste século, 5 foram rejeitados pelo Senado norte-americano. Quando o FBI investigou a vida de um dos candidatos, Anthony Kennedy, descobriu que a filha dele, certa ocasião, havia saído de um estacionamento sem pagar o valor correspondente à permanência do veículo (cf. BAUM, Lawrence. *The Supreme Court. Congressional Quaterly Inc.*, 1998, p. 42). Compare-se isso ao que ocorre entre nós. Jamais tivemos um candidato a Ministro da Suprema Corte rejeitado pelo Senado, que se limita a inquirir o candidato, sem qualquer preocupação com seu passado e sua cultura jurídica. Tivemos, como é de todos sabido, o incrível caso de um *judice* que, renunciando ao cargo, foi servir ao Poder Executivo, de onde retornou ao Supremo Tribunal Federal, ali se aposentando. Além disso, chegaram a integrar nossa Corte Suprema um médico e dois generais (cf. PONTES DE MIRANDA. Comentários à Constituição de 1967. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, t. IV, p. 6)].

Nesse ponto, um dos maiores defensores do modelo constitucional do processo, Brêtas de Carvalho Dias, voltou a alertar, em recente artigo publicado em obra coletiva, sobre a necessidade de observância de quatro razões lógicas para a fundamentação das decisões jurisdicionais, senão vejamos:

> no Estado Democrático de Direito, a exigência constitucional de fundamentação das decisões jurisdicionais tem assento em quatro razões lógica e juridicamente relevantes:
> 1ª) controle de constitucionalidade da função jurisdicional, permitindo verificar se o pronunciamento estatal decisório está fundado no ordenamento jurídico vigente (princípio constitucional da legalidade ou da reserva legal);
> 2ª) tolhimento da interferência de ideologias, de subjetivismos e de convicções pessoais do agente público julgador no ato estatal de julgar;
> 3ª) verificação da racionalidade da decisão, ao apreciar os argumentos desenvolvidos pelas partes em contraditório e ao resolver analiticamente as questões discutidas no processo, a fim de afastar os erros de fato e de direito (erros judiciários) cometidos pelos órgãos jurisdicionais, causadores de prejuízos aos litigantes;
> 4ª) possibilidade de melhor estruturação dos recursos eventualmente interpostos, proporcionando às partes precisa impugnação técnica e jurídica dos vícios e erros que maculam as decisões jurisdicionais.[481]

Acresce-se, ainda, que, ao julgar, o magistrado tem o dever de, na motivação da decisão,[482] não se deixar influenciar[483] pelo "oculto sentimento",[484]

---

[481] BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Processo e Constituição**, p. 575.

[482] Com observância do princípio da determinabilidade ou precisão jurídica, decorrente da reserva legal, que se traduz na obrigatoriedade da decisão ter indicação dos utilizados dispositivos legais. (BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Processo Civil Reformado**, p. 228).

aqui compreendidas pelo influxo de ideologias, o particular sentimento jurídico[485] e as convicções pessoais particulares[486], bem como "simpatia, antipatia, desinteresse

---

[483] Para Piero Calamandrei, ressaltando a importância da imparcialidade, "há um componente na atividade jurisdicional que não é alcançado por soluções de racionalidade (...) [que] é o componente ditado pelas condições pessoais do juiz, seus sentimentos, sua formação, seu grau de independência, seu caráter e, de certo modo, sua própria vontade" (CALAMANDREI. **Estudos sobre o processo civil**, v. III, p. 235).

[484] O oculto sentimento dos magistrados muitas vezes extrapola a esfera jurisdicional, conforme notícia divulgada pelo Jornal *O Globo* (Caderno Gerais, 10.11.2004, p. 10) intitulada "Presidente do TJ [TJRJ] critica juiz: magistrado quer ser chamado de 'doutor' em seu prédio", em que "o presidente do Tribunal de Justiça (TJ) do Rio, desembargador Miguel Pachá, disse ontem que o juiz Antônio Marreiros da Silva Melo Neto, da 6ª Vara Cível de São Gonçalo, deveria desistir do processo que move contra a síndica do Edifício Luíza Village, em Niterói. Pachá acredita que a postura de Antônio Marreiros, que quer ser tratado pelos funcionários do edifício onde mora como 'senhor' ou 'doutor', não condiz com o que pensam outros magistrados. (...) O juiz Antônio Marreiros deu entrada no processo por danos morais no dia 10 de setembro [2004]. O pedido chegou a ser indeferido liminarmente em primeira instância. No entanto, o magistrado recorreu ao Tribunal de Justiça, conseguindo que o desembargador Gilberto Dutra acolhesse seu pedido para ser tratado como 'senhor' ou 'doutor'." E, magistrados com referidos conceitos sobre a profissão, facilmente aderem ao "complexo de Magnaud", objeto de crítica de Brêtas: "Jean-Marie Bernard Magnaud foi o juiz que, na França, presidiu o Tribunal de Primeira Instância de Château-Thierry no período de 1899 a 1904, cujos julgamentos se tornaram célebres, mas assim sobressaindo porque subvertiam a ordem jurídica. Almejava ser o bom juiz clemente com os miseráveis e severo com os poderosos. Apesar de bem redigidas, suas sentenças, muitas vezes, eram distanciadas das fontes do direito, sem qualquer preocupação com as regras e princípios jurídicos, com a doutrina ou com a jurisprudência. Algumas decisões por ele lavradas revelavam incerteza e insegurança jurídicas, formulando regras apoiadas unicamente no sentimentalismo e nos seus juízos e opiniões pessoais, que variavam em cada situação apreciada, ainda que semelhantes os casos julgados. Essas decisões assim proferidas simbolizavam anarquia jurídica, porque levavam em conta a classe, a mentalidade religiosa ou a ideologia política das pessoas que postulavam a jurisdição. Ao ditar suas sentenças, comportava-se Magnaud como se fosse a própria encarnação do direito, um misto de legislador, de vidente, de apóstolo e de evangelizador, dir-se-ia espécie mitológica do Juiz-Zeus. Para alguns doutrinadores, entretanto, Magnaud proferia suas sentenças com base na eqüidade (Cf. PERELMAN. **Lógica jurídica: nova retórica**, p. 97-98. GONÇALVES. **Técnica processual e teoria do processo**, p. 45-46. MAXIMILIANO. **Hermenêutica e aplicação do direito**, p. 83. ARAÚJO. **Responsabilidade objetiva do Estado pela morosidade da justiça**, p. 361)." (BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**, p. 134-135).

[485] Podemos colacionar como exemplo negativo ao desprendimento do magistrado um voto proferido no julgamento do Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 279.889 – AL (200/0154059-3), realizado pelo Superior Tribunal de Justiça, aos 14/8/2002, *verbis*: "Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico – uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja" (voto do Ministro Humberto Gomes de Barros).

[486] BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. A fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. **Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais**, v. 13, p. 339.

por uma questão ou argumentação jurídica",[487] "todas as variações dessa realidade misteriosa, maravilhosa e terrível que é o espírito humano"[488].

O Supremo Tribunal Federal, corte popularmente conhecida como guardiã da constituição e parâmetro para as instâncias do Judiciário, tem sido fonte de inspiração para o influxo de ideologias e do particular sentimento jurídico, preconizando o obscurecimento dos princípios constitucionais do processo e o exemplo negativo para o Estado Democrático de Direito.

Assim, os ministros da Suprema Corte, provavelmente sob o manto da blindagem cerebral, adquiriram o péssimo hábito, nefelibatário, de troca de acusações injuriosas, e o que é pior, ao vivo e a cores na "TV Justiça".

Na comemoração dos 15 (quinze) anos da promulgação da Constituição de 1988, o então ministro Nelson Jobim revelou solenemente ter fraudado a soberania popular em conchavos de gabinete que introduziram artigos não votados na Constituição. O caso foi relegado pelo ministro Maurício Corrêa, então Presidente do Supremo, ao afirmar que tudo estava sepultado pelo tempo, transformando o escândalo em uma bazófia inconseqüente. O ministro Nelson Jobim, aliás, foi alvo de várias outras condutas anti-democráticas, inclusive ao assumir a presidência da Corte, conforme matéria divulgada nos meios de comunicação (título: "O novo Supremo Tribunal"), "reuniu-se com dirigentes de vários órgãos do Poder Executivo, para orientá-los quanto ao uso das vias judiciárias para a defesa dos atos do Executivo, visando com isso à diminuição do número de ações judiciais e de recursos aos tribunais" (*Jornal do Brasil*, Caderno Gerais, 6.11.2004, p. 13)[489].

---

[487] Acrescenta Brêtas que "a decisão jurisdicional nunca será somente o resultado interpretativo hercúleo do juiz, mas, como aponta corretamente Rosemiro Pereira Leal, 'conclusão co-extensiva da argumentação das partes'. [LEAL. *Teoria processual da decisão jurídica*, p. 26-27] É de se ressaltar que esta argumentação é desenvolvida pelas partes, que têm direito a uma defesa técnica conforme o ordenamento jurídico, por isto representadas por advogados, em contraditório, em torno das questões de fato e de direito discutidas no processo. Enfim, com aplausos, subscrevemos o seguinte texto doutrinário de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira: 'não é necessário ser Hércules (Dworkin), para se cumprir a tarefa jurisdicional' (*Direito processual constitucional*, p. 154)." (BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**, p. 144).

[488] CAPPELLETTI. **Proceso, ideologias, sociedad**, p. 3-5.

[489] E outras polêmicas se repetiram. Com a aposentadoria do ministro Nelson Jobim, o ministro Joaquim Barbosa assumiu o encargo (protagonista) de disseminar e instigar os sentimentos mais sobrenaturais dos demais componentes da Corte. Durante sessão no mesmo Tribunal para discutir uma liminar (20.10.2004), referente à possibilidade de aborto por mulheres grávidas de fetos sem cérebro, concedida pelo ministro Marco Aurélio, o ministro Joaquim Barbosa afirmou que o assunto era muito polêmico para decisão monocrática daquele, tendo como resposta que o "tipo de agressão" deveria ser decidida fora do Supremo, numa referência ao tempo em que as pessoas resolviam suas desavenças digladiando-se em duelos. Em outra oportunidade, também em plena sessão de julgamento (24.11.2006), o ministro Joaquim Barbosa acusou o ex-presidente

No presente caso, calham as ponderações de Álvaro Ricardo de Souza Cruz[490], rechaçando o excesso de preciosismo de alguns juízes e promotores, pelo que

---

da Corte Maurício Corrêa (agora aposentado e advogando em Brasília) de fazer tráfico de influência, numa ação milionária que tramita no Supremo sobre desapropriação de terras. O caso gerou bate-boca em plenário e culminou na retratação de Joaquim Barbosa. Na segunda desavença com o ministro Marco Aurélio, o caso envolvia um pedido de habeas corpus distribuído no início da noite de uma sexta-feira. O ministro Joaquim Barbosa era o relator e ministro Sepúlveda Pertence o decano do tribunal. Ao receber o recurso, o ministro Marco Aurélio pediu ao distribuidor que certificasse a ausência dos demais ministros a quem caberia, por preferência, a ação. A determinação foi atendida por assessores dos respectivos gabinetes que atestaram, por escrito, que os ministros não se encontravam em Brasília. Uma semana após o fato, o ministro Joaquim Barbosa manifestou insatisfação com o episódio e apontou irregularidade (no sentido de fraude) na distribuição, alegando que estava em Brasília. O ministro Marco Aurélio representou contra o ministro Joaquim Barbosa, mas a Presidência da Corte apenas declarou que não houvera irregularidade na distribuição. Em 2007 (26.9.2007), o constrangimento se repetiu, depois de declarar a inconstitucionalidade de um dispositivo legal (parágrafo 1º do artigo 7º da Lei 10.254/1990, do Estado de Minas Gerais, que instituiu o estatuto dos servidores da administração estadual), a Corte voltou a discutir a mesma ação para, agora, modular os efeitos do julgamento. A questão gerou discussão exaltada no Plenário entre o ministro Gilmar Mendes, autor da questão de ordem, e o ministro Joaquim Barbosa, relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI). Esse último reclamou não ter sido consultado sobre a questão que reputava encerrada no julgamento anterior, pelo que não concordava com a proposta e a classificou como "jeitinho" (no sentido de manobra, para que a questão fosse novamente votada), sendo retrucado pelo ministro Gilmar Mendes sobre a impossibilidade daquele dar lição de moral no tribunal. O ministro Gilmar Mendes, autor de vários textos sobre o direito constitucional e o respeito aos direitos fundamentais, esquecendo-se de sua condição de componente da mais alta corte do país e jungido por aspirações políticas, deixou transparecer o oculto sentimento sobrenatural dos magistrados ao acusar genericamente, em público, os procuradores e promotores de mover ações de improbidade por interesses políticos ou pessoais. O mesmo Ministro, em outra oportunidade, fez sérias críticas à ministra Eliana Calmon, do Superior Tribunal de Justiça, no que diz respeito à fundamentação de suas decisões (prisões preventivas) proferidas na ação de fraude em licitações de obras públicas (Operação Navalha) em vários Estados, além de comparar a Polícia Federal com a Gestapo (polícia da Alemanha nazista). (Cf. BRÍGIDO. Polêmica provoca briga no STF. **O Globo**, Rio de Janeiro. 8 nov. 2004. Disponível em: <http://sistemas.aids.gov.br/imprensa/Noticias.asp?NOTCod=60531>. Acesso em: 25 jan. 2008. KRAMER. O Judiciário e a cooptação. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo. 30 set. 2007. Disponível em: <http://www.diplomaciaenegocios.com.br/ntc.asp?Cod=1501>. Acesso em: 25 jan. 2008. DINES. No país dos bacharéis: A mídia não sabe cobrir o Judiciário. **Observatório da Imprensa**, São Paulo. 29 nov. 2005. Disponível em: <http://observatorio.ultimosegundo.ig.com.br/artigos.asp?cod=357IMQ001>. Acesso em: 25 jan. 2008. MICELLI. Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes se desentendem. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo. 1 dez. 2007. Disponível em: <http://www.servidorpublico.net/noticias/2007/10/01/ joaquim-barbosa-e-gilmar-mendes-se-desentendem>. Acesso em: 25 jan. 2008. AYDOS. Carta Magna: Quinze anos sem corte constitucional. **Observatório da Imprensa**, São Paulo. 11 nov. 2003. Disponível em: <http://observatorio.ultimosegundo.ig.com.br/cadernos/cid111120032.htm>. Acesso em: 25 jan. 2008. RAMOS. Ellen Gracie minimiza briga entre ministros no STF. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande. 24 nov. 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=visualiza_noticia&id_caderno= 20&id_noticia=11282>. Acesso em: 25 jan. 2008).

[490] CRUZ. **Hermenêutica e jurisdição constitucional**, p. 231-232.

> o princípio da igualdade processual do qual decorrem o contraditório e a ampla defesa torna-se elemento central na construção de um processo constitucional que realmente efetive os direitos fundamentais. A idéia de que nenhuma parte deve ser tratada com privilégios manda um recado direto ao nosso ordenamento jurídico e aos operadores do direito.

e complementa

> Assim é que o contraditório está a exigir do governo a construção de uma assistência judiciária (defensoria pública) que dê dignidade a milhões de brasileiros incapazes sequer de compor os 'fluxos comunicativos' de Habermas. Custas processuais e periciais devem ser tratadas legislativamente de maneira a não impor óbices ao exercício da cidadania. Ao mesmo tempo, a igualdade processual não tolera os enormes privilégios concedidos à Fazenda Pública no Brasil. Prazos em dobro e em quádruplo para recorrer e contestar, citação/intimação nos autos, pagamento pela via de precatórios, vedação de concessão e liminares inaudita altera pars e recursos ex officio são alguns poucos exemplos de prerrogativas da Fazenda Pública, vistas como 'direitos' da Advocacia Pública, porque necessárias, face à carência de recursos humanos e de material para a garantia do erário público. Todavia, o recado constitucional é claro: as partes são iguais. O Estado não precisa de tais benefícios para sua defesa. Ao contrário, é preciso que os governantes levem a sério as diretrizes constitucionais e equipem adequadamente a Defensoria/Advocacia Pública. Quanto aos operadores do direito, o principal recado remete-se ao Ministério Público e à Magistratura. O Ministério Público foi inteiramente remodelado pelo novo ordenamento constitucional, e, sendo assim, tornou-se uma instituição jovem, composta por jovens promotores (Procuradores da República/do Trabalho). A tentação/desejo de usar os poderes do cargo em favor da sociedade tem feito a instituição cometer inúmeros acertos e número significativo de erros. Boa parte dos promotores considera-se instrumento da justiça divina pronto para abater os pecadores de uma sociedade ansiosa para se livrar da corrupção. Exatamente por isso recebe um tratamento equivocado da imprensa formadora de opinião, ora como heróis/guardiões da ética e da moral da coletividade, ora como bandidos/violadores dos direitos fundamentais e da privacidade. O princípio da igualdade possui forte conteúdo democrático porque guarda em si o conceito de humildade. Saber-se igual é saber que não se é superior em nenhuma situação. É reconhecer a dimensão constitucional de tutelar o devido processo legal e a dignidade humana, lutando pela realização da Justiça através de provas sempre lícitas. Somente assim restará intangível o direito ao contraditório na fase de instrução. Quanto à magistratura, o recado é enorme [Não apenas face ao distanciamento que o Judiciário ainda, infelizmente, se impõe da sociedade. O status do cargo torna parte considerável dos magistrados alvo de crítica da sociedade, acusados de se considerarem deuses ungidos ao Olimpo, trazidos pelo sucesso em um concurso público ou pela escolha política para o quinto constitucional]. A hermenêutica judicial derivada do paradigma do Estado Democrático de Direito obriga o magistrado a reconhecer-se como igual perante as partes, numa lição de humildade diária, exigindo mudança de vícios de postura do Judiciário brasileiro. Receber advogados não pode ser encarado como concessão/dádiva do magistrado, porquanto componha o direito constitucional à jurisdição. O princípio da igualdade incorpora os ganhos do chamado giro lingüístico da moderna interpretação, uma vez que o intérprete se torna fruto da linguagem social (preconceitos oriundos da tradição/educação do meio social o formou como pessoa). Por conseguinte, o magistrado deve deixar de contar apenas consigo mesmo (ou com o consolo de que sua decisão, em caso de erro, poderá ser revista pelo Tribunal/instância superior). Ele deve julgar não mais pelo seu senso 'inato' de Justiça, mas pelo que depreendeu na tramitação regular do processo.

> Assim, sua sentença haverá de reconstruir a argumentação das partes, o que torna a fundamentação elemento essencial do moderno discurso jurídico.

A solução proposta por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho[491] apresenta-se razoável e coerente com os ditames do Estado Democrático de Direito e, como afirmado pelo próprio autor, para "um processo penal que inspire confiança", no que se refere ao desenvolvimento de métodos para combater o ideologismo nas decisões judiciais, a começar por propiciar conhecimento suficiente ao juiz para permitir-lhe um controle consciente da situação, através de um estágio preparatório mais substancioso após a aprovação no concurso da magistratura, com exigência de estudo sério, professores especialistas e habilitados por disciplina, além de constantes reciclagens e a disponibilização ampla de uma terapia individual, novamente com especialistas de alta qualidade e totalmente subvencionada, para ruptura de eventuais petrificações e retrocessos adquiridos no exercício da profissão.

Referidas sugestões encontram consonância com as proposições de Brêtas de Carvalho Dias,[492] em que

> há cerca de 19 anos, em despretensiosos trabalhos doutrinários, vimos sustentando a tese de que esses objetivos jamais serão alcançados com meras alterações do Código, principalmente na forma em que estão sendo realizadas, sem debate amplo e prévio com os setores especializados da sociedade brasileira (Faculdades de Direito, Escolas Judiciais, Escolas de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil, Escolas do Ministério Público). Para que tais objetivos sejam atingidos, sempre consideramos imperiosa a implantação de mudanças na estrutura dos órgãos jurisdicionais, com número de juízes em proporção adequada à população que atendem e ao número de processos neles em curso, dotando-se-lhes de recursos materiais suficientes e de pessoal treinado e tecnicamente qualificado, aspecto do problema em questão sempre olvidado. Ao lado disto, impõe-se a mudança de mentalidade e de formação técnica dos operadores ou práticos do direito (juízes, advogados, defensores públicos, membros do Ministério Público), que precisam enxergar o processo como metodologia normativa de garantia dos direitos fundamentais, vale dizer, compreendê-lo como processo constitucionalizado e não como simples instrumento técnico da jurisdição ou mero calhamaço de papéis no qual o juiz profere sentença após a prática desordenada de atos pelos sujeitos processuais, como vem ocorrendo, de forma caótica, na maioria das vezes.[493]

---

[491] COUTINHO. **A lide e o conteúdo do processo penal**, p. 144-145.

[492] BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Processo Civil Reformado**, p. 218.

[493] Cf. BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. A desnecessidade de novos códigos processuais na necessária reestruturação da Justiça Brasileira. **Revista de Processo**, v. 45, p. 114-124. BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo. **Revista de Processo**, v. 128, p. 164-174. Calham aqui os seguintes dados: a Defensoria Pública da União (DPU) registrou um crescimento de 57% no atendimento ao público, comparados os números de 2006 e 2007, fruto do ingresso de um grande número de defensores nos quadros da instituição e a significativa melhora na estrutura de trabalho e de atendimento ao público. A

Portanto, não é demais ressaltar o vínculo que deve ter o magistrado ao art. 93, inciso IX da Constituição de 1988, principal dispositivo quanto à fundamentação racional das decisões jurisdicionais[494] e, que está, esteja coerente com as razões de justificação deduzidas pelas partes no procedimento em contraditório, em torno das questões de fato e de direito processual e material discutidas nos autos, além do irrestrito respeito aos demais princípios constitucionais do processo.[495]

Coordenação de Planejamento, Orçamento e Finanças da Defensoria Pública da União também registrou o crescimento de quase 5.300% nos atendimentos dos últimos sete anos. Os dados demonstram que um dos pontos de estrangulamento do Judiciário, e demais setores vinculados à função, diz respeito à deficiência estrutural. (Cf. PONTES. Atendimentos da DPU cresce 5300% em 7 anos. **Blogspot**. 25 nov. 2007. Disponível em: <http://professormanuel.blogspot.com/2007/11/na-carceragem-com-ana-jlia-carepa.html>. Acesso em: 25 jan. 2008). Outro exemplo que comprova a deficiência estrutural do Judiciário: foi noticiado na imprensa que a ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, em outubro de 2007, recebeu no tribunal pedido de habeas corpus de um preso condenado, em outubro de 2005, a nove meses de prisão. Concedeu a liminar, mas estranhando o decurso de tempo, pediu informações à primeira instância, obtendo a resposta de que o condenado morrera em agosto de 2006. O fato não teria tais contornos, caso não tivesse também tramitado no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e no Superior Tribunal de Justiça, que denegaram a ordem. Ineficiência explicita da função jurisdicional, ao perceber o apontado equívoco somente no julgamento pela Suprema Corte. (Cf. PONTES. Folclore Jurídico: Habeas Corpo?. **Blogspot**. 25 nov. 2007. Disponível em: <http:// professormanuel.blogspot.com/2007/11/na-carceragem-com-ana-jlia-carepa.html>. Acesso em: 25 jan. 2008).

494 Alguns julgados já prestigiam a racional fundamentação das decisões jurisdicionais, principalmente no Supremo Tribunal Federal: "Competência - Habeas-Corpus - Ato de Tribunal de Alçada Criminal. Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus dirigido contra ato de tribunal ainda que não possua a qualificação de superior. *Convicção pessoal colocada em segundo plano, em face de atuação em órgão fracionário. Prestação [da tutela] Jurisdicional - Completude - Fundamentação. A prestação [da tutela] jurisdicional há de ser formalizada da maneira mais completa possível, atentando o órgão julgador para a norma imperativa do inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal, no que direciona à necessidade de lançar-se os fundamentos da decisão*. Instância - Supressão. Implica supressão de instância adentrar-se campo estranho à decisão do Juízo. Isso ocorre quando este impõe a regressão do preso ao regime fechado sem ouvi-lo, como estabelecido no artigo 118, § 2º, da Lei de Execução Penal, e, diante de recurso da defesa, admite-se o vício, mas, em passo seguinte, determina-se, no campo da cautelar, a sustação do regime semi-aberto e da remição. Processo Penal - Poder de Cautela Geral - Medida Preventiva - Liberdade - Silêncio Da Lei. No campo do processo penal, descabe cogitar, em detrimento da liberdade, do poder de cautela geral do órgão judicante. As medidas preventivas hão de estar previstas de forma explícita em preceito legal." (STF - HC n. 75662/SP – Rel. Min. Marco Aurélio – 2ª T. - Julg. 3.3.1998 – Publ. 'DJ' 17.4.1998, p. 3 – Ementário 1906-02/278); e, "O Órgão julgador deve fazer referência explícita às circunstâncias judiciais que o levaram a decidir por um regime mais gravoso." (STF - HC n. 73685/SP – Rel. Min. Marco Aurélio – 2ª T. - Julg. 18.6.1996 – Publ. 'DJ' 20.9.119, p. 34535 – Ementário 1842-02/369).

495 Em recente obra, Sálvio de Figueiredo Teixeira questionou a "excessiva constitucionalização processual" ao afirmar que "não obstante a nossa tradição em Constituições analíticas, não se justificava constitucionalizar com tanta ênfase a disciplina processual no respeitante às regras, e até mesmo em relação a princípios, conhecida a distinção entre estes e as garantias. Além de ampliar desnecessariamente o texto constitucional, a inclusão de determinadas normas de índole processual no corpo da Lei Maior desservem ao processo e ao próprio sistema jurídico, sabido o quão difícil é a emenda de uma Constituição." (TEIXEIRA. **A criação e realização do direito na decisão judicial**, p. 63), o que não podemos concordar por ser visão completamente incompatível

5.4 Responsabilidade civil por abuso na executoriedade de medidas cautelares criminais

Responsabilidade, termo originário da palavra *responsabilitatis*, do latim, tem em sua essência a significação de responsabilizar-se, garantir, assegurar, assumir o pagamento do que se obrigou ou do ato que praticou.

Na etimologia, gera qualidade de ser responsável, condição de responder, pode ser empregado no sentido de obrigação, encargo, dever, imposição de alguma coisa.

No Direito Público, tem-se a denominada Responsabilidade Patrimonial do Estado, ou como outros preferem denominar Responsabilidade extracontratual[496] do Estado, Responsabilidade Civil da Administração, ou ainda, simplesmente, Responsabilidade Objetiva do Estado.

A Constituição de 1988, através do § 6º do art. 37, estipulou para as pessoas jurídicas de direito público a responsabilidade objetiva por danos causados por seus agentes a terceiros.[497]

---

com o Processo Constitucional e o princípio do Estado Democrático de Direito. (BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**, p. 87).

[496] Extracontratual porque a contratual deriva de contratos celebrados pela Administração.

[497] Dayse Starling Lima Castro alerta que "a ordem jurídica previamente estabelece o dever de indenizar àquele cujo direito foi sacrificado, operando-se uma verdadeira conversão do direito atingido em uma equivalente expressão patrimonial (...), [pelo que] (...) o dano ensejador de responsabilidade reclama, além de um simples dano econômico, consiste em agravo a algo que a ordem jurídica reconhece como garantido em favor do direito – um dano em direito." (CASTRO. Responsabilidade extracontratual do Estado. **Direito Público**: Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direito Tributário, p. 236 e 245).

Em linhas gerais[498], a *Responsabilidade Objetiva do Estado* representa a obrigação do Estado, por seus entes de Direito Público interno e demais entidades estatais, inclusive as prestadoras de serviço público, de indenizar, independentemente de culpa, no exercício de suas atividades (funções), os danos materiais, morais e estéticos, ou seja, as violações aos direitos fundamentais, ocasionadas por quaisquer de seus respectivos agentes públicos ou políticos, em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, respeitadas as excludentes legais e futuro direito de regresso.[499]

A responsabilidade objetiva do Estado incide tanto para os atos judiciários quanto para os atos jurisdicionais dos magistrados.[500]

Vale, para tanto, aclarar que os a*tos judiciários* são aqueles atípicos à função do juiz, representados por medidas tomadas para administração e funcionamento do

---

[498] Por base os entendimentos emitidos pelo Supremo Tribunal Federal: "Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem: a) a alteridade do dano; b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público; c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636); e d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/50 - RTJ 71/99 - RTJ 91/377 - RTJ 99/1155 - RTJ 131/417." (STF - RE n. 109.615-2-RJ - 1ª Turma – Rel. Min. Celso de Mello - DJU 2.8.1966); o Superior Tribunal de Justiça: "Tendo a Constituição Federal abarcado a teoria objetiva da responsabilidade, todo dano ocasionado ao particular, por servidor público, há de ser ressarcido, independentemente da existência de dolo ou culpa deste." (STJ - AGA 396.230-BA; AgRg n. 2001/082346-0 – DJ 11.3.2002 p. 248 – Rel. Min. Paulo Medina – Julg. 20.11.2001 - Segunda Turma – Disponível em: www.stj.gov.br - Acesso em: 8.3.2003); e os Tribunais Estaduais: "Administração Pública. Danos causados por seus agentes a terceiros. Responsabilidade objetiva indenizatória. CF/88, art. 37, § 6º. Demonstrado o nexo de causalidade entre a ação ou omissão do agente público e a efetividade do dano (material e/ou moral), as pessoas jurídicas de direito público respondem pelos prejuízos para com terceiros, sem culpa exclusiva ou concorrente destes, nos termos do art. 37, § 6º, da CF/88." (TJMG - Apelação Cível n. 1.0000.00.253.957-5.000 – Rel. Des. Pedro Henriques - 8ª CCTJMG – Julg. 4.11.2002 – Publ. 18.2.2003 - Disponível em: www.tjmg.gov.br - Acesso em: 11/6/2003).

[499] FREITAS. **Curso Prático de Direito Administrativo**, 2. ed., p. 210. Verificar também: FREITAS. **Curso prático de direito administrativo**. 1. ed., 1999. FREITAS. **Direito processual contemporâneo**, 2008.

[500] No Direito Comparado, países como França, Alemanha, Polônia e Itália adotam o sistema da responsabilidade objetiva do Estado por atos judiciários e jurisdicionais. Vale registrar também: Constituição espanhola de 1978, art. 121: "*Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia Del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, daran derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley*." No mesmo sentido a Lei francesa de 5/7/72 (art. 11). Já a Constituição da República Portuguesa, em seu art. 52, § 1º: "Todos os cidadãos têm o direito de apresentar, individual ou coletivamente, aos órgãos de soberania ou a quaisquer autoridades petições, representações, reclamações ou queixas para defesa dos seus direitos, da Constituição, das leis ou do interesse geral e bem assim o direito de serem informados, em prazo razoável, sobre o resultado da respectiva apreciação." No Uruguai, Art. 23. "*Todos los jueces son responsables ante la ley, de la más pequeña agresión contra los derechos de las personas, así como por separarse del ordem de proceder que en ella se establezca.*" (PÉREZ. **Constitución de 1967 de la Republica Oriental del Uruguay**, p. 180).

próprio Judiciário. Assim, não só os juízes, como também os demais servidores do Judiciário (assessores, jurados, estagiários, escrivães, síndicos,[501] comissários, oficiais, tabeliães, secretários, motoristas, seguranças, faxineiros, porteiros), dentro do exercício dos atos judiciários, podem cometer danos a terceiros gerando a responsabilidade objetiva do Estado (CR/88, art. 37, § 6º).[502]

Já os *atos jurisdicionais* são aqueles típicos e específicos da função do juiz, externados pelos despachos, decisões interlocutórias, sentenças e acórdãos. Esses, são, em princípio, insusceptíveis de ocasionar responsabilidade objetiva do Estado,[503] uma vez que refletem o exercício da própria soberania e estão sujeitos a recursos (duplo grau de jurisdição) ou outras ações (*e.g.* mandado de segurança, *habeas corpus*, rescisória, revisão criminal), como mecanismos de revisão jurisdicional, além de submetidos ao instituto da coisa julgada como princípio da segurança das relações jurídicas.

Portanto, a clareza com que se verifica a responsabilidade objetiva do Estado com relação aos atos judiciários, não se evidencia facilmente com os atos jurisdicionais.

No entanto, conforme preceitua o art. 133, *caput* do CPC,[504] em conjugação com o § 6º do art. 37 da CR/88, o Estado responderá objetivamente pelas perdas e danos que o magistrado[505] ocasionar quando, no exercício de suas funções,

---

[501] "Indenização. Responsabilidade Civil do Estado. Omissão de síndico nomeado para administrar os bens da massa falida. Danos causados ao patrimônio. Admite-se a responsabilidade objetiva do Estado na órbita civil, pelos danos causados aos particulares em decorrência de atos administrativos desenvolvidos no Poder Judiciário. Assim, se o Síndico dativo nomeado para administrar os bens da massa falida, no exercício de um munus público, tem o dever legal de desempenhar bem o seu encargo e zelar para que nenhum dano ocorra no patrimônio do particular e não o faz, o Estado arcará com os prejuízos causados por sua omissão" (TJSP - 4ª CDP – AC n. 245.582-1/6 - Rel. Des. Aldemar Silva – Julg. 16/5/96 - *RT* 732/228).

[502] "A responsabilidade do Estado se restringe aos danos causados por funcionários administrativos, nessa qualidade, a terceiros; não responde o Estado por possíveis danos, oriundos de decisões ou atos judiciais errados, segundo a doutrina já aceita e consagrada pela jurisprudência dos tribunais." (STOCO. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**, p. 414, transcreve o acórdão da 2ª Seção do TJSP, apelação julgada em 28/8/96, *RT* 259/127).

[503] "Responsabilidade objetiva do Estado. Ato do Poder Judiciário. A orientação que veio a predominar nesta Corte, em face das Constituições anteriores à de 1988, foi a de que a responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos do Poder Judiciário a não ser nos casos expressamente declarados em lei. Precedentes do STF. Recurso extraordinário não conhecido." (STF – 1ª Turma – 11/12/1992 – *RTJ* 145/268 – *JSTF* 177/136 – *RDA* 193/316).

[504] Reproduziu o art. 49 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

[505] Em artigo publicado sobre o tema, Brêtas emitiu conclusões após apreciar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: "1ª) a jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que o Estado não é responsável pelos atos dos seus juízes, exceto nos casos expressamente acolhidos em lei, ou seja, nas hipóteses de dolo ou de fraude, ou ainda, quando, sem justo motivo, o juiz recusar, omitir ou retardar medidas que deve ordenar de oficio ou a requerimento da parte; 2ª) houve posição divergente nos julgamentos do Supremo Tribunal

proceder com dolo ou fraude[506] (*conduta dolosa*),[507] ou recusar, omitir, além de retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte, observado o disposto no parágrafo único do art. 133 do CPC. Nesses casos, será necessária a prova da conduta dolosa do magistrado. Como exemplo: Juiz que retarda, sem justa causa, o andamento de processos sob sua jurisdição.

Os atos jurisdicionais também poderão levar à responsabilidade objetiva do Estado por *conduta culposa cível ou criminal* dos magistrados, conforme preceitua o

---

Federal, liderada pelo saudoso Ministro Aliomar Baleeiro, admitindo a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, de forma ampla, nas hipóteses de culpa grave ou dolo do juiz e de culpa objetiva do serviço judiciário, não imputável aos magistrados, mas à incúria, negligência, desordem na manutenção e provimento dos serviços públicos da justiça; 3ª) a jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal a respeito do assunto firmou-se na vigência das Constituições anteriores à de 1988; 4ª) a doutrina mais atual, sem divergência, afirma que, diante das inovações trazidas pela Constituição de 1988, o Estado é responsável pelos atos judiciais, em situações de culpa grave, dolo, desídia, negligência e obtusidade do juiz, erro judiciário e demora na prestação da tutela jurisdicional, que caracterizam o mau funcionamento da administração dos serviços públicos jurisdicionais, devendo indenizar os danos daí decorrentes; 5ª) a corrente minoritária surgida nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, conduzida pelo Ministro Aliomar Baleeiro, aceitando a tese da responsabilidade do Estado pelos atos jurisdicionais, de forma ampla, é a que se encontrava harmonizada com a tendência doutrinária contemporânea; 6ª) em conseqüência, a expectativa doutrinária é a de que o Supremo Tribunal Federal, como guarda da Constituição Federal, no típico exercício da jurisdição constitucional, empreenda uma revisão da sua jurisprudência predominante no assunto, quando provocado a julgar casos da espécie; 7ª) pesquisa no Direito Comparado atual revela acentuada tendência evolutiva no sentido de se aceitar a tese da responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, em seu sentido mais amplo; 8ª) exemplos significativos dessa tendência são encontrados no Direito vigente na Espanha, França e Itália e nos julgamentos realizados pelo Tribunal Europeu do Direitos do Homem, ao condenar os Estados-partes da Comunidade Européia no pagamento de indenizações pela demora na entrega da tutela jurisdicional, situação considerada violação de direito fundamental do ser humano." (BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a responsabilidade do Estado por ato jurisdicional. **Temas atuais de direito processual civil**, p. 343-344). Também escreveram sobre o assunto: ALEGRE. A responsabilidade patrimonial do Estado na atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 40, p. 62-68; e, MELLO. A responsabilidade do Estado pela morosidade na atividade jurisdicional. **Revista da ESMAPE**, v. 7, p. 349-398.

[506] Brêtas afirma que "o processo fraudulento é todo aquele que visa a iludir a lei, conseguindo-se, pela via processual, o que ela proíbe, ou envolvendo fraude arquitetada contra interesse de terceiro." (BRÊTAS DE CARVALHO DIAS. **Fraude no processo civil**, p. 72).

[507] "Em certas cidades da Holanda, os lapidadores de pedras preciosas vivem em obscuras oficinas, ocupados todo o dia a pesas, em balanças de precisão, pedras tão raras, que bastaria uma só para os tirar da miséria. À noite, quando as entregam, faiscantes à força de polimento, a quem ansiosamente as espera, preparam serenamente, sobre aquela mesma mesa onde pesaram os tesouros alheios, a sua ceia frugal e partem sem inveja, com as mãos que lapidaram os diamantes dos ricos, o pão da sua honesta pobreza. O bom juiz põe o mesmo escrúpulo no julgamento de todas as causas, por mais humildes que sejam. É que sabe que não há grandes e pequenas causas, visto a injustiça não ser como aqueles venenos a respeito dos quais certa medicina afirma que, tomadas em grandes doses, matam, mas tomadas em doses pequenas, curam. A injustiça envenena, mesmo em doses homeopáticas." (CALAMANDREI. **Elogio dei giudici scritto da un avvocato**, p. 200).

art. 5º, inciso LXXV da CR/88,[508] de forma que "*o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença*".

A conduta culposa do magistrado no procedimento criminal, bem aceita pela jurisprudência e doutrina, é regulada ainda pelo art. 630 do CPP.[509]

Na França, ficou famoso o caso do oficial *Alfred Dreyfus*, acusado e condenado por espionagem injustamente (1894), mais tarde recebendo a concessão da graça (1899) e, finalmente, a reabilitação (1906), depois de insistente campanha pela revisão (1897-1899), desvirtuada por paixões político-religiosas. Já entre nós, pode-se citar o *Caso dos Irmãos Naves*, que teve repercussão nacional como exemplo de erro judiciário, quando dois irmãos foram condenados, com sentença confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, e após dez anos de reclusos, a suposta vítima apareceu viva na cidade onde teria ocorrido o crime.[510]

Já a conduta culposa do magistrado no procedimento cível, não é bem vista (admitida) por parte da doutrina e pela jurisprudência, vez que os juízes perderiam parte de sua independência e imparcialidade, além de gerar insegurança sobre o convencimento nas decisões dos processos.[511]

Assim, a conduta culposa dos juízes na esfera cível, aqui admitida,[512] limita-se aos casos em que houver manifesta e induvidosa negligência, imprudência ou

---

[508] "Dano moral. Erro judiciário. Responsabilidade civil do estado. A teor da consagrada responsabilidade objetiva, impõe-se ao Estado a obrigação de indenizar o cidadão por dano moral decorrente de erro judiciário." (TJMG - AC n. 142.674-1/0 – Rel. Des. Aluízio Quintão – 5ª CCTJMG – Julg. 25/11/1999 – Publ. 17/12/1999 - Unânime).

[509] Art. 630. CPP. "O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos. §1º. Por essa indenização, que será liquidada no juízo cível, responderá a União, se a condenação tiver sido proferida pela justiça do Distrito Federal ou de Território, ou o Estado, se o tiver sido pela respectiva justiça. §2º. A indenização não será devida: a) se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder; b) se a acusação houver sido meramente privada."

[510] "Responsabilidade do Estado por erro judiciário. Caso 'Irmãos Naves'. Liquidação por cálculo do contador. Inclusão dos juros compostos e honorários advocatícios sobre o montante apurado. Pedido de correção monetária indeferido por falta de amparo legal. Se o erro ocorreu por conduta criminosa dos agentes policiais, a indenização deve ser a mais ampla, incluindo os juros compostos, na forma do art. 1.544 do C. Civil. Ação rescisória julgada procedente (STF - TP - AR 749 - Rel. Min. Amaral Santos - Julg. 14/6/72 - *RTJ* 61/587)" (STOCO. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**, p. 547).

[511] CARVALHO FILHO. **Manual de direito administrativo**, p. 449; GASPARINI. **Direito administrativo**, p. 833; MEDAUAR. **Direito Administrativo Moderno**, p. 438; ALEXANDRINO; PAULO. **Direito administrativo**, p. 432; FARIA. **Curso de direito administrativo e positivo**, p. 550; MOTTA FILHO; SANTOS. **Direito constitucional**, p. 321.

[512] Particularmente, complexo e difícil, é o problema da responsabilidade do Estado, em decorrência do exercício da sua função jurisdicional, vez que o magistrado atua exatamente em função desta. Esta tese, tem de ser levada a frente com extremo cuidado, para não gerar exatamente o efeito contrário do esperado, ou seja, os magistrados sentiriam-se tolhidos, a cada passo, na sua função de dizer o direito ou de resolver as graves questões que lhes são afetas, pelo temor de engendrar

imperícia do magistrado na condução dos autos,[513] e não os despachos e decisões respaldados por interpretação da lei, sendo que, do contrário, estaríamos isentando o Estado da responsabilização por danos injustos causados àqueles que procuram o Judiciário para solução das controvérsias.[514]

Nesse sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> Responsabilidade civil do Estado. Ato Judicial. Responde civilmente o Estado pelos danos causados a terceiros pelo juiz, agente público 'lato sensu', em procedimento de jurisdição voluntária no qual, por negligência, são expedidos e, depois, revogados alvarás acobertadores de compra e venda imobiliária.[515]

---

responsabilidade para si e para o Estado que representam. Afetaria ao final a liberdade e independência do Poder Judiciário, direitos constitucionalmente legados a seus membros.

[513] "Responsabilidade civil do Estado. Ato de magistrado. Ação de indenização contra o Estado em razão de dano irreversível causado à parte em virtude de omissão ilegal verificada em ato jurisdicional. Inteligência do art. 37, § 6º, da CF/88. Procedência da ação" (TJRJ – Rel. Des. Antônio de Castro Assumpção – 4ª CCTJRJ – Julg. 27/8/1991 - RJTJRJ 179/81 – por maioria).

[514] DI PIETRO. **Direito administrativo**, p. 429; MEIRELLES. **Direito administrativo brasileiro**, p. 592; SANTANA. **Direito administrativo**, p. 172; NUNES. **Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais**, p. 142; MENDONÇA. **Responsabilidade do Estado por ato judicial violador da isonomia**, p. 143; CAMARGO. **A responsabilidade civil do Estado e o erro judiciário**, p. 125; JUCOVSKY. **Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional**, p. 69; LAUBADÈRE. **Traité élémentaire de droit administratif**, v. II, p. 630.

[515] TJMG – AC n. 42.594-2/0 – Rel. Des. Roney Oliveira – 5ª CCTJMG – Julg. 5/10/1995. No voto condutor do acórdão decidiu o Relator (Des. Roney Oliveira) que, "no que pertine ao mérito, não comungo do entendimento de que não teria havido erro judiciário nem nexo de causalidade entre o dano sofrido e a concessão ou revogação do alvará, repudiando, também, a tese da culpa exclusiva da vítima pelo evento danoso. Na realidade, os apelantes somente anuíram na compra do lote inventariado e prometido a E.G.S. quando se viram acobertados por alvará judicial, autorizativo daquela transação imobiliária. (...) Por se sentirem amparados pelo aludido alvará, alienaram os apelantes o seu automóvel e um outro lote, aplicando o produto da venda na aquisição do novo imóvel, cuja compra fora autorizada, expressamente, pelo Juiz da 6ª Vara Cível, gerando transcrição imobiliária, após a transposição do obstáculo da dúvida levantada contra o registro. (...) Depois que os apelantes adquiriram o título dominial e incorporaram o lote inventariado ao seu patrimônio, o então titular da 6ª Vara Cível, advertido pelo Fisco, por algum interessado ou até mesmo pela Corregedoria de Justiça, provocou um retrocesso na já consumada transação, revogando os alvarás que expedira às centenas e determinando o cancelamento das respectivas transcrições imobiliárias, na substanciosas decisão de fls. 13 a 21, em que confessa, com todas as letras, que autorizara a expedição daqueles alvarás 'sem a observância de normas legais, pela inexistência de declarações da existência dos lotes no Bairro Bandeirantes...'. (...) Destaque-se, a bem da verdade, que não constitui fato regular, insusceptível de reparação, aquele praticado pelo juiz distraído, descuidado e negligente, que defere alvarás sem prévio exame da legalidade do ato e, ao depois, de maneira irresponsável dá meia-volta na decisão anterior, escoiceando direitos já consumados de terceiros, causando-lhes danos patrimoniais que, a esta altura, não mais podem ser reparados pelo espólio inexistente e pelo outro partícipe da transação imobiliária, ele também vítima do desastrado descuido judicial. (...)" Este voto foi acompanhado integralmente pelos Des. Schalcher Ventura (revisor) e Des. Bady Curi (vogal) que acrescentou: "Quanto ao mérito, coloco-me de acordo com eminente Relator, à consideração de que a negligência do magistrado na condução do processo é evidente. Agiu ele não com erro de inteligência, mas com erro de vontade, do cumprimento de seu dever; foi absolutamente negligente."

Cabe ainda destacar a responsabilidade objetiva do Estado pelos danos ocasionados pela demora na prestação da tutela jurisdicional,[516] principalmente pela falta de aparelhamento (material e humano)[517] do Judiciário e pelo excessivo formalismo da legislação processual, em desrespeito ao princípio constitucional da eficiência (CR/88, art. 37, *caput*), por total omissão do próprio Estado.[518]

Nesse sentido, José Carlos Barbosa Moreira confirma o "dever de indenizar por parte dos poderes públicos em caso de não se assegurar, em concreto, esta

---

[516] Apesar disso, afirma Stoco que "mesmo em caso de decisão judicial morosa, não cabe a responsabilidade civil do Estado por falta de serviço, quando a demora tem causa justificada." (STOCO. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**, p. 414, em que é transcrito acórdão do STF, RDA 90/140). No mesmo sentido: OLIVEIRA. **Constituição e processo civil**, p. 26.

[517] Sobre o tema *in foco*, manifestou o Ministro do STF, Carlos Mário da Silva Velloso: "O Magistrado deve ser fiel aplicador da moralidade administrativa, arauto da ética, deve pautar as suas decisões com o maior rigor quando em jogo estiver a ética, a moralidade administrativa." (**Revista do Instituto dos Magistrados do Brasil**, n. 10, 1997), e ainda, examinando os mesmos pontos, no *Caderno de Estudos* n. 10/3/98 da *Revista "In Verbis"* – Tema: *O Poder Judiciário*: como torná-lo mais ágil e dinâmico: efeito vinculante e outros temas – Manifestou ser a lentidão da Justiça o maior mal do Poder Judiciário, dando como causas a explosão de processos, o número deficiente de juízes de 1º grau. (Um juiz para cerca de 25.100 habitantes, enquanto que na Alemanha tem-se um juiz para 3.863 habitantes, forma inadequada de recrutamento de juízes, desaparelhamento do apoio administrativo do primeiro grau, e leis processuais jungidas de formalismo excessivo e sistema irracional de recursos. No mesmo artigo enumera várias soluções. No mesmo sentido, *Rogério Medeiros Garcia Lima* afirmou que "o Judiciário mineiro não quer mais assumir sozinho a responsabilidade por suas mazelas, convencido de que os Poderes Executivo e Legislativo contribuem significativamente para o agravamento de seus problemas, deixando de garantir orçamento condizente com as necessidades da justiça." (LIMA. **O direito administrativo e o poder judiciário**, p. 161). Observar também: "Presidentes redigem documento. O Colégio permanente de presidentes de Tribunais de Justiça do Brasil, reunido em Belo Horizonte, nos dias 24 a 27 de abril de 2003, vem a público: *1 – manifestar repúdio ao recente e infeliz pronunciamento do Senhor Presidente da República, sobre indefinida e abstrata 'caixa-preta' no Poder Judiciário e inconstitucional 'controle externo' a um Poder cujas atividades são permanentemente fiscalizadas pelas partes interessadas, pelos advogados, pelo Ministério Público e pelos Tribunais de Contas; 2 – expressar preocupação com a ausência de verdadeira Reforma do Poder Judiciário, de real interesse da sociedade e capaz de eliminar as causas da morosidade da justiça*; 3 – registrar apreensão com as anunciadas propostas de reforma da Previdência Social e, ainda, com sua precipitada antecipação pelos Estados Federados, porque atentatórias de direitos adquiridos e geradoras de insegurança para os magistrados do futuro; 4 – lamentar as trágicas mortes dos juízes Antônio José Machado Dias e Alexandre Martins de Castro Filho, vítimas da desenfreada violência reinante na sociedade brasileira, na qual o 'crime organizado' assume, não raro, a posição de um 'poder paralelo'; 5 – cobrar do Estado, através de medidas articuladas e permanentes, segurança aos magistrados, serventuários e jurisdicionados, condição mínima para o adequado funcionamento do Poder Judiciário" (Jornal Minas Gerais – Caderno do Judiciário - p. 03 - 29/4/2003). Recente pesquisa publicada na Revista *Veja* (SECCO, Alexandre. Ordem no Tribunal!. 30/4/2003) comparando o número de magistrados por 100.000 habilitantes em alguns países, assim expôs: a) Alemanha (30 juízes); b) b) França (14 juízes); c) Estados Unidos (11 juízes); d) Argentina (6 juízes); e) Brasil (5 juízes).

[518] VARGAS. **Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação da tutela jurisdicional**, p. 164; JUCOVSKY. **Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional**, p. 71; ARAÚJO. **Responsabilidade objetiva do estado pela morosidade da justiça**, p. 389; PINTO. **Jornal Hoje em Dia**, 9/3/2003.

razoável duração dos processos, e alguém se sentir prejudicado com a excessiva demora da prestação da tutela jurisdicional".[519]

De maneira uniforme, da mesma forma que se admitirá a responsabilidade objetiva do Estado por atos do Judiciário, também se admitirá a decorrente de atos dos representantes do Ministério Público.

Assim, dentro de suas funções administrativas (atípicas), como qualquer outro agente político, o representante do Ministério Público pode ocasionar um dano gerando a responsabilidade objetiva do Estado.

Pode-se, ainda, dentro de suas funções precípuas e típicas, constitucionalmente estabelecidas (CR/88, art. 127 e seguintes), [520] ocasionar também dano a terceiro, levando à responsabilidade objetiva do Estado. Como exemplo: Promotor de Justiça que denuncia determinado cidadão por certo crime, sem qualquer embasamento fático, que, ao final, prova não se ter configurado o delito.[521]

Ressalta-se para tanto que, de acordo com o art. 129, inciso I da CR/88, é função institucional do Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública (que como se sabe, é promovida por denúncia do Ministério Público). O ato de denunciar é, talvez, aquele que mais pode ocasionar a responsabilidade do Estado.

Evidente, então, ser perfeitamente cabível a ação de reparação por responsabilidade do Estado em tais casos, por estarem configurados os pressupostos da obrigação de reparar o dano, vez que há ação do agente (o ato de oferecer denúncia), o dano à vítima (dano moral ou patrimonial), a relação de causalidade entre aquela e este, e a inexistência de excludentes (culpa exclusiva da vítima[522] ou fato de terceiro[523]).

---

[519] BARBOSA MOREIRA. Reflexos da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, no processo civil. **Revista da EMERJ**, v. 8, p. 33.

[520] Art. 127 da CR/88: "O Ministério Público é a instituição permanente, essencial á função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis". Observar também arts. 81 e segs. do CPC.

[521] A denúncia é apenas um exemplo de possibilidade de responsabilização do Estado por atos ministeriais, que pode ocorrer em outros numerosos casos, como a propositura de Ação Civil Pública, a instauração de Inquérito Civil, a requisição de Inquérito Policial, entre outras diversas. Pode-se até imaginar hipótese de simples manifestação em processo cível que cause dano à parte, a justificar a responsabilização do Estado, embora o Supremo Tribunal Federal já tenha decidido não caber responsabilização em tais casos.

[522] Réu na ação criminal que confessa, por coação policial, crime que não praticou ou que não ocorreu, ou queixa-crime de fato inverídico apresentado por suposta vítima de crime.

[523] Denunciação do réu com base em diversos depoimentos insuspeitos apontando aquele como autor do crime.

E, conforme preceitua o art. 85 do CPC,[524] em conjugação com o §6º do art. 37 da CR/88, o Estado responderá objetivamente pelas perdas e danos que o membro do Ministério Público[525] ocasionar quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude (*conduta dolosa*), de forma bem semelhante à estabelecida para os magistrados no art. 133, inciso I do mesmo diploma processual.

Por fim, destaca-se que qualquer indenização promovida pelo Estado por atitude desregrada de seus agentes deve ser acompanhada da obrigatória ação regressiva, cumprindo o preceito do art. 43 do Código Civil, porque, se assim não

---

[524] Art. 85 do CPC. "O órgão do Ministério Público será civilmente responsável quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude."

[525] Em recente publicação, o Jornal do Advogado — informativo oficial da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Minas Gerais — destacou, em meio a comentários de Brêtas de Carvalho Dias, acórdão incomum nos tribunais pátrios sobre o reconhecimento da responsabilidade objetiva do Estado pela arbitrária atuação de uma Promotora de Justiça, incorporadora da síndrome do escoteiro às avessas, exemplo negativo para o Ministério Público, instituição fundamental ao Estado Democrático de Direito. "Vez por outra, ouvimos reclamações de advogados em relação a atitudes arbitrárias das quais são vítimas, ao desempenharem suas funções profissionais na defesa de seus clientes, cometidas por juízes, promotores e delegados da polícia judiciária, principalmente em audiências das quais participam. Entretanto, poucas vezes notamos reação dos advogados contra esses atos, reclamando perante às Corregedorias de Justiça, do Ministério Público e da Polícia, buscando a punição das autoridades que descumprem a lei, ao desconhecerem as prerrogativas profissionais do advogado, ou ajuizando ações judiciais que tenham por objetivo corrigir tais excessos de conduta e abusos de poder. Em razão disso, é oportuno divulgar acórdão exemplar, lavrado pela Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas, que acolheu pedido indenizatório por danos morais formulado em ação ajuizada pelo advogado Dr. Antônio Gomes de Oliveira, militante na Comarca de Bambuí, em razão de atos de abuso de poder cometidos pela Promotora de Justiça da Comarca contra a sua pessoa, consistentes na exigência da sua retirada da sala de audiências, após desentender-se com ele, inclusive requisitando força policial para que conduzisse o advogado para fora do prédio do Fórum. Reformando a sentença de primeiro grau, que rejeitou o pedido indenizatório, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais reconheceu ao advogado seu direito a receber indenização por danos morais, pelas ilegalidades cometidas contra a sua pessoa pela Promotora de Justiça, em acórdão lapidar assim ementado: 'Ação de indenização por danos morais - Advogado - Retirada da sala de audiência por policiais - Excesso na conduta da promotora de justiça - Responsabilidade do Estado. O Estado é responsável pelos danos que seus agentes, no exercício de suas funções, causarem a terceiros, não se perquirindo de sua culpa ou dolo (responsabilidade objetiva), bastando, pois, que se comprove o dano causado pelo Estado e o nexo de causalidade.' (Apelação cível n. 1.0051.03.007392-1/001, comarca de Bambuí, 8ª Câmara Cível, Relator Desembargador Silas Vieira, julgamento em 9/11/2006, acórdão publicado em 14/2/2007, unânime). Corretos os fundamentos jurídicos desse acórdão exemplar, em face das normas do art. 37, §6º, da Constituição Federal, porque foi o Estado que nomeou o agente público causador do dano moral, após selecioná-lo por concurso público, revelando-se, posteriormente, desqualificado para o exercício do cargo para o qual nomeado, em face da sua conduta excessivamente arbitrária, expondo o advogado a uma situação pública vexatória. Agora, o Estado Democrática de Direito espera que o Estado de Minas Gerais cumpra o preceito do art. 43 do Código Civil e promova a necessária ação regressiva contra a Promotora, causadora do dano moral que ensejou a reparação, a fim de receber o valor da indenização que lhe foi imposta e que deverá pagar, porque, se assim não o fizer, estará o contribuinte pagando injustamente o valor daquela indenização." (BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. Um acórdão exemplar. **Jornal do Advogado**. Belo Horizonte, a. XXX, n. 248, maio/ago. 2007, p. 11).

proceder, estará infringindo o Estado Democrático de Direito com a oneração de toda a sociedade.[526]

[526] Direito de regresso. O direito de regresso, ou regressivo, é o poder-dever indisponível que tem o Estado, por suas procuradorias, de buscar o ressarcimento dos agentes públicos ou terceiros responsáveis pelos danos por dolo ou culpa, dos valores que foi obrigada a pagar aos lesados, em face da responsabilidade objetiva do Estado (CR/88, art. 37, § 6º). Assim é que, somente após o pagamento da indenização pelo Estado ao lesado, em face da responsabilidade objetiva, é que nasce a sua legitimidade para buscar o ressarcimento contra o agente público ou terceiro. A Constituição do Estado de Minas Gerais, promulgada em 21 de setembro de 1989, impõe a ação regressiva: "Art. 16. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, sendo obrigatória a regressão, no prazo estabelecido em lei, nos casos de dolo ou culpa". É vedado ao Estado impor administrativamente ao agente público ou terceiro (CR/88, art. 5º, inciso II) [Art. 5º, inciso II CR/88: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;"] o dever de reparação aos cofres públicos, que se não for amigável na esfera extrajudicial, deverá buscar perante o Judiciário o valor despendido nas indenizações pela responsabilidade objetiva. A ação de indenização em face do direito regressivo tem caráter subjetivo, cabendo ao Estado o ônus probatório (CPC, art. 333, inciso I) [Art. 333. CPC. 'Caput': "O ônus da prova incumbe:", e, inciso I: "ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;"] do dolo ou culpa do agente público ou terceiro, sendo impossível o pedido de indenização quando não for identificado o real causador do dano (culpa anônima do serviço). É imprescritível, por força do § 5º do art. 37 da CR/88 ["A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causam prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento"], a ação de regresso contra o responsável, quando a indenização tenha sido paga, como ocorre no caso da responsabilidade objetiva do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), além das autarquias e das fundações públicas. Julgados a respeito: "Processo Civil. Responsabilidade civil. Indenização. Denunciação à lide. Indeferimento. Direito de regresso. Ausência de prejuízo. Anulação do processo. Impossibilidade. Recurso especial. Responsabilidade civil. Indenização contra entidade de direito público. Denunciação da lide indeferida. Processo julgado. Direito de regresso. Ausência de prejuízo. Indeferida a denunciação da lide, e julgada a causa, com ressalva do direito de regresso contra o autor do ato danoso, não houve prejuízo ao denunciante, que deva ser reparado, não se justificando a anulação do processo. (Resp. n. 94.274-0 - SP. Rel. Min. Hélio Mosimann, Segunda Turma. Maioria. DJ 23/2/98)" (Boletim n. 03 do STJ – 18/3/99). "O Estado responde pelos danos que seus agentes causarem a terceiros. Sua responsabilidade é objetiva, independe de dolo ou culpa. O agente público causador do dano, por sua vez, indeniza regressivamente a Administração Pública." (STJ – REsp. n. 156.289-SP – Reg. 1997/084125-1 - DJ p. 143 2/8/1999 - LEXJTACSP 178/284 – Rel. Min. Demócrito Reinaldo – 1ª Turma). "O Estado é responsável pela reparação do prejuízo material causado em acidente de trânsito, na hipótese de restar provado o liame entre a conduta do seu preposto e o dano sofrido pelo particular, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa, a teor do art. 37, § 6º, da Constituição Federal." (TJMG - AC n. 263.015-0/0 – Rel. Des. Silas Vieira – 8ª CCTJMG – Julg. 13/5/2002). "O segurador tem ação regressiva contra o agente causador do dano (Súmula 188, do Supremo Tribunal Federal). Resultando comprovada a culpa do agente causador do dano, a culpa do agente se resolve na responsabilidade objetiva do ente público (Constituição da República, artigo 37, § 6º)." (TJMG - AC n. 245.310-8/0 – Rel. Des. Francisco Lopes de Albuquerque – Julg. 14/5/2002). "Natureza estatal das atividades exercidas pelos serventuários titulares de cartórios e registros extrajudiciais, exercidas em caráter privado, por delegação do Poder Público. Responsabilidade objetiva do Estado pelos danos praticados a terceiros por esses servidores no exercício de tais funções, assegurado o direito de regresso contra o notário, nos casos de dolo ou culpa (CF, art. 37, § 6º)." (STF - RE n. 209.354-AgR-PR - Rel. Min. Carlos Velloso - DJ p. 19 16/4/99 - Ementário 1946-07/1275 – Julg. 2/3/1999 – 2ª Turma). "Responsabilidade do Estado. Natureza. Animais em via pública. Colisão. A responsabilidade do Estado (gênero), prevista no § 6º do artigo 37 da Constituição Federal, é objetiva. O dolo e a culpa nele previstos dizem respeito à ação de regresso. Responde o Município pelos danos causados a terceiro em virtude da insuficiência de serviço de fiscalização visando à retirada, de vias urbanas, de animais." (STF - RE n. 180.602-SP - Rel. Min. Marco Aurelio - DJ p. 23 16/4/99 – Ementário 1946-05/1018 - RTJ 169-02/638 – Julg. 15/12/1998 – 2ª Turma). Direito Comparado: a Constituição Portuguesa de 1976

5.5 Considerações relevantes

Visando à elaboração de uma sentença participada no Estado Democrático de Direito, há técnica normativa de construção do procedimento em contraditório. Tal método alinha-se ao modelo constitucional do processo, em que o juiz, aqui entendido como diretor dialogador do processo, de forma isenta (sem ideologias ou subjetivismos), oportunizará as partes não somente o dizer e o contradizer, mas o princípio da não surpresa. Este representado por oportunidades, em simétrica paridade, sobre os meios de prova, de defesa e de manifestação (direito de petição) em geral.

No processo penal, em especial, a atividade do magistrado é voltar no tempo e ao lugar, quando e onde se deram os fatos ditos delituosos. Isto fará por meio das provas colacionadas aos autos pela acusação e defesa, com a finalidade de reconstruir as questões narradas na peça acusatória e na defesa, de modo a confirmar ou infirmar a ocorrência do delito.

Dessa forma, as partes, pessoas diretamente afetadas pelo pronunciamento final, reconstroem no processo os pontos controvertidos através de argumentos

---

(Com revisão de 1982), art. 22: "O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízos para outrem.", além do art. 271 do mesmo diploma português: "Os funcionários e agentes do Estado e das demais entidades públicas são responsáveis civil, criminal e disciplinarmente pelas suas ações e omissões de que resulte violação dos direitos ou dos interesses legalmente protegidos dos cidadãos, não dependendo, em qualquer fase, de autorização hierárquica. 2 – É excluída a responsabilidade do funcionário ou agente que atue no cumprimento de ordens ou instruções emanadas de legítimo superior hierárquico e em matéria de serviço, se previamente delas tiver reclamado ou tiver exigido a sua transmissão ou confirmação por escrito. 3 – Cessa o dever de obediência sempre que o cumprimento das ordenas ou instruções implique a prática de qualquer crime. 4 – A lei regula os termos em que o Estado e as demais entidades públicas têm direito de regresso contra os titulares dos seus órgãos, funcionários e agentes". Para Sônia Sterman (Responsabilidade civil dos agentes públicos: ação regressiva – Obrigatoriedade de sua proposição pelos representantes das pessoas jurídicas de Direito Público. **Revista de Direito Civil**, p. 25) "Em matéria de responsabilidade civil do Estado, a ação regressiva, viabilizadora do direito de regresso, consagra não só um controle político de responsabilização dos agentes públicos, mas uma das formas de proteção dos interesses da coletividade, com o restabelecimento da moral pública". Para Edimur Ferreira de Faria (**Curso de direito administrativo e positivo**, p. 558) "o agente causador do dano deve ser acionado indistintamente. Primeiro, através da ação de reconhecimento, para provar a sua culpa ou dolo, e, em seguida, através da ação de execução, para cobrança compulsória. Na hipótese de o servidor não ter bens patrimoniais suficientes para salda a obrigação, o setor de pagamento dos servidores públicos deve promover desconto em folha, mensalmente, nos limites previstos na Lei estatutária pertinente, até o reembolso total".

levados ao processo com respeito a técnica normativa de construção do procedimento em contraditório e observância do modelo constitucional do processo, corolário do devido processo constitucional, finalizando com a elaboração da sentença participada.

A *Responsabilidade Objetiva do Estado* representa a obrigação do Estado, por seus entes de Direito Público interno e demais entidades estatais, inclusive as prestadoras de serviço público, de indenizar, independentemente de culpa, no exercício de suas atividades, os danos materiais, morais e estéticos, ou seja, as violações aos direitos fundamentais, ocasionadas por quaisquer de seus respectivos agentes públicos ou políticos, em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, respeitadas as excludentes legais e futuro direito de regresso. Admite-se a responsabilidade objetiva do Estado por atos do jurisdicionais e a decorrente de atos dos representantes do Ministério Público, quando no exercício de suas funções.

CONCLUSÃO

1) Diante da análise e discussões acerca do tema ora proposto, conclui-se que a busca da celeridade e da efetividade da prestação da tutela jurisdicional, principalmente através das medidas cautelares, vem ocasionando, na verdade, redução dos direitos e garantias constitucionais.

2) O problema enfrentado pelas medidas cautelares criminais inicia-se com a falta de sua sistematização no processo penal, além de estarem reguladas em hipóteses restritas com conceitos abertos e vagos, o que favorece a falta ou insuficiência de fundamentação das decisões jurisdicionais, emanadas por magistrados arraigados por pré-concepções e conceitos metajurídicos, sem assegurar a devida participação dos afetados, mediante a ampla defesa e o contraditório. A solução perpassa pela adoção do processo constitucional e seus princípios institutivos, com a aplicação de garantias que assegurem os direitos fundamentais, infringidos na aplicação das medidas cautelares criminais, reguladas nas esparsas e desatualizadas legislações penais.

3) O arbítrio do decididor não pode ser o caminho para a legitimação de verdadeira afronta aos direitos fundamentais e garantias constitucionais já assegurados no plano constituinte e instituinte.

4) Não se pode diminuir os princípios constitucionais do processo a pretexto da celeridade processual ou mesmo pelo fetiche instrumentalista da efetividade do processo.

5) Não se questiona, aqui, a necessidade da busca da celeridade e da efetividade da prestação da tutela jurisdicional, aliás, princípios também a serem observados no processo constitucional. O que se rechaça é o fato de magistrados usarem abusivamente da escassa ou inexistente fundamentação das decisões jurisdicionais, principalmente nos juízos criminais, em que está em jogo o bem da vida mais precioso (liberdade), quando muitas vezes minoram e até mesmo excluem direitos e garantias; situação incompatível com as conquistas tuteladas por um Estado Democrático de Direito, orientador de um processo constitucional composto de, entre vários outros princípios, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

6) O Judiciário brasileiro não deve fechar os olhos sobre tais questões, mas sim construir democraticamente suas decisões pautando-se na Hermenêutica

Discursiva que se legitima através da oportunização de participação dos jurisdicionados na construção dos provimentos jurisdicionais através de princípios institutivos, tais como o do devido processo legal, o do contraditório e o da ampla defesa.

7) O Processo deve servir como instrumento de cidadania, inconcebível a formulação de decisões jurisdicionais sem observância da técnica normativa estrutural, pautada principalmente no modelo constitucional do processo, em que devem ser observadas as razões de justificação deduzidas pelas partes, no procedimento em contraditório, pela simétrica paridade, em torno das questões de fato e de direito processual ou material discutidas nos autos.

8) As cautelares devem prestar-se como mais uma garantia oferecida às partes no processo, cabendo ao diretor dialogador deferir a medida preventiva de forma objetiva e justificada, limitando-se à realidade fática e probatória colacionada aos autos pelos participantes.

9) Os tempos mudaram, instalada nova ordem constitucional, a inobservância dos princípios constitucionais do processo nulifica-o absolutamente, vez que as garantias se sobrepõem a qualquer outra disposição, além de vincularem não só o legislador como o próprio aplicador da norma.

10) As mazelas inquisitivas das medidas cautelares penais de polícia e processuais, reguladas em leis anteriores à Constituição de 1988, principalmente da década de 1940, são um paradoxo com as garantias e direitos constitucionais atuais, o que não impede a coabitação dos princípios, afastada a colisão dos mesmos quando de sua aplicação no caso concreto.

11) Necessária uma completa reforma processual penal, buscando reestabelecer o desfigurado sistema, que foi rompido por distorções produzidas no Código de Processo Penal, por legislaturas descompromissadas com o Devido Processo Legislativo, o processo constitucional e o Estado Democrático de Direito.

12) O Projeto de Lei n. 4.208/2001, proposto pelo Executivo, com base em estudos de uma qualificada comissão constituída por processualistas, visando a alterar dispositivos do Código de Processo Penal, relativos à prisão, medidas cautelares e liberdade, esperança para a superação das apontadas distorções no sistema, já foi desfigurado por inclusões, exclusões e modificações, além da apresentação por deputados de uma emenda substitutiva global.

13) Urgente, então, o ajuste do sistema processual penal às exigências constitucionais, principalmente na parte atinente às cautelares criminais, em especial, a sua sistematização e estruturação, com o aumento do rol de medidas, vez que atualmente centradas essencialmente na prisão preventiva (cautela) e na liberdade provisória sem fiança (contracautela) do art. 310, parágrafo único do Código de Processo Penal.

14) É imperioso também qu se implante mudanças na estrutura dos órgãos jurisdicionais (melhor dotação de recursos humanos e materiais) e a mudança de mentalidade e de formação técnica dos operadores do direito (delegados, promotores, juízes, advogados, defesores e servidores públicos) que precisam entender o processo como metodologia normativa de garantia dos direitos fundamentais.

15) Logo, conclui-se que o processo penal pátrio é falho, inquisitista, não abarca a devida técnica normativa em relação às medidas cautelares, vulnerando-as, portanto, a abusos de polícia e jurisdicionais, valendo-se covardemente de clamores populares sazionais como paliativos rasos para promoção de uma reforma legislativa infrutífera, muito mais voltada a ações emergências do que comprometida com a real obtenção de soluções concretas, que tenham foco na superação da teoria instrumentalista, com a adoção do processo constitucional estruturalista, resguardados assim as garantias e direitos fundamentais, pilares do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

AGESTA, Luis Sanchez. **Curso de derecho constitucional comparado**. 7. ed. rev. (reimpression). Madrid: Universidad de Madrid/Facultad de Derecho, 1988.

AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. Quem tem medo da eficiência no processo penal? **Boletim Jurídico**. Uberaba/MG, a. 3, nº 215. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1736> Acesso em: 11 dez. 2007.

ALBERTON, Cláudia Marlise. Tutelas de urgência, emergência e evidência – a questão da sumarização frente ao processo penal garantista. *In*: CARVALHO, Salo de (Org.). **Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: 2004.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoria general e historia del proceso** (1945-1972). Cidade do México: Universidad Nacional Autônoma de México, Instituto de Investigaciones Juridicas, 1974, v. I.

ALEGRE, José Sérgio Monte. A responsabilidade patrimonial do Estado na atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, n. 40, p. 62-68, jan./mar. 2002.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, Andréa Alves de. **Processualidade jurídica & legitimidade normativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

ALMEIDA, Carlos Alberto Simões de. **Medidas cautelares e de polícia do processo penal em direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2006.

ALMEIDA, Dayse Coelho de. Bafômetro: análise das questões controvertidas. **Revista Jurídica Consulex**. São Paulo, a. X, n. 224, p. 46-49, maio 2006.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Processo penal, ação e jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ALMEIDA-DINIZ, Arthur José de. **Novos paradigmas em direito internacional público**. Porto Alegre: Fabris, 1995.

ALVES, Fabrício Adriano. A antecipação da tutela da parte incontroversa da demanda — uma análise do art. 273, §6º do Código de Processo Civil e correlações com a efetividade das tutelas legais. *In:* TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Urgências de tutela**: processo cautelar e tutela antecipada, reflexões sobre a efetividade do processo no Estado Democrático do Direito. Curitiba: Juruá, 2007.

ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. **Tratado de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

AMERICANO, Jorge. **Comentários ao código de processo civil do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1960, v. III.

ANDRADE, Sabrina Dourado França. O princípio da proporcionalidade e o poder de criatividade judicial. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Coords.). **Constituição e processo**. Salvador: Jus Podivm, 2007.

AQUINO, José Carlos G. Xavier de; NALINI, José Renato. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1997.

ARAÚJO, Francisco Fernandes de. **Responsabilidade objetiva do estado pela morosidade da justiça**. Campinas: Copola, 1999.

ARENAL, María Amparo Renedo. Conveniência del estúdio de la teoria general del derecho procesal. Su aplicabilidad a las distintas ramas del mismo. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coords.). **Teoria do processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: Jus Podivm, 2008.

AROCA, Juan Montero. **Principios del proceso penal**: una explicación basada em la razón. Valencia: Tirant lo blanch, 1997.

ARRUDA, Osni Muccellin Das violações à Constituição Federal, decorrentes das Operações Policiais, desencadeadas dentro do Estado Democrático de Direito. **Boletim Jurídico**. Uberaba/MG, a. 3, nº 240. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1832> Acesso em: 11 dez. 2007.

ASSIS, Zamira de. A idéia de efetividade do direito nas urgências de tutela e as garantias constitucionais do processo. *In:* TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Urgências de tutela**: processo cautelar e tutela antecipada, reflexões sobre a efetividade do processo no Estado Democrático do Direito. Curitiba: Juruá, 2007.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

AYDOS, Marco Aurélio Dutra. Carta Magna: Quinze anos sem corte constitucional. **Observatório da Imprensa**. São Paulo. 11 nov. 2003. Disponível em: <http://observatorio.ultimosegundo.ig.com.br/cadernos/cid111120032.htm>. Acesso em: 25 jan. 2008.

BACELAR, Hugo Leonardo Duque. A atuação de ofício do juízo e as tutelas de urgência. **Revista Jurídica Consulex**. São Paulo, a. X, n. 221, mar. 2006.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A tutela cautelar no processo penal e a restituição de coisa apreendida. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 14, n. 59, mar./abr. 2006.

BALSAMÃO, Letícia. Motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado Democrático de Direito. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 38, mar. 2006.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Regimes políticos**. São Paulo: Resenha Universitária, 1977.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do Poder Constituinte. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 19, p. 33-68, abr./jun.1982.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Aspectos da teoria geral do processo constitucional: teoria da separação dos poderes e funções do Estado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 76, p. 97-124, out./dez. 1982.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral da Justiça Constitucional. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 101, n. 380, jan./fev. 2006.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Processo Constitucional. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 102, n. 383, jul./ago. 2006.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional**: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BARBOSA, Manoel Messias. **Inquérito policial**. 4. ed. São Paulo: Método, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reformas processuais e poderes do juiz. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, n. 56, p. 13-25, jul./set. 2003.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reflexos da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, no processo civil. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 8, n. 32, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. **Revista ADV Seleções Jurídicas**. Rio de Janeiro, v. 10, p. 17-20, mai. 2006.

BARRAL, Welber Oliveira. **Metodologia da pesquisa jurídica**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O processo, a jurisdição e a ação sob a ótica de Elio Fazzalari. **Virtuajus**. Belo Horizonte, v. 1, 2003.

BARROS, Flaviane de Magalhães. Ensaio de uma teoria geral do processo de bases principiológicas: sua aplicação no processo legislativo, administrativo e jurisdicional. p. 227-238. *In*: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). **O Brasil que queremos**: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas), 2006.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo penal cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BARROS, Romeu Pires de Campos. **Sistema de processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BASTOS, Celso Seixas. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Trad. José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BECHARA, Fábio Ramazzini. Inquérito judicial: procedimento contraditório ou inquisitivo? **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, v. 4, n. 23, dez./jan. 2004.

BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão cautelar**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BERNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BETTIOL, Giuseppe. **Instituições de direito e processo penal** [Instituzioni di Diritto e Procedura Penale]. Trad. Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Coimbra, 1974.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Trad. Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. 11 tir. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

BOSCHI, José Antonio Paganella. A sentença Penal. **Revista de Estudos Criminais**. São Paulo, a. 2, n. 5, dez. 2002.

BOTELHO, Afonso Henrique Castrioto. A sumarização razoável do processo. **Revista da EMERJ**, v. 10, n. 37, 2007.

BRAGA, Valeschka e Silva. **Princípios da proporcionalidade & da razoabilidade**. Curitiba: Juruá, 2006.

BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. A desnecessidade de novos códigos processuais na necessária reestruturação da Justiça Brasileira. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 45, jan./mar. 1987.

BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a responsabilidade do Estado por ato jurisdicional. *In*: FIUZA, César Augusto de Castro; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo (Coords.). **Temas atuais de direito processual civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. **Fraude no processo civil**. 3. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. Apontamentos sobre o Estado Democrático de Direito. **Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais**. Belo Horizonte, v. 9, 2003.

BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo na reforma do judiciário. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 8, n. 15, Belo Horizonte, 1º sem./2005.

BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 128, out. 2005.

BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. A fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. *In*: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Processo e constituição**. São Paulo: RT, 2006.

BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. As reformas do código de processo civil e o processo constitucional. *In*: BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coords.). **Processo civil reformado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo no Estado Democrático de Direito. *In*: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). **O Brasil que queremos**: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas), 2006.

BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. Um acórdão exemplar. **Jornal do Advogado**. Belo Horizonte, a. XXX, n. 248, maio/ago. 2007.

BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. A fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. **Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais**. Belo Horizonte, v. 13, 2007.

BRÍGIDO, Carolina. Polêmica provoca briga no STF. **O Globo**. Rio de Janeiro. 8 nov. 2004. Disponível em: <http://sistemas.aids.gov.br/imprensa/Noticias.asp?NOTCod=60531>. Acesso em: 25 jan. 2008.

BROCHADO, Mariá. O princípio da proporcionalidade e o devido processo legal. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 39, n. 155, jul./set. 2001.

BURDEAU, Georges. **Droit constitutionnel et institutions politiques**. 13. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1968.

BURDEAU, Georges. **Traité de science politique**. 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1969.

BURG, Jochen. Direito penal do inimigo como teoria da vigência da norma e da pessoa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, a. 14, n. 62, p. 107-133, set./out. 2006.

BUSATO, Paulo César. Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigo. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, a. 4, n. 14, p. 137-169, 2004.

BUSATO, Paulo César. Quem é o inimigo, quem é você? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, a. 15, n. 66, p. 315-371, mai./jun. 2007.

CADIET, Loïc. Prolégomènes à une théorie générale du procés en droit français. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coords.). **Teoria do processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: Jus Podivm, 2008.

CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**. 6. ed. rev. ampl. Coimbra: Almedina, 1996, t. I.

CALABRICH, Bruno. **Investigação criminal pelo Ministério Público**: fundamentos e limites constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Buenos Aires: Cedam, 1936.

CALAMANDREI, Piero. **Elogio dei giudici scritto da un avvocato**. 6. ed. Lisboa: A. M. Teixeira, 1977.

CALAMANDREI, Piero. **Estudos sobre o processo civil**. Buenos Aires: Europa-América, 1986, v. III.

CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José. Prólogo III. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Orgs.). **Günther Jakobs e Manuel Cancio Meliá. Direito Penal do Inimigo**: noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, v. X, t. I.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CAMARGO, Antonio Luiz Chaves. Direitos humanos e direito penal: limites da intervenção estatal no Estado Democrático de Direito. *In*: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.) **Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva**. São Paulo: Método, 2001.

CAMARGO, Luís Antonio de. **A responsabilidade civil do Estado e o erro judiciário**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Proceso, ideologias, sociedad**. Trad. Santiago Sentis Melendo y Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEA, 1974.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CARLIN, Volnei Ivo. Novos juízes: imaginário e verdades. **Revista jurisprudência catarinense**. Florianópolis, v. 26, n. 98, abr./jun. 2002.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. Trad. A. Rodrigues Queiro e Artur Anselmo de Castro. São Paulo: Acadêmica Saraiva, 1942.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, v. I, n. 89.

CARRÉ DE MALBERG, R. **Teoría general del Estado** [Contribution à la Theorie générale de l'État spécialement d'après les données fournies par le Droit Constitutionnel français]. Versión española de José Lion Depetre. México: Fondo de Cultura Economica, 1948.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARVALHO, Lucas Borges de. **Jurisdição constitucional e democracia**: integridade e pragmatismo nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Curitiba: Juruá, 2007.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**: Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CARVALHO, Thiago Fabres de. O 'Direito Penal do Inimigo' e o 'Direito Penal do Homo Sacer da Baixada': exclusão e vitimação no campo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, a. 7, n. 25, p. 85-119, abr./jun. 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Comparado**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, v. 3, maio 1999.

CASTRO, Dayse Starling Lima. Responsabilidade extracontratual do Estado. *In*: CASTRO, Dayse Starling Lima (Org.). **Direito público**: Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direito Tributário. 2. ed. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada da PUC-MINAS, 2006.

CASTRO, Fábio Caprio Leite de. Aspectos filosóficos da motivação judicial. **Revista de Estudos Criminais**. São Paulo, a. 3, n. 13, p. 123-138, dez. 2003.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O processo constitucional como instrumento da jurisdição constitucional. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 3, ns. 5 e 6, 1º e 2º sem./2000.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CEMAQUE, Sílvio César Arouck. **Dignidade da pessoa humana e prisão cautelar**. São Paulo: RCS, 2006.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Inquérito Policial. **Revista da Procuradoria Federal Especializada**. Brasília, v. 9, n. 3, out./dez. 2002.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. Princípios normativos de persecução ao 'crime organizado': uma discussão acerca do devido processo penal no marco de uma compreensão procedimental do Estado de Direito. **Revista do Curso de Direito**. Nova Lima, v. 3, n. 5, jan./jun. 2005.

CHAVES, Charley Teixeira. As principais teorias sobre a natureza jurídica do processo e a problemática da efetividade no campo do direito processual civil. p. 36-57. *In*: CASTRO, João Antônio Lima; TEIXEIRA, Fernanda Fernandes Lippi (Orgs.). **Direito Processual**. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (IEC-PUC-Minas), 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil** [Istituzioni di Diritto Processuale Civile]. Trad. J. Guimarães Menegale. Notas por Enrico Tullio Liebman. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, v. I, II.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, 1980.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2002.

CHOUKR, Fauzi Hassan. As reformar pontuais do Código de Processo Penal. **Revista de Estudos Criminais**. São Paulo, v. 5, 2002.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Tutela jurisdicional de direitos fundamentais e o juiz natural no processo penal: apontamentos sobre a EC/45. **Revista de Estudos Criminais**. São Paulo, a. 4, n. 20, dez. 2004.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CLARK, Giovani. **A proteção do consumidor e o direito econômico**. Belo Horizonte: Interlivros Jurídica, 1994.

CLARK, Giovani. O direito ao consumo nas ideologias constitucionais adotadas. **Revista Jurídica Mineira**. Belo Horizonte, n. 116, a. XII, p. 16-38, nov./dez. 1995.

CLARK, Giovani. **O município em face do direito econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CLARK, Giovani. O genocídio econômico. **Revista do Tribunal Regional da 1ª Região**. Brasília, a. 16, n. 1, p. 45-49, jan. 2004.

CLARK, Giovani. Política econômica e Estado. p. 239-248. *In*: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). **O Brasil que queremos**: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas), 2006.

COGAN, Arthur. **Prisão especial**. São Paulo: Saraiva, 1996.

COLOMER, Juan-Luis Gómez. **El proceso penal aleman**: introduccion y normas básicas. Barcelona: Bosch, 1985.

COLOMER, Juan-Luis Gómez. **El proceso penal español**: para agentes de la autoridad, criminólogos y no juristas em general. 2. ed. Valencia: Tirant lo blanch libros, 1997.

CONIGLIO. La riforma Del sistema cautelare. **Riv. Di Dir. Proc. Civ.,** 1927, v. I.

COSTA, Fabrício Veiga. O processo constitucional no paradigma do Estado Democrático de Direito. **Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais**. Belo Horizonte, n. 13, 2007.

COSTA, Marcelo Freire Sampaio. Aspectos da Teoria Geral da Tutela Antecipada. **Revista Ciência Jurídica**. São Paulo, a. 15, n. 99, p. 23-36, mai./jun. 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. Direito alternativo. **Seminário Nacional sobre o uso alternativo do Direito**. Rio de Janeiro: ADV, 1994.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel da jurisdição constitucional na realização do Estado social. **Revista de Estudos Criminais**. São Paulo, a. 3, n. 10, out. 2003.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais**. Curitiba. Juruá, 2007.

CRUZ, Alex Sandro Teixeira da. O Ministério Público e a investigação criminal. **Revista Jurídica Consulex**. São Paulo, a. VII, n. 159, p. 20-23, ago. 2003.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite, CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coords.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CUNHA CAMPOS, Ronaldo. Garantias constitucionais e processo. **Revista da AMAGIS**. Belo Horizonte, v. V, 1985.

DANTAS, Ivo. **Constituição & processo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

DANTAS, Miguel Calmon. O direito fundamental à processualização: fundamento para uma teoria geral do processo. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coords.). **Teoria do processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: Jus Podivm, 2008.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Teoria do Estado**. Trad. António Pinto de Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1957.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Processos penais da Europa**. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

DERVIEUX, Valérie. O sistema francês. *In*: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). **Processos penais da Europa.** Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974, v. I.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. O juízo de admissibilidade na teoria geral do direito. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coords.). **Teoria do processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: Jus Podivm, 2008.

DILGUERIAN, Miriam Gonçalves. Princípio constitucional da proporcionalidade e sua implicação no Direito penal. **Revista de Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 11, n. 43, abr./jun. 2003.

DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINES, Alberto. No país dos bacharéis: A mídia não sabe cobrir o Judiciário. **Observatório da Imprensa**. São Paulo. 29 nov. 2005. Disponível em: <http://observatorio.ultimosegundo.ig.com.br/artigos.asp?cod=357IMQ001>. Acesso em: 25 jan. 2008.

DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 2.

DOMINGUES, Paulo Sérgio. Direito processual. **Revista da AJUFE**. Brasília, v. 20, n. 67, jul./set. 2001.

DUARTE, Ronnie Preuss. Pré-julgamento e suspeição do julgador. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 31, n. 138, ago. 2006.

D'URSO. Flavia. **Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal**. São Paulo: Jurídico Atlas, 2007.

DUVERGER, Maurice. **Instituciones politicas y derecho constitucional**. Barcelona: Ariel, 1970.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos em serio**. Traducción de Marta Guastavino. 2. ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1989.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. Trad. Gilson César Cardoso de Souza. 19. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo e positivo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2000.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual** [Istituzioni di diritto processuale]. Trad. Eliane Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Luiz Pinto. **Medidas cautelares**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal**. Trad. Paolo Capitanio, Capinhas: Bookseller, 1996.

FERRUA, Paolo. Contraddittorio e verità nel proceso penale. *In*: GIANFORMAGGIO, Letizia (Coord.). **Le ragioni del garantismo**: discutendo com Luigi Ferrajoli. Torino: G. Giappichelli Editore, 1993.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. El juicio de amparo y la enseñanza del derecho procesal. Estúdios de derecho procesal em honor de Niceto Alcalá-Zmora y Castillo. **Boletin Mexicano de Derecho Comparado**. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Cidade do México, Nova série, n. 22-23, jan./ago. 1975.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. **La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones procesales**. Madrid: Civitas, 1982.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. **Latinoamerica: constitucion, proceso y derechos humanos**. Ciudad Universitária México: Udual, 1988.

FLORIAN, Eugenio. **Elementos de derecho procesal penal**. Barcelona: Bosch, 1933.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramalhete. 34. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

FRAGA, Affonso. **Instituições do processo civil do Brasil**. Tomo II. São Paulo: Saraiva & Cia, 1940.

FRANCO, Fernão Borba. Processo administrativo, teoria geral do processo, imparcialidade e coisa julgada. p. 231-260. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coords.). **Teoria do processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: Jus Podivm, 2008.

FRANÇA, Júnia Lessa; VASCONCELLOS, Ana Cristina de. **Manual para normalização de publicações técnico-científicas**. 7. ed. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2004.

FREITAS, José Lebre de. **A ação executiva depois da reforma**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2004, n. 1.6.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. Responsabilidade patrimonial do Estado por ato administrativo. *In*: MOTTA, Carlos Pinto Coelho (Coord.). **Curso prático de direito administrativo**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona; SOUZA, Patrícia Cardoso Rodrigues de. Ato administrativo. *In*: MOTTA, Carlos Pinto Coelho (Coord.). **Curso prático de direito administrativo**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona *et al*. **Guia do trabalho médico**: fundamentos jurídicos para os médicos celetistas, concursados e contratados. Belo Horizonte: Sindicato dos Médicos do Estado de Minas Gerais (Sinmed-MG), 2000.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. Responsabilidade patrimonial do Estado. *In*: MOTTA, Carlos Pinto Coelho (Coord.). **Curso prático de direito administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona *et al*. A coisa julgada em Fazzalari. *In*: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.); FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (Org.). **Coisa Julgada: de Chiovenda a Fazzalari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. Responsabilidade extracontratual do Estado pela atuação do magistrado e do representante do Ministério Público. *In*: CASTRO, João Antônio Lima (Coord.).

Direito processual contemporâneo. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (IEC-PUC-Minas), 2008.

FRIEDE, Reis. Cautela e Contracautela. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, n. 15, jan./jun. 2002.

GALUPPO, Marcelo Campos. Princípios jurídicos e a solução de seus conflitos: a contribuição da obra de Alexy. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte, v. 1, n. 2, jul./set.1998.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 36, n. 143, jul./set.1999.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Da idéia à defesa**: monografias e teses jurídicas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GÉNY. François. **Méthode d'interprétation et sources em droit prive**. 2. ed. Paris: [s.e.], 1919, v. 2.

GOLDSCHMIDT, James. **Princípios gerais do processo penal**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES NETO, José Mário Wanderley. **O acesso à justiça em Mauro Cappelletti**: análise teórica desta concepção como 'movimento' de transformação das estruturas do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

GOMES, Décio Alonso. **(Des)Aceleração processual**: Abordagens sobre dromologia na busca do tempo razoável do processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **O direito penal na era da globalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. Princípios gerais do direito processual penal (noções introdutórias). **LFG**. Belo Horizonte. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20041008152617260>. Acesso em: 16 jul. 2006.

GOMES, Rodrigo Carneiro. Contornos do mandado de busca e apreensão requisitos e controle da atividade policial. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, a. 95, v. 844, fev. 2006.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

GOYARD-FABRE, Simone. **Les pincipes philosophiques du droit politique moderne**. Paris: PUF, 1997.

GRACIA MARTÍN, Luis. **O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo**. Trad. Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRANDINETTI, Adriana Monclaro. O papel do poder judiciário na efetividade dos direitos fundamentais. **Revista Bonijuris**, a. XVIII, n. 510, maio 2006.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, a. 13, n. 56, p. 80-112, set./out. 2005.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1981, v. I.

GRINOVER, Ada Pellegrini O crime organizado no sistema italiano. **Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Penais**, n. 12, [s.d.].

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **O princípio constitucional da proporcionalidade**. Fortaleza: Imprensa Universitária, 1989.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: RCS, 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. 3. ed. São Paulo: RCS, 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Por uma filosofia processual do direito. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coords.). **Teoria do processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: Jus Podivm, 2008.

GUIMARÃES, Lucas Zandona. Antecipação de tutela contra a fazenda pública frente ao art. 100 da Constituição Brasileira de 1988. p. 185-195. *In*: CASTRO, João Antônio Lima (Coord.). **Temas atuais de direito processual**. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (IEC-PUC-Minas), 2006.

GUIMARÃES, Rodrigo Suzana. **Tipo total de injusto e processo constitucional**: a teoria dos elementos negativos do tipo e sua repercussão no ônus da prova no processo penal (Mestrado em Direito Processual). Programa de Pós-Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2008.

GUSMÃO, Helvécio de. **Código de processo civil e com. para o Distrito Federal**. 1931.

GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a presquisa jurídica**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Trad. George Sperber. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HABIB, Sérgio. O poder investigatório. **Revista Jurídica Consulex**. São Paulo, a. VII, n. 159, ago. 2003.

HECK, Luiz Afonso. As garantias jurídico-constitucionais do acusado no ordenamento jurídico alemão. **Revista Jurídica**. Rio de Janeiro, n. 340, p. 97-108, fev. 2006.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal del enemigo**. Trad. Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 2003.

JAKOBS, Günther. Direito Penal do Inimigo. *In*: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Orgs.). **Günther Jakobs e Manuel Cancio Meliá. Direito Penal do Inimigo**: noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

JAYME, Fernando G. O devido processo legal. **Revista da Faculdade de Direito**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5 e 6, 1º e 2º sem. 2000.

JAYME, Fernando Gonzaga. **Tribunal constitucional**: exigência democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

JELLINEK, G. **Teoría general del Estado**. Trad. de la segunda edición alemana por Fernando de los Rios Urruti. Granada: Comares, 2000.

JEULAND, Emmanuel. Régulation et théorie Générale du procès. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coords.). **Teoria do processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: Jus Podivm, 2008.

JUCOVSKY, Vera Lúcia Rocha Souza. **Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

JUROVICS, Yann. O processo internacional penal diante do tempo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 14, n. 61, jul./ago. 2006.

JUY-BIRMANN, Rudolphe. O sistema alemão. *In*: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). **Processos penais da Europa**. Trad. de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. **A (des)razão da prisão provisória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito** [Reine Rechtslehre]. Trad. João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1976.

KELSEN, Hans. **Teoria general del Estado**. Traducción directa del alemán por Luis Legaz Lacambra. México: Nacional, 1979.

KRAMER, Dora. O Judiciário e a cooptação. **O Estado de S. Paulo**. São Paulo. 30 set. 2007. Disponível em: <http://www.diplomaciaenegocios.com.br/ntc.asp?Cod=1501>. Acesso em: 25 jan. 2008.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das revoluções científicas** [The Structure of Scientific Revolutions]. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 1996.

LACERDA, Galeno. **Comentários ao código de processo civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, v. VIII. t. I.

LACERDA, Galeno. **Comentários ao código de processo civil**: das medidas cautelares. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. VII.

LAGES, Cíntia Garabini. **A inadequação do processo objetivo à luz do modelo constitucional do processo brasileiro**. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (mestrado), 2002.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito** [Methodenlehre der rechtswissenschaft]. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LAUBADÈRE, André de. **Traité élémentaire de droit administratif**. 3. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1953, v. II.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 3. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Síntese, 2000.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e Hermenêutica Constitucional a partir do Estado de Direito Democrático. *In*: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Estudos continuados de teoria do processo**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001, v. 2, 2004, v. 5, 2005, v. 6.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão judicial**. São Paulo: Landy, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização inconstitucional da coisa julgada**: temática processual e reflexões jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 6. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. Direitos fundamentais do processo na desnaturalização dos direitos humanos. *In*: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). **O Brasil que queremos**: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas), 2006.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEONE, Giovanni. **Manuale di Diritto Processuale Penale**. Npoli: Jovene, 1977.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil** [Manuale di diritto processuale civile]. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. v. I. São Paulo: Malheiros, 2005.

LIMA, José Augusto Ferreira de. O MP pode apurar formalmente infração penal? **Revista Jurídica Consulex**. São Paulo, a. VII, n. 159, p. 24-25, ago. 2003.

LIMA, Marcellus Polastri. **A tutela cautelar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LIMA, Camile Eltz de. A **'**garantia da ordem pública**'** como fundamento da prisão preventiva**:** (in)constitucionalidade à luz do garantismo penal. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, v. 3, n. 11, 2003.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. **Direito processual civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1947, v. I.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. **Medidas preventivas**. 2. ed. 1958, n. 4-5.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. Medidas cautelares no direito processual penal espanhol. **Revista de Processo**, n. 89, ano 23, jan./mar., p. 139-190, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOPES JÚNIOR, Aury. Juízes inquisidores? E paranóicos. Uma crítica à prevenção a partir da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Revista de Estudos Criminais**. São Paulo, a. 3, n. 10, p. 121-126, out. 2003.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: 2007.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. Princípio da proporcionalidade no direito penal econômico. *In*: PODVAL, Roberto (Org.). **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

LUISI, Luiz. Um direito penal do inimigo: o direito penal soviético. *In*: STREK, Lenio Luiz *et al* (Org.). **Direito penal em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MACEDO, Henrique Nogueira. **Condições da Ação e Justa Causa**: a análise antecipada de mérito como antítese do espaço argumentativo democrático no processo penal (Mestrado em Direito Processual). Programa de Pós-Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2008.

MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão cautelar e liberdades fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MACIEL JÚNIOR, João Bosco. A reparação do dano pela duração irrazoável do processo nos sistemas jurídicos italiano e brasileiro. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 102, n. 387, p. 191-203, set./out. 2006.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: LTr, 2006.

MAJADAS, Márcia Fratari. Sentença civil: motivação. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, v. 4, n. 22, p. 30-42, p. mar./abr. 2003.

MALAN, Diogo Rudge. Processo penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, a. 14, n. 59, p. 223-259, mar./abr. 2006.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Campinas: LZN Editora, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. Curso de processo civil, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. I.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Ensaio sobre o processo como disciplina do exercício da atividade estatal. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coords.). **Teoria do processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: Jus Podivm, 2008.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1997, v. 1.

MASLE, Julian Lopez; LENNON, Maria Inês Horvitz. **Derecho procesal chileno**. t. I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003.

MASSON, Cleber Rogério. O direito penal do inimigo. *In*: SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). **Processo penal e garantias constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MATTOS, Bruno Ferreira Bini de. Considerações acerca do caráter assecuratório do processo cautelar. *In*: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Urgências de tutela**: processo cautelar e tutela antecipada, reflexões sobre a efetividade do processo no Estado Democrático do Direito. Curitiba: Juruá, 2007.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951.

MÁYNEZ, Eduardo García. **Introduccion al estúdio del derecho**. Vigesimaquinta Edicion Revisada. México: Editorial Porrua S.A., 1975.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MEDEIROS, Morton Luiz Faria de. Perfil da coisa julgada no processo penal. **Revista Ciência Jurídica**. São Paulo, a. 15, n. 97, p. 30-39, jan./fev. 2001.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito processual constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Sentença emprestada: uma nova figura processual. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 135, maio 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002

MELIÁ, Manuel Cancio. 'Direito Penal' do Inimigo?. *In*: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Orgs.). **Günther Jakobs e Manuel Cancio Meliá. Direito Penal do Inimigo**: noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MELLO, José Arteiro Vieira de. A responsabilidade do Estado pela morosidade na atividade jurisdicional. **Revista da ESMAPE**. Recife, v. 7, n. 15, p. 349-398, jan./jun. 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Repertório de Jurisprudência IOB**: tributário, constitucional e administrativo. São Paulo, n. 5, p. 178-185, mar. 2003.

MENDONÇA, Fabiano André de Souza. **Responsabilidade do Estado por ato judicial violador da isonomia**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MENDONÇA, Fabiano André de Souza. Direito comparado: objeto do direito. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, v. 4, n. 13, p. 112-126, jan./mar. 2003.

MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Trad. Tadeu Antonio Dix Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MICELLI, Sylvio. Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes se desentendem. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo. 1 dez. 2007. Disponível em: <http://www.servidorpublico.net/noticias/2007/10/01/ joaquim-barbosa-e-gilmar-mendes-se-desentendem>. Acesso em: 25 jan. 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1998.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. rev. actual. Coimbra: Coimbra, 1997, t. V, 1998, t. III.

MOCCIA, Sergio. Emergência e Direitos Fundamentais. **Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, n. 24, [s.d.].

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Processo civil**: técnicas e procedimentos. 2. ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2007.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **O Espírito das leis**. Trad. Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Líder, 2004.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. Dos sistemas processuais penais. Tipos ou formas de processos penais. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, a. 9, n. 727, p. 2-13, jul. 2005.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. A reforma do Código de Processo Penal. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, a. 6, n. 53, p. 2-7, jan.2002.

MOREIRA, Nelson Camatta. Prisão cautelar: uma (re)leitura à luz do Estado Democrático de Direito. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, v. 2, n. 9, p. 120-131, 2003.

MORO, Sérgio Fernando. Colheita compulsória de material biológico para exame genético em casos criminais. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, a. 95, n. 853, p. 429-441, nov. 2006.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; SANTOS, William Douglas Resinente dos. **Direito constitucional**. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis Moura. **Justa causa para a ação penal**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 1998.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NALINI, José Renato. A fidelidade ética à vocação de juiz. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo, v. 8, n. 15, p. 168-172, jan./jun. 2005.

NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Revogação da prisão preventiva. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 19, p. 158-171, 1980.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NEUMANN, Ulfrid. Direito penal do inimigo. Trad. Antonio Martins. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, a. 15, n. 69, p. 156-177, nov./dez. 2007.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso completo de processo penal**. 9. d. São Paulo: Saraiva, 1995.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Aspectos das condições da ação na Teoria Geral do Processo. **Revista Ciência Jurídica**. São Paulo, a. 14, n. 95, p. 29-44, set./out. 2000.

NUNES, Dierle José Coelho. **Direito constitucional ao recurso**: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da comparticipação nas decisões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NUNES, Elpídio Donizetti. **Curso didático de direito processual civil**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

NUNES, Rômulo José Ferreira. **Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais**. São Paulo: LTr, 1999.

OLIVEIRA JÚNIOR, Valdir Ferreira de. Existe uma teoria geral do processo?. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coords.). **Teoria do processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: Jus Podivm, 2008.

OLIVEIRA, Adriano Enivaldo de. A imparcialidade como requisito indissociável do juiz e da aplicação da justiça. **Revista da AJUFE**. Brasília, v. 21, n. 71, p. 77-86, jul./set. 2002.

OLIVEIRA, Alexandro Adriano Lisandro de. O que significa dizer que uma Decisão ofende à Constituição de Maneira Direta e Frontal? **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 40, p. 9-24, jul. 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. O Supremo e as garantias processuais: verdades, mentiras e outras indagações. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coords.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Regimes constitucionais da liberdade provisória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

OLIVEIRA, Lenôra Azevedo de; MORETTO, Rodrigo. A prisão sob o prisma do tempo: um retrocesso ao futuro. **Revista de Estudos Criminais**. São Paulo, a. 3, n. 11, [s.d.].

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. O direito à razoável duração do processo após a emenda constitucional n. 45/2004. *In*: OLIVEIRA, Vallisney de Souza (Coord.). **Constituição e processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PACHECO, José da Silva. **Curso de teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

PACHECO, Paulo Henrique Cremoneze. A positivação e a aplicação direta dos princípios fundamentais constitucionais nas soluções de controvérsias. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo, v. 8, n. 16, p. 299-308, jul./dez. 2005.

PAIXÃO JÚNIOR, Manuel Galdino. **Teoria geral do processo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PARDO, David Wilson de Abreu. A racionalidade da decisão judicial na teoria dos princípios. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**. Brasília, v. 14, n. 14, p. 50-66, nov. 2002.

PAULA, Alexandre de. **O processo civil à luz da jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, v. XIX, 1960.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo penal e o direito de defesa**: repercussão, amplitude e limites. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PEGORINI, Fernanda Vecchi; ALMEIDA, Francis Moraes de. A emergência do 'risco' na política criminal brasileira. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, a. 7, n. 25, p. 183-201, abr./jun. 2006.

PENNA, Saulo Versiani. Teoria processual democrática e a legitimidade do provimento estatal. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, a. 95, v. 849, p. 125-147, jul. 2006.

PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. **Liberdade e responsabilidade dos meios de comunicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PÉREZ, Alberto Pérez. **Constitución de 1967 de la Republica Oriental del Uruguay**. 3. ed. Rosario: Fundación de Cultura Universitaria, 1998.

PESQUIÉ, Brigitte. O sistema belga. *In*: DELMAS-MARTY, Mireille. **Processos penais da Europa**. Trad. de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PIMENTA, Marcelo Vicente de Alckmim. **Teoria da constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PISA, Osnilda. Juiz: agente de cidadania. **Revista do Centro de Estudos Judiciários (CEJ)**. Brasília, v. 7, n. 21, p. 49-55, abr./jun. 2003.

PISANI, Mario *et al*. **Manuale di procedura penale**. 2. ed. Bologna: Monduzzi Editore, 1997.

PITOMBO, Cleunice Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PONTES, Bruno Cezar da Luz. O processo penal sem lide. **Jus Navigandi**. Teresina, a. 2, n. 25, jun. 1998. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1064. Acesso em: 31 mar. 2006.

PONTES, Helenilson Cunha. **O princípio da proporcionalidade e o direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2000.

PONTES, Manuel Sabino. Atendimentos da DPU cresce 5300% em 7 anos. **Blogspot**. 25 nov. 2007. Disponível em: <http://professormanuel.blogspot.com/2007/11/na-carceragem-com-ana-jlia-carepa.html>. Acesso em: 25 jan. 2008.

PONTES, Manuel Sabino. Folclore Jurídico: Habeas Corpo?. **Blogspot**. 25 nov. 2007. Disponível em: <http:// professormanuel.blogspot.com/2007/11/na-carceragem-com-ana-jlia-carepa.html>. Acesso em: 25 jan. 2008.

PONTES, Manuel Sabino. Na cadeia de Ana Júlia Carepa. **Blogspot**. 25 nov. 2007. Disponível em: <http://professormanuel.blogspot.com /2007/11/na-carceragem-com-ana-jlia-carepa.html>. Acesso em: 25 jan. 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1976, t. XII.

POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia Edusp, 1987, v. 2.

PORFIRIO, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas. Celeridade do processo, indisponibilidade da liberdade no processo penal e prescrição retroativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 11, n. 45, p. 115-133, out./dez. 2003.

PRADEL, Jean. **L'instruction préparatoire**. Paris: Éditions Cujas, 1990.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PRATES, Tatiana Maria Oliveira. Das formas de Estado à constitucionalidade democrática. *In*: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Uma pesquisa institucional de Estado, poder público e União na constitucionalidade brasileira**: significados, equívocos e a interpretação do Direito, busca de um novo médium lingüístico na teoria da constitucionalidade democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

PRIETO SANCHIS, Luis. **Sobre princípios y normas**: problemas del razonamiento jurídico. Madrid. Centro de Estúdios Constitucionales, 1992.

PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, a. 12, n. 47, p. 31-45, mar./abr. 2004.

PROENÇA JÚNIOR, Domício; MUNIZ, Jacqueline. Os rumos da construção da polícia democrática. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, a. 14, n. 164, p. 4, jul. 2006.

QUINTÃO SOARES, Mário Lúcio. **Direitos fundamentais e direito comunitário**: por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas comunitárias. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

QUINTÃO SOARES, Mário Lúcio. **Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de processo penal norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RAMOS, Miguel Antonio Silveira. Ellen Gracie minimiza briga entre ministros no STF. **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, nov. 2006.

RAMOS, Miguel Antonio Silveira. Ellen Gracie minimiza briga entre ministros no STF. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande. 24 nov. 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php? n_link=visualiza_noticia&id_caderno=20&id_noticia=11282>. Acesso em: 25 jan. 2008.

RAWLS, John. **A theory of justice**. Oxford: Oxford University Press, 1973.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. Medidas de Urgência e sua cassação. **Revista de Direito Renovar**. Rio de Janeiro, n. 23, p. 2-11, maio/ago. 2002.

ROCHA, César Asfor. **A luta pela efetividade da jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 9. ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2007.

RÚA, Angelina Ferreyra de La; OPL, Cristina González de La Veja de. **Teoria general del proceso**. Córdoba: Advocatus, 2003.

RÚA, Fernando de La. **Teoria general del proceso**. Buenos Ayres: Depalma, 1991.

RUIZ FILHO, Antonio. Desacato e abuso de autoridade. **Revista Jurídica Consulex**. São Paulo, a. X, n. 232, p. 37, set. 2006.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Da teoria geral do processo à teoria da tradução: um aporte da sociologia das ausências e das emergências. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coords.). **Teoria do processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: Jus Podivm, 2008.

SALGADO, Joaquim Carlos. O Estado Ético e o Estado Poiético. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, v. 27, p. 37-68, abr./jun. 1998.

SALVO, Luís Antonio Johonsom di. **O juiz na condução do processo penal**. Campinas: Copola, 1997.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SÁNCHEZ , Juan Antonio Lascuraín. La proporcionalidad de la norma penal. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais.** Porto Alegre, ano I, n. 0, mai/ago, 2000.

SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre , v.3, n.10, p.113-119, 2003.

SANTANA, Jair Eduardo. **Direito administrativo resumido**. 2. ed. Belo Horizonte: Inédita, 1999.

SANTOS, Antonio Henrique de Almeida. Julgamento antecipado do pedido na lide penal. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. São Paulo, a. 3, n. 15, p. 25-33, ago./set. 2002.

SANTOS FILHO, Orlando Venâncio dos. **A dogmatização da ampla defesa**: óbice à efetividade do processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SANTOS, Andrés de la Oliva *et al*. **Derecho procesal penal**. 4. ed. Madrid: Editorial Centro de Estúdios Ramón Areces, 2000.

SANTOS, Gustavo Ferreira. Direitos fundamentais e democracia: tensões e compromissos. **A &C R. de Dir. Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, a. 6, n. 23, p. 179-187, jan./mar. 2006.

SANTOS, Valdeci dos. **Teoria geral do processo**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2007.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Direitos fundamentais**: proteção e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHEER, Milene de Alcântara Martins. O acesso à justiça e os poderes de equidade do juiz no processo civil brasileiro. **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba, v. 7, n. 25, p. 544-561, jul./set. 2002.

SCHMITT, Carl. **Teoria de la Constitución**. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Revista de Derecho Privado, [s.d.].

SEABRA FAGUNDES, Miguel. **O Controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1984.

SEABRA, Silvia Cives. Sistemas Processuais. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, n. 15, p. 263-277, jan./jun. 2002.

SIDOU, J. M. Othon. **Processo civil comparado**: histórico e contemporâneo: a luz do código de processo civil brasileiro, modificado ate 1996. Rio de Janeiro: Forense Universitaria, 1997.

SILVA, Bruno César Gonçalves. Uma vez mais: da 'garantia da ordem pública' como fundamento de decretação da prisão preventiva. **Boletim do Instituto de Ciências Penais**. Belo Horizonte, n. 59, p. 9-11, julho 2005.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **As ações cautelares e o novo processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Do processo cautelar**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SILVA, Nanci de Melo e. **Da jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SILVA JUNIOR, Edison Miguel da. Levar 'baculejo' é legal? A busca pessoal na persecução penal. **Boletim Jurídico**. Uberaba/MG, a. 3, nº 153. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br /doutrina/texto.asp?id=929> Acesso em: 11 dez. 2007.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de Direito Processual Penal**: Teoria (Constitucional) do Processo Penal. São Paulo: Renovar, 2008.

SILVÉRIO JÚNIOR, João Porto. **Opinio delicti**. Curitiba: Juruá, 2005.

SIMAS, Hugo. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1940, v. VIII.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SOARES, Fernando Luso. **O processo penal como jurisdição voluntária**. Coimbra: Almedina, 1981.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. Fundamentos epistemológicos para uma teoria geral do processo. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coords.). **Teoria do processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: Jus Podivm, 2008.

SOARES JÚNIOR, Dário José. **Isonomia processual penal**: um enfoque acerca da vedação inconstitucional da liberdade provisória (Mestrado em Direito Processual). Programa de Pós-Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2006.

SOUZA NETTO, José Laurindo. **Processo penal**: sistemas e princípios. Curitiba: Juruá, 2006.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Temas de direito processual penal constitucional aplicado**. Niterói: Impetus, 2006.

STEIN, Ekkehart. **Derecho politico**. Trad. Fernando Sainz Moreno. Madrid: Aguilar, 1973.

STERMAN, Sônia. Responsabilidade civil dos agentes públicos: ação regressiva – Obrigatoriedade de sua proposição pelos representantes das pessoas jurídicas de Direito Público. **Revista de Direito Civil**. São Paulo, a. 2, n. 5, 1987.

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. 3. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 1997.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SUANNES, Adauto. A ideologia do juiz. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, v. 3, n. 17, p. 21-24, dez./jan.2003.

TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. A investigação criminal: atividade exclusiva da autoridade policial. **Revista Jurídica Consulex**. São Paulo, a. VII, n. 159, ago. 2003.

TAVARES, Fernando Horta. O direito nas sociedades primitivas: algumas considerações. **Revista Eletrônica Virtuajus**. Belo Horizonte, a. 2, n. 1, ago. 2003. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/Ano2_08_2003_arquivos/Docente/O520Direito520nas%20Sociedades%20Primitivas.doc. Acesso em: 15 jan. 2008.

TAVARES, Fernando Horta. Tempo e Processo. p. 215-225. *In*: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). **O Brasil que queremos**: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas), 2006.

TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Constituição, direito e processo**: princípios Constitucionais do Processo. Curitiba: Juruá, 2007.

TAVARES, Fernando Horta. Tempo e Processo. *In:* TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Urgências de tutela**: processo cautelar e tutela antecipada, reflexões sobre a efetividade do processo no Estado Democrático do Direito. Curitiba: Juruá, 2007.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A criação e realização do direito na decisão judicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TERRA, Nelson Freire. **Segurança, Lei e Ordem**. Tese de Doutorado em Direito Constitucional da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 1988.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O juiz e a revelação do direito *in concreto*. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 98, n. 360, p. 23-33, mar./abr. 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 40. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. I.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 30, n. 125, jul./2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, v. 7, n. 40, mar./abr. 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. 23. ed. São Paulo: Leud, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A grande função do processo no Estado Democrático de Direito. **Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais**. Belo Horizonte. Disponível em: http://www.iamg.org.br. Acesso em: 19 dez. 2007.

TOLEDO, Cláudia. **Direito adquirido e estado democrático de direito**. São Paulo: Landy, 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

TUCCI, Rogério Lauria. **Temas e problemas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1989.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993.

TUCCI, Rogério Lauria. Considerações acerca da inadmissibilidade de uma Teoria Geral do Processo. **Revista Jurídica** n. 281. Porto Alegre: Notadez, v. 48, p. 48-64, mar. 2001.

TUCCI, Rogério Lauria. Considerações acerca da inadmissibilidade de uma teoria geral do processo. *In*: PIERANGELI, José Henrique (Coord.). **Direito criminal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, v. 3.

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VARGAS, Jorge de Oliveira. **Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação da tutela jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 1999.

VARGAS, José Cirilo de. **Processo penal e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

VELLOSO, Flávia Dolabella. **A processualização das cautelas pessoais no processo penal** (Mestrado em Direito Processual). Programa de Pós-Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2005.

VIDIGAL, Luis Eulálio Bueno de. Por que unificar o direito processual? **Revista de Processo**, n. 27. São Paulo: Revista dos Tribunais, [s.d.].

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal e mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. Tutela antecipada. **Boletim Técnico**, Escola de Advocacia da OAB-MG, v. 2, n. 2, [s.d.].

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. **Da ação cível**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. A condenação civil e o cumprimento da sentença. *In*: BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coords.). **Processo civil reformado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

VIEITO, Aurélio Agostinho Verdade. **Da hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VILLAR, Willard de Castro. **Medidas Cautelares**. São Paulo, 1971.

WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa. **Processo Civil**: curso completo. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

WHITROW, G. J. **O que é o tempo?** Uma visão clássica sobre a natureza do tempo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. Sistema cautelar brasileiro e sistema cautelar italiano. **Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil**. Porto Alegre, n. 16, p. 86-96, mar./abr. 2002.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ANEXOS