

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

LUCIANO SANTOS LOPES

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

NESTOR EDUARDO ARARUNA SANTIAGO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

P963

Processo penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/
FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Luciano Santos Lopes, Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini, Nestor
Eduardo Araruna Santiago – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-127-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo penal. 3.
Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25.
: 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

Neste CONPEDI de Belo Horizonte houve uma diferente estratégia de discussão, tomando-se como parâmetro os encontros passados. Houve uma cisão entre os Grupos de Trabalho (GTs) de Direito Penal e de Direito Processual Penal, em razão da grande quantidade de trabalhos apresentados.

Assim, o presente Grupo de Trabalho tratou de enfrentar apenas as questões atinentes ao Processo Penal, sempre à luz da referência constitucional.

Foram 25 artigos aprovados inicialmente. Contudo, apenas 21 deles foram efetivamente apresentados em 13 de novembro de 2015. São apenas estes que compõem, portanto, o presente livro.

Coordenaram os trabalhos o Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (Universidade de Fortaleza - UNIFOR); o Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoni (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA); e o Prof. Dr. Luciano Santos Lopes (Faculdade de Direito Milton Campos - FDMC).

A dinâmica operacional consistiu em agrupar temas afins, em uma sequência de apresentações que permitisse uma mais operante interlocução de ideias. E o resultado foi muito interessante, frise-se.

A sustentação oral dos trabalhos apresentados, então, seguiu a seguinte ordem: teoria geral do processo; sistemas processuais; princípios e regras no processo penal; aplicação de princípios constitucionais ao processo penal; a questão da justiça militar; investigação criminal e produção de provas no processo penal; questões ligadas à aplicação de pena e à execução penal; questões ligadas à ritualística do processo e de seus vários modelos procedimentais especiais.

A tônica das apresentações, e das discussões que dali surgiram, foi a da necessária constitucionalização do processo penal. E isto ocorreu sob os mais variados aspectos teóricos. Certo é que, entre convergências e divergências, esta constante preocupação existiu à unanimidade, pode-se afirmar.

Percebeu-se uma preocupação ímpar com a localização do argumento constitucional na legitimação do processo penal, sempre tomando como referência o Estado Democrático de Direito. E, pensa-se, não poderia ser diferente.

Uma primeira preocupação que surgiu nos debates foi a da definição da finalidade do processo penal. Discutiu-se muito acerca da adoção, ou afastamento, da teoria instrumentalista. Foi colocada ao debate, em contraponto à tradicional teoria antes anunciada, a concepção do processo como garantia. Por evidente, tal discussão não tinha como finalidade a adoção definitiva, para o Grupo de Trabalho, de uma destas teorias. O espaço de debate serviu apenas para a reflexão de que modelos contrapostos podem (e devem) ser apresentados ao operador do Direito. Isto, porque as definições de estratégias argumentativas serão inócuas enquanto não se entender, primeiramente, qual a finalidade do processo.

Discutiu-se muito, também, o papel dos atores processuais (Magistrado, Ministério Público, Advogados, Acusados, Vítimas, etc.). Trata-se de outra premissa relevante ao extremo, necessária para situar cada um destes operadores jurídicos no espaço processual. Tal questão também faz parte, portanto, da construção do argumento legitimador da intervenção punitiva.

Uma interessante constatação: a temática da principiologia foi recorrente em cada uma das abordagens realizadas. Isto revela, pensa-se, a preocupação que o Grupo de Trabalho teve com a perfeita colocação da Teoria Geral do Direito no debate, com um certo papel de protagonismo (junto com a Hermenêutica Constitucional).

A partir destas definições gerais, e fundamentais, pôde-se ingressar nas discussões sobre provas e sistemas de investigação. São temas de alta importância na construção do modelo constitucional de processo penal. Outra curiosa constatação foi a de que a Justiça Militar, normalmente muito esquecida nos debates acadêmicos, veio para o centro das discussões em algumas oportunidades neste GT.

Certo é que a premissa constitucional deve ser capaz de fundamentar o exercício do papel punitivo estatal, sem deixar de considerar o igual protagonismo da tutela das liberdades individuais. Este equilíbrio se faz necessário (pode-se afirmar, mais: é fundamental) e é fruto de um compromisso axiológico decorrente exatamente dos valores impressos no texto constitucional.

Deve, pois, haver um afastamento do operador do Direito, em relação a uma cultura ideológica (e midiática) preconcebida, devendo (o processo penal) funcionar como autêntica

garantia do exercício de cidadania. O processo penal, neste sentido, deve ser inclusivo e solicitar a participação de todas as partes envolvidas, para construir um provimento jurisdicional compartilhado e mais próximo da solução duradoura de conflitos.

Em resumo, estas foram as principais questões (e impressões) que do GT de Processo Penal e Constituição surgiram.

Belo Horizonte, novembro de 2015.

Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (Universidade de Fortaleza - UNIFOR);

Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertocini (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA);

Prof. Dr. Luciano Santos Lopes (Faculdade de Direito Milton Campos - FDMC).

**A NOVA REGRA DAS MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO: SUBJETIVIDADE JUDICIAL E CRÍTICAS CONSTITUCIONAIS.**

**THE NEW RULE OF THE PREVENTING MEASURES IN THE BRAZILIAN
CRIMINAL PROCEDURE LAW: JUDICIAL SUBJECTIVITY AND
CONSTITUTIONAL CRITICISM.**

**Hamilton da Cunha Iribure Júnior
Emerson Reis da Costa**

Resumo

A presente abordagem se resume, em especial, numa substancial análise de algumas das principais inovações incorporadas ao Código de Processo Penal por meio da Lei n. 12.403/11 e seus reflexos, tendo em vista a nova ordem constitucional. A problemática está centralizada nos novos dispositivos processuais que perfazem um microsistema de aplicação de medidas processuais específicas, autorizadas da aplicação de um leque de medidas cautelares alternativas à prisão processual. Uma das proposições de arranque da Carta Constitucional vigente no Brasil é a de que o Estado deve fomentar e respeitar a existência digna do ser humano, valorizando-o tanto em sua dimensão individual quanto num contexto de justiça social. O referido fundamento orienta uma pluralidade de elementos essenciais, que, embora heterogêneos, mantêm uma concatenação entre si, justificando a existência do Estado Democrático de Direito. Não somente como um fundamento republicano, mas, principalmente como uma regra orientadora de criação e interpretação das normas jurídicas, a dignidade da pessoa humana institui uma nova ordem constitucional concreta, tornando-se a base de aplicação dos direitos fundamentais que, ao seu turno, revestem-se como o núcleo primordial da existência e justificação do organismo estatal, sua razão maior. O método empregado é o da análise direta, documental, com inferência acerca do sistema que atualmente rege a aplicação das medidas que importam em menor restrição à liberdade individual, alinhando o atual pensamento dos tribunais superiores no Brasil.

Palavras-chave: Medidas cautelares, Garantias, Prisão, Liberdade

Abstract/Resumen/Résumé

This approach is summarized in particular in a substantial analysis of some of the main innovations incorporated into the Criminal Procedure Code by Law n. 12.403/11 and its consequences in view of the new constitutional order. The problem is centered in the new procedural devices that add up to a microsystem application specific procedural measures, authorizing of the application of a range of alternatives precautionary measures to procedural prison. One of the start-up propositions of the current Brazilian Constitutional Law is that the State must promote and respect the existence worthy of human beings valuing it both in its individual dimension as a context of social justice. The plea guides a plurality of key

elements, which, though heterogeneous, maintain a concatenation each other, justifying the existence of the democratic state. Not only as a Republican foundation, but mainly as a guiding rule creation and interpretation of legal standards, human dignity establishing a new concrete constitutional order making it a fundamental rights application base that, in turn, lining up as the primary core of existence and justification of the state body, his biggest reason. The method employed is the direct, document analysis, inference about the system that currently governs the measures that matter to a lesser restriction on individual freedom by aligning the current thinking of the higher courts in Brazil.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Precautionary measures, Guarantees, Prison, Freedom

1. Introdução

Com a edição e publicação da Lei n. 12.403, em 04 de maio de 2011, o Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941) sofreu significativa alteração em sua estrutura sistêmica, sobretudo na parte pertinente à disciplina das prisões ditas cautelares (Título IX, Capítulos I a VI).

Em suma, 32 dispositivos processuais foram modificados com a supracitada legislação reformadora. Essa alteração fez com que o Código de Processo Penal viesse a ganhar uma nova roupagem, um novo enquadramento interpretativo, de modo a consolidar um sistema que prestigiasse um panorama garantista e sólido, atingindo, assim, um patamar de harmonia com o texto da Constituição da República de 1988.

No âmbito da presente abordagem, necessário se faz ressaltar que o “garantismo” aqui empregado não se confunde, em momento algum, com termo “abolicionismo penal”. Este representa uma teoria criminológica com tendências à descriminalização de determinados tipos penais.

A mudança desse panorama processual referente à regra das prisões cautelares no Direito brasileiro era um desejo de estudiosos e processualistas e, portanto, representou, de certo modo, inexorável conquista nesta contextualização funcional do ordenamento jurídico processual.

Aliás, é recomendável que a interpretação das disciplinas jurídicas (infraconstitucionais) se dê à luz do texto maior, a fim de se repelir nulidades que possam, eventualmente, macular, em um segundo momento, o processo em seu todo ou em parte, colocando em risco a segurança processual conferida às partes.

Não obstante, todavia, a alteração do Código de Processo Penal pela Lei n. 12.403/11, ainda se depara, não raras vezes, com uma série de decisões de primeira instância e de julgados emanados de Tribunais e Cortes Superiores que resistem à atual diretriz processual. Resistem, notadamente, ao sentido axiológico de envergadura e jaez constitucional que prestigia determinados mandados fundamentais.

Além disso, há outra questão preocupante que é a má interpretação do sentido principal da “nova” lei que, afinal, é a de dar coerência, compatibilidade e primazia a um processo penal-constitucional ou com fins constitucionais.

Frente a isso, necessário se faz conectar alguns pontos gerais sobre a regra atual das prisões cautelares, catalogando inclusive algumas das inovações mais sutis que adequam o texto processual à moldura do sentido da redação constitucional, lembrando que este ensaio

não tem a pretensão de esgotar os capítulos destinados a tratar das prisões cautelares do Código de Processo Penal.

Pontos específicos como, por exemplo, a nova redação ofertada ao artigo 282 e seus respectivos incisos, devem ser metodicamente avaliados, tendo em vista o impacto que causam os critérios destinados à fixação e à revogação das medidas cautelares, especificamente no que tange às medidas cautelares substitutivas da prisão, estas que prestigiaram determinadas garantias constitucionais e elevaram a importância do *status libertatis* do indivíduo dentro da regra do processo penal dito alinhado à Carta Maior de 1988.

Outro desafio que se aponta é identificar as possibilidades de afastamento de juízos de subjetividade quando da (não) concessão das medidas cautelares que, casualmente, substituem a prisão, fato este que faz concluir que a segregação no curso da persecução penal se revela como uma medida de *ultima e extrema ratio* ao processo.

Em linhas gerais a pesquisa se funda em um método de análise crítica do sistema processual brasileiro com base em dispositivos legais muita das vezes lacunosos, os quais por sua essência vaga permitem a legitimação de decisões discricionárias no processo judicial.

A crítica também se concentra na postura supra-ativa do Poder Judiciário que, ao longo de décadas, vem alimentando indiscriminadamente a forte tendência ao decisionismo no direito brasileiro, sufragando assim um dos direitos mais caros do ente existencial humano, a liberdade, concatenação da dignidade da pessoa humana, fundamento, este, republicano.

2. Uma ponte teórica para a compreensão da problemática

Sem sombra de dúvidas o assunto aqui abordado revela-se, pois, como sendo um dos mais importantes tópicos do Código de Processo Penal (frise-se). E essa conclusão inicial decorre da interferência direta do direito de liberdade do sujeito em contraste à possibilidade legal de seu cerceamento.

Cediço é que a prisão representa a oposição ao direito à liberdade. Representa, aliás, forma de autolimitação do Estado na vida do indivíduo, e por força da máxima da *nulla poena sine iudicio*, o Estado tem o dever de submeter sua pretensão punitiva às vistas do Poder Judiciário, tendo, ademais, o ônus de alegar e provar a prática delituosa assegurando o contraditório e a ampla defesa ao imputado (JARDIM, 1997, p. 317).

Toda vez que cogitamos na expressão ‘prisão’, e aqui é importante introjetar um pequeno recorte sobre as variações linguísticas que abarcam o substantivo feminino, o qual comporta sentidos jurídicos plúrimos e conotações ideológicas variadas, temos em mente que

a prisão, representa-se como restrição coativa da liberdade individual, a sanção penal, o castigo, a efetivação do cárcere, a custódia do homem, enfim, a segregação do ente real humano por meio do ente abstrato Estado que se personifica através de suas agências repressoras (Poder Judiciário, Ministério Público, organismos de polícia judiciária etc.).

Mas, refletindo de tal modo, tão superficial, estar-se-ia interpretando a expressão de acordo com suas próprias características? Óbvio que a resposta só poderia ser negativa. Ao enxergar-se a prisão como a privação mais ou menos intensa da liberdade ambulatorial do sujeito (TOURINHO FILHO, 2012, p. 643), podemos esmiuçá-la de acordo com duas classificações que a dogmática nos propõe a refletir.

A primeira classificação das prisões é a denominada prisão-pena, à qual já adiantamos não ser o objeto deste nosso estudo. De toda sorte, a prisão-pena decorre de um comando judicial final, isto é, de uma sentença penal condenatória da qual não seja mais suscetível de recurso algum; irrecorrível, portanto.

A segunda modalidade de prisão é a prisão sem pena, que, ao contrário da prisão-pena, não decorre de uma sentença penal condenatória irrecorrível, mas, sim, de decisão interlocutória penal ou ainda de decisão interlocutória de natureza 'cível', como exporemos adiante.

Esta modalidade de prisão pode ser estratificada em três espécies variadas, sendo elas: a prisão constitucional cautelar, nas hipóteses de estado de sítio decretado (art. 139, inciso II, da Constituição da República de 1988); a prisão civil, permitida no atual sistema constitucional apenas quando se tratar de dívida alimentar (art. 733, do Código de Processo Civil) e a prisão cautelar processual penal, objeto deste exórdio, e à qual se subdivide em prisão preventiva, prisão temporária e prisão domiciliar processual, esta última, sendo também inovação promovida pela Lei n. 12.403/11.

Mas ainda assim pergunta-se: e a prisão em flagrante, qual sua natureza jurídica após a nova legislação? Tratar-se-ia de uma subespécie das ditas prisões cautelares processuais, ou poderíamos classificá-la como sendo medida pré-cautelar, tendo em vista a redação atual do art. 310, do Código de Processo Penal?

Sobre a prisão em flagrante delito, tópico específico ao longo se assenta com vistas a um maior detalhamento das medidas cautelares restritivas da liberdade, oportunidade que se aborda suas especificidades com a profundidade que se demanda. Chama à atenção que a intervenção do processo penal na vida do indivíduo, sem exceções, provoca restrições mais ou menos drásticas ao seu direito de ir e vir, ou melhor, à sua liberdade ambulatorial.

Ainda que esta privação seja por demais tênue, a exemplo da fixação de medidas cautelares distintas da prisão propriamente dita, deve o indiciado ou o réu submeter-se a determinadas restrições através de comandos fixados pelo Estado personificado na pessoa do juiz, e somente após o édito final, o qual pode ser uma sentença penal condenatória ou absolutória, é que se terá a afirmação concreta do seu novo status de liberdade.

3. Contornos históricos da dignidade humana e as restrições estatais

Configura um escarpado desafio vasculhar na densa seara da existência dos valores universais um conceito que possa, em toda sua extensão, albergar um parâmetro definitivo e conglobante para inferir a precisa noção do princípio da *dignidade da pessoa humana*. Trata-se, portanto, de missão tormentosa na qual se incorre no risco de fomentá-la com expressões de conteúdo subjetivamente indeterminado.

É cediço que a nota etimológica da palavra “*dignidade*” arrima-se na remota origem da raiz latina “*dignus*”, verbete até então utilizado para referir-se a todo e qualquer indivíduo que era merecedor de honraria e que, portanto, fazia jus à estima e era detentor de um importante valor no meio no qual se inseria (NALINI, 2008, p. 192).

Nesse contexto, é possível notar um sopro inicial de existência para a delimitação dos quadrantes de vida do termo, o qual galgou um dos primeiros contornos conceituais com os Estóicos, no século III a.C.

Bem mais tarde, com o advento e a consolidação do Cristianismo, a dignidade humana alterna seu *status* e passa a ser vislumbrada também no patamar de uma categoria espiritual, fazendo com que o vocábulo “*pessoa*”, definitivamente, assumisse o contorno de núcleo central de importância não só para os governantes como para todos os seres humanos governados (MORAES, 2003, p. 77-79).

Em decorrência dos intransponíveis mandamentos de Jesus Cristo, o verbete logrou, desde então, ser empregado como forma de representar a síntese da unidade do ser humano, este que, por ser criado à imagem e semelhança de Deus, restou compreendido como detentor de uma esfera de direitos fundamentais. Como corolário direto dessa atribuição, mereceu tratamento diferenciado dos demais seres viventes, devidamente por possuir dignidade (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 1998, p. 60-61).

Esse momento histórico marcou uma nova concepção no âmbito da existência do ser humano. Em decorrência, emergiu o necessário reconhecimento de sua individualidade,

contrastada pelas necessidades sociais apresentadas pelos núcleos gerenciadores presentes nas civilizações de então e, mais tarde, pelas formas embrionárias conhecidas dos entes estatais.

Tal se confirma a partir da formulação de Hobbes pautando que o advento estatal só se justificava a partir da valoração do ser humano, respeitando-se valores sensíveis como vida e paz, enaltecendo os fracos para que não fossem exterminados pelos fortes (BOBBIO, 1976, p. 56).

Nessa transição que vai das civilizações primitivamente constituídas ao Estado organizado institucionalmente, a dignidade da pessoa humana, antes assente num patamar de ordem moral, é inserida na base legislativa estatal, no seio das variadas ordens constitucionais e nas históricas Declarações que marcaram as fases decisivas de reflexão acerca dos direitos fundamentais (TOBEÑAS, 1992, p. 9).

Tal inserção em patamar constitucional fez com que a dignidade humana fosse albergada não somente como um valor a ser observado nas relações sociais, mas, primordialmente, como uma sólida base construída numa dimensão jurídica com feição de norma positivada (JAFFRO; LABRUNE, 1996, p. 67-70).

Por outro lado, tal realidade fez com que se edificasse uma resistência em aceitá-la em sua dimensão jurídica como preceito e compromisso do Estado, vislumbrando-se que não competia ao Estado, até então, intrometer-se na vida do seu governado, indivíduo, este fincado em seu território.

Contudo na abordagem de Locke, em momento decisivo para a formação da moderna concepção do Estado, que se assevera como imperiosa a necessidade de estabelecerem-se regras para um tratado social que fosse voltado aos anseios dos indivíduos submetidos a um rígido controle de normas coletivas, sob risco, caso contrário, de afastar-se o Estado do indivíduo (LOCKE, 1994, p. 38).

O alto valor expresso pela dignidade humana e as decorrências do desrespeito em sua aplicação nas relações entre o agente estatal opressor e os cidadãos, além de outros fatores oriundos do Absolutismo, fizeram eclodir a Revolução Francesa, ao lume dos ideais contratualistas de Jean-Jacques Rousseau (ROUSSEAU, 1993, p. 15-20). Com ela advém a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em agosto de 1789, na cidade de Versalhes.

Tal Declaração enunciou uma série de direitos fundamentais investindo-se numa missão quase que libertadora da opressão amargada pelo cidadão que via os valores atinente à dignidade serem vilipendiados nas relações levadas a cabo pelo Absolutismo (RIVERO, 1974, p. 48-50).

Contudo, não previa instrumentos garantidores desses direitos. Esse importante marco histórico da civilização, além das convulsões sociais havidas, impeliu um extremado momento de reflexões e refazimento da ordem institucional, fato esse que gerou a redação de novas Cartas Políticas com esteio na dignidade humana.

Realizando um corte epistemológico no trato da temática, o filósofo prussiano Immanuel Kant aquilatou a dignidade como um princípio assente num imperativo categórico cujo valor, no seio das civilizações, tange a noção do *absoluto*. Defensor árduo da premissa de que o ser humano sustenta um valor peculiar, intrínseco e existente por si só, alcança a conclusão de que somente pelo fato de apresentar existência o indivíduo ostenta a dignidade (NUNES, 2002, p. 46-47).

A premissa inicial da fixação da concepção da dignidade humana para Kant fincava bases na autonomia ética do ser humano, vislumbrando-a como a razão de ser daquela (SARLET, 2001, p. 32-33). Muito embora não restando uniforme a aceitação dessa proposta Kantiana, adveio desse entendimento a separação, em lados diametralmente opostos, do homem – ser racional possuidor exclusivo da dignidade – das demais coisas, estas com o lastro de serem objetos e, portanto, apresentarem um valor diferente daquele (TOBEÑAS, 1992, p. 38-41).

O contraponto estabelecido no entorno da magnitude do termo *dignidade* encontra-se na teoria de John Rawls, para o qual a indagação não reside na proposta Kantiana acerca do que precisa ser feito para que uma pessoa respeite a si própria, mas determinar como se pode conceber uma sociedade fundamentalmente estruturada de modo a afirmar e a favorecer adequadamente o respeito de si entre seus cidadãos (CANTO-SPERBER, 2003, p. 443-444).

A par desse entendimento alertava, no entanto, no sentido de que qualquer tentativa de excepcionar ou relativizar esse princípio restaria frustrada pela própria razão de ser deste, a qual se confundia com a existência humana. Construiu-se, a partir de então, a noção de que a pessoa é um fim em si mesmo e não meio para os demais seres. Consecutivamente, é dotada de dignidade por sua racionalidade (SILVA, 1998, p. 90-91).

A consolidação da dignidade humana como princípio inserto nos textos constitucionais alcançou degrau de destaque após o advento da Segunda Grande Guerra Mundial. A Declaração Universal dos Direitos do Homem surge como um verdadeiro código de postura entre as nações, sendo assinada em 1948 (HUMPHREY, 1984, p. 6-15).

Tal declaração contempla, em seu preâmbulo, a consagração da dignidade da pessoa humana como uma cláusula de observação obrigatória na ordem estatal positiva dos seus

signatários, universalizando-se como a premissa maior da relação entre Estado e indivíduo. Decorre daí uma vinculação estatal a esse preceito maior (PIOVESAN, 1997, p. 162-163).

A partir desse documento o preceito da dignidade passou a fazer parte dos textos constitucionais de boa parte dos ordenamentos jurídicos mundiais (COMPARATO, 2000, p. 209-210). E a Declaração de 1948 assentou-se como um sólido lastro de reconhecimento dos direitos fundamentais, promovendo-os e protegendo-os, tanto na órbita do direito positivo interno quanto nas relações externas entre as mais diversas nações.

Como valor intrínseco a todo ordenamento, a dignidade é algo real, irrenunciável e inalienável, uma situação material que deve ser diuturnamente observada sob o risco de ver-se anulada toda atividade estatal pautada no arbítrio e nos excessos intoleráveis dos seus agentes. O desrespeito à dignidade da pessoa humana constitui-se uma ferida aberta contra a própria existência do ser (ABBAGNANO, 2003, p. 276).

Os reflexos do sentido da dignidade humana pululam, na órbita judicial, na obrigatoriedade do magistrado ter em mente, antes de desenvolver sua atividade, aplicando seu convencimento, a real dimensão da necessidade de enxergar no jurisdicionado uma pessoa detentora de direitos minimamente assegurados. Destarte, esse superprincípio revela ao julgador as diretrizes nas quais opera a atividade estatal para que não se suprima a liberdade individual sem regra ou condição autorizadora, respeitando-o em sua integridade física e psíquica.

Deve-se compreender na dignidade humana sempre o paradigma em que se estribar a decisão judicial, afastando as formas discriminatórias nesta. Ao decidir sobre a aplicação da norma, decide também o julgador por parâmetros da vida do jurisdicionado. Nisso reside a afirmação de que o tratamento digno é um mandamento ético (SARLET, 1998, p. 103), acobertado pelo senso maior de justiça (LAVIÉ, 1995, p. 47-49).

Em derradeiro, a par das árduas tentativas de se atingir com amplo grau de segurança um mínimo conceito para a dignidade humana, nota-se que a aplicabilidade dos ditames oriundos deste fundamento reserva ao Poder Judiciário a árdua, porém nobre, missão de servir como o atracadouro das garantias que devem ser ofertadas ao combate a qualquer espécie de violação dos direitos decorrentes daquele preceito maior.

4. Interpretação à margem de uma subjetividade judicial (i)limitada

Há muito, tem-se travado um duro debate que durante alguns anos vem ganhando demasiada força e solidez, sobretudo no campo da teoria da decisão jurídica quanto à

necessidade de se combater com o devido rigor, certa prática judicial que tem como consectário o solipsismo, a discricionariedade e o subjetivismo jurisdicionais.

Os juízos solipsistas possuem como característica a pretensão – (pré)intenção – de se impor certa vontade antecipadamente idealizada no âmago do julgador como se fosse a solução mais “justa” ou conveniente à resolução do conflito, e essas conclusões são aferíveis antes mesmo de se analisar (com a prudência necessária e sob o respaldo legal) a questão de mérito que envolve o processo e as partes, ou, em muita das vezes, o próprio litígio na seara cível (DIMOULIS; LUNARDI, 2008, p. 179-197).

Destarte, ser imparcial dentro da conjuntura do processo corresponderia à necessidade de “julgar sem paixão”, donde o julgador deveria cingir-se de suas concepções pessoais e decidir não, porém, segundo suas pretensões suposta e moralmente válidas, mas baseado em elementos que decorram diretamente do texto da lei

Decisões marcadas por traços subjetivistas, geralmente, são “argumentadas” com os seguintes enredos frasais que são, costumeiramente, conjugados em primeira pessoa; por exemplo: “*assim entendo*”, “*hei por ‘bem’ em decidir*”, “*ao meu juízo*”, “*no meu ponto de vista*” etc., acompanhado do dispositivo da decisão, mas sem referência alguma à base legal ou constitucional utilizada para se fundamentar e solucionar a concretude do caso.

Logo, aceitar-se comandos judiciais deste jaez (embalados por um romantismo pessoal e carregados de convicções subjetivas) como constitucionalmente legítimos, implica no afrontamento inequívoco do imperativo de devido processo legal (democrático), provocando incorrigível esgarçamento do significado maior do dever de se motivar adequadamente as decisões judiciais (art. 93, inciso IX, da Constituição da República de 1988).

Mas, então, o que seria devido processo legal em uma interpretação constitucional um pouco mais refinada tomando por parâmetro a tese da democracia? Devido processo legal não se resume a processo hígido por estar apenas de acordo com a lei adjetiva ou por não carecer exclusivamente de nulidades relativas. Sendo mais claro ainda, por não violar a ordem procedimental do Código de Processo (Civil ou Penal), ou a comandos legais de envergadura material.

Não. O imperativo de devido processo legal abarca desdobramentos infindáveis. É como se imaginássemos um oceano limitado à sua zona continental. Ao contrário, é nas suas profundezas que se contemplam microssistemas e organismos variados e desconhecidos por nós, seres humanos tão limitados às nossas próprias mazelas intelectuais.

Dentre os múltiplos consectários do devido processo, podemos nos aprofundar a um campo já esquecido ou pouco tocado pela dogmática: o processo baseado com primazia do texto da lei e não na vontade insólita e moral do juiz ou da vontade colegiada de um Tribunal que se olvida em aplicar a lei por força desta ou daquela jurisprudência dita consolidada pelo sodalício.

Não é novidade ouvirmos frases afirmando que o direito não é a lei, não são os valores, não são os bons costumes, não se confunde com a justiça, não se confunde com a moral, não se confunde com a política, mas que o direito é aquilo que os juízes decidem. Afinal de contas, seria acertada esta afirmação? Distinguir determinadas funções, tais como as de julgar e legislar, é essencialmente salutar à democracia, em especial a brasileira.

Mas por que, ainda que à margem da legislação, determinada decisão emanada por um juiz, frise-se constitucionalmente investido de seu cargo (art. 5º., incisos XXXVII e LIII, da Constituição da República de 1988), que venha inclusive a resolver de modo satisfatório certo conflito de interesses, feriria a máxima constitucional do *due process of law*?

A resposta não poderia ser outra senão pelo fato de que se posicionaria diante de patente violação à diretriz constitucional do regime de Estado Democrático de Direito, conforme dita o artigo 1º., *caput*, da Carta Magna de 1988, assim como, a cláusula de harmonia e independência entre os Poderes constitucionais, no artigo 2º. da citada Carta, onde as tarefas de legislar e julgar são, previamente, definidas e conferidas a entes estatais com competências e atribuições distintamente delineadas.

Não caberia, por conseguinte, ao Judiciário, imiscuir-se nos escopos funcionais do Legislativo e decidir-se, pois, ainda que de modo travestido, por produtor de lei(s). Pode-se, ainda, ilustrar tal entendimento com o exemplo das audiências de custódia, as quais, inclusive, foram objeto de Provimento Conjunto da presidência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, onde por meio de ato administrativo daquele Tribunal se regulamentou lacuna aferida no texto do art. 306, § 1º., do Código de Processo Penal.

A suposta base legal a se legitimar as audiências de custódia estaria interpostamente prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos, datada de 22 de novembro de 1969, na cidade de *San Jose* na Costa Rica, em seu artigo 7º, Item 5, à qual se quedou ratificada pelo Brasil aos 25 de setembro de 1992, e incorporada ao nosso ordenamento constitucional por meio do Decreto n. 678, de 06 de novembro daquele mesmo ano.

Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal:
(...)

5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Frise-se, ademais, aquilo que já é de conhecimento comum, ou seja, que referido Decreto foi considerado pela Corte máxima brasileira como sendo norma de status *supralegal*, isto é, acima da lei, abaixo, entretanto, da Constituição.

É certo que, no exemplo trazido, as audiências de custódia representam otimização ao processo penal, tanto é que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) encampou a ideia e disponibilizou, inclusive, em sua página oficial um vídeo narrando história verídica contextualizando o aprimoramento do processo por meio das ditas sessões de inquirição preliminar do autuado.

Sob o esse modo particularizado de denominar as audiências realizadas posteriormente ao flagrante, a expressão “sessão de inquirição preliminar do autuado”, melhor condiz aos parâmetros de denominação textual frente ao modo em que se desenvolve processo penal brasileiro. A expressão “audiência de custódia” limitar-se-ia, tão-só, a decidir sobre a custódia ou não do preso, sendo que, a bem da verdade, o juiz não estaria adstrito a resolver ou não apenas pela prisão, sendo-lhe direcionado fixar medidas cautelares diversas da prisão, ou mesmo várias medidas de modo cumulativo umas às outras (art. 282, § 1º., c/c. art. 319, ambos do Código de Processo Penal brasileiro).

Não é novidade também que no Tribunal de Justiça paulista, a rotina das audiências fazem parte da práxis jurisdicional de magistrados, defensores e membros do Ministério Público. Ainda assim, questionamos a validade dessas audiências, tendo em vista a ausência de lei (em sentido formal) para regulamentá-las.

Portanto, indaga-se: o posicionamento do Poder Judiciário, legitimando essas audiências sem alteração evidentemente clara do texto do Código de Processo Penal, baseado na Convenção Internacional seria postura condizente com a máxima de devido processo legal (democrático)?

Seria, outrossim, a Convenção Americana de Direitos Humanos, *in casu*, o Decreto n. 678/92, a espécie normativa adequada a se referendar e introduzir uma nova modalidade de audiência no Código de Processo Penal, tendo em vista que a alteração deveria se dar através de lei ordinária?

Sendo mais específico ainda, será que não estaríamos diante de violação do próprio processo legislativo constitucional (o qual, diga-se, não confundir-se com devido processo

legal) por afronta a uma série de dispositivos procedimentais da Constituição e, ainda, o teor do art. 22, inciso I, da Carta Republicana de 1988?

São esses alguns dos questionamentos pertinentes em dias atuais e em momentos de uma reflexão mais analítica do direito aplicado. Mas onde entraria, portanto, o solipsismo nos pressupostos de fixação das medidas cautelares no processo penal a partir das novas alterações legislativas? Pois, pode-se classificar a postura do Tribunal paulista como de subjetivismo generalizado?

Lembre-se que tal expressão (subjetivismo generalizado) nos coloca sob o questionamento da difusão e da tendência de solipsismo que, pouco a pouco, vem se propalando e expandindo-se pelos nossos Tribunais ao ponto da exceção tornar-se, pois, a regra no direito brasileiro.

Inicialmente, é imperioso cotejar os pressupostos de fixação individualmente, ou seja, o art. 282, do Código brasileiro de Processo Penal. Pois bem. O artigo alhures dispõe sobre as bases piramidais que servem de cabedal ao magistrado, no momento de se fixar as medidas cautelares processuais penais ou, ainda, determinadas espécies de prisões cautelares (e.g., prisão domiciliar e prisão preventiva). Na redação de seus dois incisos, veem-se as expressões ‘necessidade’ e ‘adequação’ – no modelo de direito processual italiano, do qual o Brasil assemelha-se, *necessità e adeguatezza* – respectivamente nos incisos I e II, do mesmo art. 282, do referido código.

Quanto ao inciso I não se enxergam lacunas a serem corrigidas de imediato. A propósito, a redação legal se encarregou de definir o sentido axiológico do substantivo feminino ‘necessidade’. Aqui, necessária é a medida que assegure a aplicação da lei penal, a realização da investigação e a instrução criminais de modo a se impedir outras práticas delituosas durante o íterim processual penal.

O mesmo não o fez o Código de Processo com relação à expressão ‘adequação’. Neste ponto é onde se depara com a grande problemática da presente pesquisa. Será que as máximas de necessidade e adequação teriam sido idealizadas pelo legislador numa comparação ao primado de ponderação de Robert Alexy?

Mas onde estaria, deste modo, o terceiro requisito *alexiano* da ponderação (ALEXY, 2015, p. 588-611), qual seja, “a proporcionalidade em sentido estrito”? Ainda, qual a fórmula de ponderação imposta pela lei ao julgador para que não utilize da técnica de sopesamento ao seu bel-prazer?

Ademais, o que significaria adequação da medida à gravidade do crime? Ou adequação de acordo com as circunstâncias fáticas? Ou, pra piorar o mundo da vida

(*lebenswelt*) em uma concepção filosófica *heideggeriana*, o que seria adequação às condições pessoais do autor do fato?

Pode-se assegurar que a margem à interpretação subjetivista do aplicador é inquestionável e demasiadamente extensa. O termo ‘adequação’, cá proposto, permite interpretá-lo segundo pretensões ideárias com vastíssimos graus de juízos discricionários supostamente válidos por parte do juiz.

Inúmeros penalistas, inclusive de reconhecimento internacional, sustentam, embora, expressar-se a lei penal através das palavras, e, na esmagadora maioria das vezes, essas palavras serem imprecisas, não estar o julgador autorizado a descartar o princípio da legalidade em detrimento do seu livre convencimento supostamente “motivado”. É, segundo esta concepção crítica, tarefa do legislador esgotar os recursos técnicos a fim de atribuir exatidão e coerência ao texto da lei (ZAFFARONI; BATISTA, 2003, p. 210).

Sob o enfoque comparativo, no direito norte-americano, não obstante inexistir vedação expressa por parte da Carta Política estadunidense, os Tribunais daquele país rechaçam as legislações que venham a pecar pela vagueza (*vague laws*), tudo isso baseado no primado da *void for vagueness*, donde numa tradução livre corresponderia à expressão de “lei nula por imprecisão”.

Aprioristicamente, sobre este aspecto, tomemos por emprestado o princípio de direito Penal da *máxima taxatividade legal e interpretativa*, matriz da variação de impossibilidade do emprego da *analogia in malam partem* no direito Penal. Aliás, a despeito do objeto da nossa abordagem defluir do texto do Código de Processo e não do Código Penal propriamente dito, as derivações das interpretações íntimas do julgador acabariam interferindo transversalmente no direito à salvaguarda de liberdade do indiciado ou do réu neste processo hipoteticamente justo ou, diga-se, quiçá, democrático.

Pode-se sugerir possibilidades de combate a certas antinomias jurídicas à semelhança dessas. Tome-se o exemplo das sessões de inquirição preliminar do autuado. Para o pensador, duas seriam as possibilidades de se equacionar a problemática da vagueza legislativa.

A primeira delas seria a declaração de inconstitucionalidade da lei, recordemos que o Brasil adota os critérios difuso e concentrado, diga-se controle misto de constitucionalidade (ver Lei n. 9.868/99, a qual dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF).

A segunda é a opção pela aplicação do princípio da *máxima taxatividade interpretativa*. Dentre as duas sugestões, dá-se primazia, de acordo com o dogma, à opção pela

declaração de inconstitucionalidade, fazendo cessar de uma vez por todas o problema da antinomia aferível.

Mas no caso em particular, tanto das sessões de inquirição preliminar do autuado, quanto da vagueza do inciso II, do art. 282, do Código de Processo Penal, declarar sua inconstitucionalidade pela via omissiva ou optar pela máxima taxatividade talvez não colmataria na melhor escolha.

A solução parece ser dissecar a expressão “adequação” por meio da *interpositio legislatoris*, esclarecendo analiticamente o conjunto das definições que abarcam o substantivo em compasso com parâmetros de moldura das cautelares ao processo, lembrando que essa tarefa é prerrogativa exclusiva do Legislativo, com exceção, evidentemente, a determinadas espécies normativas que não se aplicariam, contudo, ao caso em espécie (ver o artigo 68, da Constituição da República de 1988, ao tratar das Leis Delegadas).

De toda sorte, o que não se deve permitir é que a expressão ‘adequação’ torne-se sinônimo de ‘conveniência’, abrindo margem a um poder discricionário ilimitado em prol da íntima convicção do juiz, como se fosse a solução mágica para todo e qualquer problema (a “varinha de condão” do magistrado), permitindo-se, além disso, que sejam legitimadas decisões prolatadas de acordo com crivos e sentimentos pessoais do julgador, ao passo de se colocar em escanteio a própria rigidez constitucional e o sistema apropriado de motivação das decisões, que reconstrói aquilo que está preconizado no princípio que se esconde por detrás do art. 155, do Código de Processo Penal.

A propósito, recorde-se das lições irreparáveis no sentido de que as leis do processo correspondem ao complemento necessário das leis constitucionais e cujas formalidades do processo representariam as atualidades das garantias constitucionais ao ponto de “*se o modo e a forma de realização dessas garantias fossem deixados ao critério das partes ou à discricção dos Juízes, a justiça, marchando sem guia, mesmo sob o mais prudente dos árbitros, seria uma ocasião constante de desconfiança e surpresas*” (ALMEIDA JÚNIOR, 1959, p. 13).

Isso talvez justifique o vislumbrado império da lei à luz do texto constitucional, em face de outras fontes do direito como a jurisprudência. Lembrando que esta supremacia não se faz absoluta diante dos demais mananciais jurídicos, pois, caso contrário, estaríamos evoluindo a um retrocesso incorrigível ao passo de remontarmos raízes liberalistas donde outrora os juízes se comportavam como boca inanimada da lei (*juge bouche de la loi*).

Por fim, e para que o silêncio não dê azo à má interpretação, deve-se, entretanto, reconhecer, por outro lado, a importância do papel da jurisprudência em dias atuais. Contudo, tome-se nota, com a parcimônia recomendável, haja vista que em nenhum momento se

apregoa o desprezo pela jurisprudência. Caso contrário seria uma fantasiosa utopia ou interposta verdade inalcançável.

5. Novos rumos que visam à compatibilização do processo penal com o regramento das medidas cautelares

Ainda que se trate das novas medidas cautelares distintas da prisão, propriamente dita como a segregação mais ou menos intensa da liberdade ambulatorial do ente existencial humano, não se poderia olvidar de tecer algumas colocações no tocante à nova modalidade de prisão, outrora prevista exclusivamente na Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84, artigo 117) e, doravante, inserida no Código de Processo Penal, consubstanciando na famigerada prisão domiciliar.

O processo penal, embora alvo de inúmeras desaprovações, desencadeia rumos ao alcance da perspectiva garantista, padronizada na fórmula constitucional mais perfeita que se possa pensar. O que se acompanha ao longo dos anos e no limiar da história é uma firme ampliação do texto processual penal.

É óbvio, todavia, e não raras vezes, se deparam com aberrações textuais ou ainda redações lacunosas que dão azo à intensa ferocidade crítica dos estudiosos por meio de suas proposições sugestivas que desaguardam, forçosamente, na imposição da correção ao texto legislado. Mas a cada modificação legal percebe-se certo aprimoramento da técnica legislativa de acordo com as querências e clamores das castas sociais mais igualitárias, isto é, “*o povo como instância global de atribuição de legitimidade democrática*” (MÜLLER, 2010, p. 49).

Hodiernamente, cada vez mais as pessoas estão conectadas a meios informativos muito mais velozes e acessíveis do que em tempos de outrora, os escândalos se propalam mais ligeiramente, a notícia do domingo passado já é ‘jornal de um mês’. E tudo isso é fruto da progressão humana e do papel que a *Internacional-Networking* tem na vida dos homens. Alerta-se, contudo, que estamos diante de muita informação e pouca sedimentação do conhecimento.

As redes sociais, principalmente, são palco de palpiteiros, pseudocientistas e falsos dogmas que, descompromissados com as matrizes do conhecimento e acompanhados por uma legião de ignóbeis seguidores, intitulam-se de penalistas, constitucionalistas, processualistas etc., e acabam veiculando suas opiniões precoces sobre tudo, como se o conhecimento fosse algo tão manipulável como se quer pensar.

Esse espírito de promoção humana nos recorda às lições de Edgar Morin ao expor em um de seus importantes trabalhos sobre o problema da responsabilidade do pesquisador frente à sociedade e do homem. Sobre isso apregoa o autor não bastar o ser humano estar imbuído de boas intenções para ser verdadeiramente responsável no campo da pesquisa, além de reconhecer as chagas que envolvem a própria ciência em si (MORIN, 2010, p. 118).

O alerta feito acima apenas endossa que os processos de alteração e evolução dos estatutos legislativos já fazem parte do cotidiano dos homens, de modo a nos revelar que a utopia do que é previsto no art. 3º., da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, não se faz tão inalcançável como há tempos pensava-se.

Portanto, uma das últimas evoluções sentidas no processo penal foi, sem dúvida, a introdução da prisão domiciliar para presos provisórios por meio da Lei n. 12.403/11 que alterou, sobretudo, os arts. 317 e 318, do Código de Processo Penal.

Interligado à problemática, dados de junho do ano passado da agência de notícias do CNJ apontam que, com a inserção da prisão domiciliar em favor dos chamados “provisórios”, isto é, aqueles reclusos indiciados ou acusados os quais ainda não foram contemplados com julgamento transitado em julgado, 147.937 pessoas estariam em regime domiciliar em todo Brasil que, à época, contava com uma população carcerária de 715.655 presos.

Segundo o órgão internacional de pesquisas e estudos penitenciários, o *International Centre for Prison Studies* (ICPS), o Brasil ocupa o ranking de terceiro país do mundo com o maior número de encarcerados, atrás apenas dos Estados Unidos e da China. Ressalte-se, que esses dados se colidem com aqueles lançados em junho de 2015 pelo Ministério da Justiça, segundo o qual insiste em afirmar que o Brasil perdeu sua posição para a Rússia.

Desvelar os requisitos da prisão domiciliar não é o objetivo deste texto, isso porque a redação legal também é autoexplicativa. Pode-se dizer que não se trata a ‘domiciliar processual’ de uma benesse ao indiciado ou acusado, mas, sim, de uma nova modalidade de prisão que se ajuste a necessidades, muita das vezes, fisiológicas do ente existencial humano, pois pensar, por exemplo, um indivíduo de 80 anos em meio a trinta ou quarenta encarcerados numa mesma cela à qual já se confunde mais a uma masmorra do que a um estabelecimento penitenciário voltado à ‘ressocialização’, e donde valores legais como os inculpidos nos arts. 84 e 85 da LEP só se prestam ao sarcasmo, é desumano, atroz.

A domiciliar processual, com exceção àquela prevista nos casos da prerrogativa da prisão especial da Lei n. 5.256/67, não o é invenção tupiniquim. Na Itália, por exemplo, o instituto da *arresti domiciliari* já é utilizado há anos. Por lá o *Codice di Procedura Penale*, estipula, ademais, que com a decisão que ordena a prisão domiciliar, o juiz determina que o

acusado não deixe seu domicílio, salvo para se tratar em hospitais ou casas de assistência (art. 284) – *Con il provvedimento che dispone gli arresti domiciliari, il giudice prescrive all'imputato di non allontanarsi dalla propria abitazione o da altro luogo di privata dimora ovvero da un luogo pubblico di cura o di assistenza.*

Prevê ainda a legislação italiana que o juiz não está adstrito apenas à domiciliar, podendo nestes casos cumulá-la a outras cautelares, e que em caso de higidez física deverá o preso domiciliar dedicar-se ao trabalho, retornando ao domicílio no final de seu expediente. Enfim, disposições não colacionadas em nosso código, mas que a doutrina entende ser cabível ao nosso sistema face o caráter protetivo dessas medidas.

O que se pode acrescer por último acerca da domiciliar processual é que a medida se enquadra no molde constitucional da primazia à dignidade do ente humano como postulado elevado e fundamento da República Federativa do Brasil de 1988 (art. 1º, inc. III). Além do mais, por detrás da dignidade, e em paralelo à sua hierarquia constitucional, encontra-se a máxima da não-culpabilidade prévia (art. 5º, inc. LVII, CR/1988), também conhecida por princípio da presunção ou estado de inocência. A estes valores constitucionais se deve atribuir a máxima efetividade, de modo com que se cumpra o verdadeiro papel da Constituição nos ordenamentos infraconstitucionais.

Quanto ao princípio da máxima efetividade tem-se que:

à norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê (...), destacando o seu caráter operativo das normas constitucionais, pois embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas, é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais – no caso de dúvida deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais – (CANOTILHO, 2003, p. 1224).

Superada a tratativa das domiciliares processuais, e como cumprimento da promessa ao que havíamos proposto no início deste ensaio, faz-se relevante dedicarmos algumas palavras a expor sobre a natureza do flagrante pós Lei n. 12.403/11. Tratar-se-ia a prisão em flagrante de uma modalidade de prisão cautelar ou seria ela medida pré-cautelar com o advento da famigerada legislação?

Algumas considerações comparativas se mostram pertinentes. Antes da legislação então vigente, assim que o autuado em flagrante era conduzido à autoridade policial que formalizava o auto de prisão em flagrante delito (APFD) de acordo com as regras do art. 304 e ss., do Código de Processo Penal, cuja redação permaneceu inalterada, o APFD era imediatamente encaminhado ao juiz que, após oitiva do órgão do Ministério Público, tinha a

opção de homologá-lo (mantendo a prisão do autuado), relaxá-lo por não ter o APFD obedecido normas constitucionais procedimentais (art. 5º., incisos LXII, LXIII e LIV, todos da Constituição da República de 1988), ou, ainda, concedê-lo liberdade provisória.

Até então, a prisão em flagrante era uma modalidade própria de prisão que, por vezes, protraía-se ao longo do inquérito e do próprio processo-crime. Não eventualmente, e a pedido do órgão do Ministério Público, a prisão em flagrante era convertida em prisão preventiva se presentes os requisitos do art. 312, do Código de Processo Penal.

Atualmente, o flagrante em si, não se prolonga sequer durante o itinerário do inquérito policial, pois logo que é encaminhado ao juízo competente, tem o magistrado as opções de relaxá-lo, se ilegal for, ou, *ex officio*, convolá-lo em prisão preventiva ou em outra(s) medida(s) cautelar(es).

Portanto, comunga-se com a tese, segundo a qual, entende-se não ser o flagrante uma modalidade de prisão cautelar propriamente dita, e, sim, uma medida pré-cautelar, vez que a prisão flagrante delito não se dirige a garantir o resultado final do processo, mas apenas e tão-só, a colocar o detido à disposição do juiz para que adote ou não uma verdadeira medida cautelar, seja ela diversa da prisão ou não (LOPES JR., 2012, p. 63).

Pertinente às cautelares díspares da prisão, temos que a lei reformadora do art. 319 do Estatuto de Processo Penal, inseriu nove medidas substitutivas da custódia. A crítica principal à alteração da lei se dá com relação à margem de discricionariedade conferida ao juízo no momento de fixação de uma ou outra cautelar ou entre uma cautelar diversa da prisão e uma prisão cautelar, pois os parâmetros de fixação estão incluídos apenas em dois incisos (art. 282, incs. I e II, Código de Processo Penal pátrio) que, ao soar, são insuficientes para se regular algo tão sério como o estado de liberdade do homem.

Em um debate acadêmico que resultou numa das obras mais profícuas sobre garantismo, hermenêutica constitucional e neoconstitucionalismo, o professor Luigi Ferrajoli expõe sobre o papel que a jurisdição constitucional deveria desempenhar frente à constatação de certas antinomias que venham a povoar o texto da lei em paralelo ao texto da norma fundamental, *in verbis*:

(...) como modelo de direito, o constitucionalismo garantista se caracteriza, em relação ao modelo paleo-juspositivista, pela positivação também dos princípios que devem subjazer toda a produção normativa. Por isso, configura-se como um sistema de limites e vínculos impostos pelas Constituições rígidas a todos os poderes e que devem ser garantidos pelo controle jurisdicional de constitucionalidade sobre o seu exercício: de limites impostos para a garantia do princípio da igualdade e dos direitos de liberdade, cujas violações por comissão dão lugar a antinomias, isto é, a leis inválidas que devem ser anuladas através da jurisdição constitucional; de

vínculos impostos, essencialmente, para a garantia dos direitos sociais, cujos descumprimentos por omissão resultam em lacunas que exigem o preenchimento mediante a intervenção legislativa (FERRAJOLI; STRECK; TRINDADE, 2012. p. 24).

As orientações acima aduzidas fazem grande sentido, especialmente pela rigidez de nossa Constituição à semelhança da italiana. Atropelar funções de julgar e legislar é descartar toda solidez de um sistema constitucional garantista que, como cediço, é fruto de duras batalhas travadas ao longo da história.

Deve-se, portanto, investir-se de um tirocínio reflexivo necessário a reconhecer que à margem ao solipsismo deixado por qualquer legislação lacunosa é arma feroz a minar uma estrutura jurídica consolidada em parâmetros garantistas. Até porque, como vimos na própria introdução desta pesquisa, que a ideia de garantismo penal não se confunde com a noção de um direito penal minimalista ou muito menos abolicionista.

Garantias se prestam, na realidade, como instrumentos vinculantes ou condicionantes que venham a deslegitimar o exercício da potestade punitiva. Daí a importância de uma releitura daqueles dez axiomas do garantismo penal a se remontar os postulados do sistema garantista (SG) que, aliás, tem natureza de modelo-limite, “*apenas tendencialmente e jamais perfeitamente satisfável*” (FERRAJOLI, 2014, p. 90-91), porque acreditar num direito penal comprometido com uma verdade absoluta, se se entender a ‘verdade’ em sentido objetivo, representa uma utopia que é tão importante perseguir quanto ilusório e perigoso acreditar que seja possível de alcançá-la.

6. Considerações conclusivas

O presente trabalho de pesquisa visa à análise das medidas cautelares, previstas no Código de Processo Penal brasileiro, em contraponto crítico à nova ordem constitucional garantista. A importância dessa análise se justifica pela recente inovação nesse sistema, colacionado pela ampla reforma proporcionada pela Lei n. 12.403, em 2011. O método analítico documental é empregado para que o objeto central se pavimente, permitindo que seguras conclusões sejam atingidas no vertente setor, principalmente no que tange ao caráter e liberdade do decisionismo judicial.

Sabido e consabido que a análise evolucionar do processo penal demanda além do cotejo das mutações legais verificadas no decorrer de cada alteração ao texto da norma

procedimental, da especial mudança de interpretação e da atividade hermenêutica aguçada do aplicador da lei.

Daí a importância do papel dos Tribunais e, sobretudo, do interprete final da Constituição, o Supremo Tribunal Federal, porque a doutrina, embora dotada de grande acuidade científica, aos poucos tem cedido espaço à jurisprudência e aos tantos enunciados interpretativos que acabam engessando o sistema com sua função quase que vinculante da atividade jurisdicional.

Cite-se como exemplo os enunciados do Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE) e os do próprio Conselho da Justiça Federal (CJF), este último com posições interpretativas de normas de direito privado que inclusive extrapolam, muitas vezes, a competência da própria Justiça Federal, ditada no bojo do artigo 109 da Carta Republicana de 1988, o que parece, ademais, uma incoerência axiomática.

De tudo, extrai-se que o desafio a se galgar ao status pós-positivista no Brasil em tempos de pós-modernidade, é a quebra e fusão harmônica de dois modelos que, atualmente, são considerados ultrapassados, o jusnaturalismo e o positivismo exegetico.

Sabe-se que o pós-positivismo jurídico necessita ao mesmo tempo de resgatar certos princípios morais e valores éticos do direito que foram deixados de lado pelo positivismo quando passa a substituir a visão jusnaturalista, sem se perder a racionalidade científica própria do mesmo positivismo jurídico, até porque, em suma, a função do direito, em especial a do direito penal ou a do processo penal, é de salvaguardar e tutelar expectativas substancial e objetivamente legítimas ligadas aos bens de maior significância, com vias a preservação de garantias individuais e processuais.

Toda essa contextualização metodológica, ao final se coloca diante de um paradoxo cuja resposta central é a conciliação entre garantias constitucionais que podem ser vislumbradas, sob horizontes e perspectivas diversas.

Tome-se, por exemplo, algo bastante corriqueiro do cotidiano das pessoas e ínsito aos direitos de igualdade e liberdade: X pai de família e homem dado ao trabalho tem direito a transitar em liberdade e percorrer diuturnamente o trajeto que o leva de sua casa até seu emprego sem, contudo, ser violado em suas expectativas objetivamente legítimas de proteção à integridade, ou de, aos domingos, passear tranquilamente pelos parques e jardins municipais com sua esposa e seus dois filhos, ainda em estágio de formação, sem ser submetido a qualquer constrangimento físico, moral ou patrimonial que seja; em contrapartida Y, que está sendo processado em liberdade mediante o cumprimento de ‘três’ medidas cautelares diversas da prisão – *comparecimento mensal ao juízo para justificar suas atividades, proibição de*

ausentar-se da comarca sem prévia autorização judicial e recolhimento domiciliar no período noturno e nos finais de semana – pela suposta prática do crime de lesão corporal grave (art. 129, § 1º, inc. II), tem direito a um processo penal onde lhe sejam asseguradas todas as garantias constitucionais e processuais que seriam conferidas a X, caso fosse também processado criminalmente por eventual ilícito penal, pois a Constituição parte do pressuposto que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, sem distinção de qualquer natureza (CRFB, art. 5º., *caput*). Apenas para complementação, suponha-se, ainda, que X e Y residem na mesma rua.

No exemplo acima, caso X tivesse conhecimento do fato a que se imputa a Y naquele processo-crime, e sabedor, pelas “bocas da comunidade”, que Y é indivíduo perigoso, queria ver “justiça” ser-lhe feita por meio da infligência da sanção penal, que no imaginário de X poderia ser até desarrazoada para mantê-lo segregado ao maior tempo possível, até porque deseja também que seus filhos cresçam distantes de um ambiente circunvizinho violento.

A despeito de o exemplo envolver situações de vida individual distintas, as garantias constitucionais conferidas a um ou outro personagem (X e Y) são as mesmas. Entretanto, o que diferenciará os graus de culpabilidade e demais parâmetros de fixação e dosagem de pena são as circunstâncias judiciais preestabelecidas pela norma infraconstitucionais, *in casu*, o art. 59, do Código Penal.

O direito penal, no entanto, não se presta a satisfazer expectativas subjetivas e individuais, pois caso assim fosse não seria necessária as variantes legislativas. O mesmo exemplo se aplica ao juízo solipsista, o qual embasado em suas íntimas convicções e distante do texto da lei ou sob um pretexto de ‘fim legal’, decide de acordo com a sua consciência, carregada por traços ideológicos pessoais, com o seu pensar ou com seu modo subjetivista de enxergar e julgar as demandas.

Em suma o que se buscou confrontar neste ensaio através do apontamento crítico, são as margens discricionárias deixadas pela legislação, notadamente, a vagueza do único dispositivo utilizado como base ao magistrado para fixação ou não das medidas cautelares a partir do momento em que inaugura sua atuação dentro do procedimento inquisitivo do inquérito policial ou em fase mais avançada de ação penal, o artigo 282, do Código de Processo Penal.

Nesse meio a estrada converge para um vértice obrigatório, parada central de todo raciocínio pelo qual se inferem os direitos fundamentais do indivíduo, que é a dignidade da pessoa humana. A par de toda contextualização filosófica e moral que envolve esse axioma,

fato é, por mais que se tenha altivez de propósitos, não se pode ignorar esse fundamento republicano que impõe limites às quadras de atuação estatal.

Nesse sentido, todo o raciocínio aqui deitado, deságua na máxima que direitos fundamentais, independentemente de seu conteúdo, devem ser invariavelmente aplicados pelo magistrado em sua lógica reflexiva, no labor de suas decisões. Aplicar uma medida restritiva à liberdade individual ou restrição a direitos da pessoa, requer uma análise ponderada, ainda que seja para concluir pela inviabilidade da decretação da constrição. O magistrado, nessa ótica, assume a imperiosa função de exercer o controle fundamental da aplicação das medidas estatais limitatórias à liberdade humana.

Toda reflexão concentrada nos dispositivos e nas regras constitucionais e legais, bem como a análise feita aos modelos teóricos apontados servem de pano de fundo para que constatemos o déficit exagerado de rigor legislativo no direito brasileiro, posto a sufragar a própria democracia (por que não?) quando estamos a tratar de direitos fundamentais.

A resposta talvez a todos esses problemas se situe na necessidade de um maior esforço do próprio legislador no momento de se elaborar o teor afirmativo da lei. Afinal, a Constituição da República, de 1988, cumpre com seu papel em prescrever regras sob a moldura de direitos fundamentais e de separar as funções estatais por meio dos três Poderes.

Cabe, portanto, agora ao legislador cumprir seu papel institucional de modo a não dar margem para que o Judiciário usurpe suas funções invertendo a ordem das coisas a se criar um precedente incorrigível de colisão entre os Poderes, e o mesmo entre um Poder e outro.

7. Referenciais Bibliográficos

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Revisão da tradução e tradução dos novos textos: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. *O processo criminal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. v. I.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 5. reimp. Coimbra: Almedina, 2010.

- CANTO-SPERBER, Monique. *Dicionário de ética e filosofia moral*. Trad.: Ana Maria Ribeiro-Althoff *et al.* São Leopoldo: UNISINOS, 2003. v. 1.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. *Teoria do Direito Neoconstitucional – Superação ou reconstrução do positivismo jurídico? O positivismo jurídico diante da principiologia*. São Paulo: Método, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- _____. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. In: Luigi Ferrajoli, Lenio Streck, André Trindade (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- HUMPHREY, John P. *Human Rights and the United Nations: a great adventure*. Nova Iorque: Transnational Publishers, 1984.
- JAFFRO, Laurent; LABRUNE, Monique. *A construção da filosofia ocidental – Gradus Philosophicus*. Trad.: Cristina Murachco. São Paulo: Mandarim, 1996.
- JARDIM, Afranio Silva. *Direito Processual Penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- LAVIÉ, Humberto Quiroga. *Los derechos humanos y su defensa ante la justicia*. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1995.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros Escritos*. Trad.: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.
- LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade com a Constituição*. 9. ed. São Paulo: Saraiva.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Trad.: Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 9. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.
- MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?*. Trad.: Peter Naumann. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- NALINI, José Renato. Duração razoável do processo e a dignidade da pessoa humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Marques da (Coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 192.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

- PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- RIVERO, Jean. Les libertes publiques – Les droits de l’homme. França: Presses Universitaires de France, 1974.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social – Princípios de Direito Político. Trad.: Antônio de P. Machado e Afonso Bertagnoli. 13. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1993.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 90-91.
- STRECK, Lenio Luiz. O que é isto: decido conforme minha consciência?. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- TOBEÑAS, Jose Castán. Los derechos del hombre. 4. ed. Madrid: Reus, 1992.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo. Direito Penal Brasileiro. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.