

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Fernando Bertolotti Brito da Cunha

**AS MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL: EFETIVIDADE E
EFICIÊNCIA NO PROCESSO E OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2016

FERNANDO BERTOLOTTI BRITO DA CUNHA

**AS MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL: EFETIVIDADE E
EFICIÊNCIA NO PROCESSO E OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada à banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial Para obtenção do Título de Mestre em Direito Processual Penal, sob orientação do Professor Doutor Claudio José Langroiva Pereira

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2016

BANCA EXAMINADORA

À minha eterna namorada Carol e ao nosso filhinho Henrique que ainda está por vir.

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho só foi possível pelo incondicional apoio do meu orientador, Professor Doutor Claudio José Langroiva Pereira, que é mais que orientador, é um grande irmão, me incentivando em todos os momentos, inclusive quando pensei em desistir.

Também não posso deixar de mencionar a força que nos foi dada pelo Professor Doutor Marcelo Augusto Custódio Erbella, parceiro de incrível batalhas, inclusive contra diversos moinhos de vento, e que sempre teve um conselho amigo, não importando a diversidade encontrada.

A realização desta pesquisa foi possível graças
à bolsa de estudos concedida pela CAPES

RESUMO

No presente trabalho, pretendemos apresentar os contornos do novo paradigma do processo penal brasileiro surgido a partir do advento da Constituição Federal de 1988 e as principais características e referenciais teóricos daquilo que chamaremos de processo penal constitucional. Nesse contexto, trataremos de repensar a ideia de eficiência no âmbito do processo penal, levando em conta, especialmente, os estudos conduzidos pela escola da *Law and Economics*. Por fim, apresentaremos o processo penal cautelar como possível caminho para o processo penal constitucional eficiente.

Palavras-Chave: Processo Penal; Constituição Federal De 1988; Processo Penal Constitucional; Eficiência; *Law And Economics*; Processo Penal Cautelar.

ABSTRACT

In this work, we intend to present the outlines of the new paradigm of the Brazilian criminal process that emerged after the advent of the Federal Constitution of 1988, and the main characteristics and theoretical references of what we will call constitutional criminal procedure. In this context, we will try to rethink the idea of efficiency in criminal proceedings taking into account, in particular, the studies conducted by the Law and Economics School. Lastly, we will present the precautionary criminal proceeding as a possible route to an efficient constitutional criminal procedure.

Key Words: Criminal Proceedings; Federal Constitution Of 1988; Constitutional Criminal Proceedings; Efficiency; *Law And Economics*; Precautionary Criminal Proceedings.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 SOBRE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UMA APROXIMAÇÃO	15
2.1 O Processo Penal Constitucional	17
2.1.1 Devido Processo Legal (<i>Due Process Of Law</i>)	19
2.1.2 Contraditório e ampla defesa	21
2.1.3 O Princípio do sistema acusatório	23
2.1.4 Presunção de inocência	25
2.2 A Propriedade e a liberdade como produtos da dignidade da pessoa humana	27
2.3 O direito a tutela penal – proteção dos bens jurídicos e acesso à justiça	23
3 O PROCESSO PENAL BRASILEIRO	36
3.1 Processo Penal	36
3.2 A exclusividade da tutela penal por parte do estado e o caráter instrumental do direito penal	37
3.3 A teoria do garantismo penal e o processo penal: construindo premissas e estabelecendo princípios	41
3.3.1 Jurisdicionalidade – <i>Nulla Poena, Nulla Culpa Sine Iudicio</i>	44
3.3.2 Contraditório e ampla defesa: a pertinência de Calamandrei e Goldschmidt	47
3.3.3 Fundamentação das decisões judiciais	51
4 A NOÇÃO DE EFICIÊNCIA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL	55
4.1 Contextualizando o debate	55
4.2 Sistema penal, eficiência e utilidade: Beccaria e Bentham na origem do direito penal clássico	56
4.3 Cálculo de eficiência e a análise econômica do direito	60
4.4 O delito e seu enfrentamento na perspectiva da análise econômica do direito	61
4.5 A busca da eficiência e sua compatibilização com a dignidade humana e o processo penal constitucional	65
5. AS MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	69

5.1 Procedimentos Cautelares do Processo Penal	69
5.2. Processo e Medida Cautelar: Especificidades e Pressupostos	69
5.2.1 Autonomia	71
5.2.2 Instrumentalidade	72
5.2.3 Revogabilidade	73
5.2.4 Provisoriedade	74
5.2.5. <i>Periculum in mora e fumus boni iuris</i>	75
5.3 Medidas Cautelares Processuais Penais	77
5.3.1. Medidas Cautelares Diversas da Prisão	77
5.3.2 Medidas Cautelares Reais	79
5.3.2.1 <i>Sequestro</i>	80
5.3.2.2 <i>Especialização da hipoteca legal</i>	82
5.3.2.3 <i>Arresto</i>	83
CONSIDERAÇÕES FINAIS	85
REFERÊNCIAS	90

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como escopo a análise da relação conflituosa entre eficiência e respeito às garantias individuais no processo penal brasileiro, com especial atenção às repercussões desse jogo de forças na dinâmica das medidas cautelares previstas em nossa legislação processual penal.

Como é sabido, a história do direito penal é marcada por um movimento pendular, ora com privilégio aos valores de segurança social, *pro societate*, ora prevalecendo valores de proteção aos direitos e garantias individuais face ao poder persecutório estatal¹.

De fato, muito do que se discute em matéria de política criminal e mesmo no seio da dogmática penal circula em torno justamente de se saber qual exatamente é a justa medida entre a exigência de proteção social e a exigência de proteção dos cidadãos contra o arbítrio estatal, esta última assegurada através de vetores principiológicos como o devido processo legal, a legalidade, a presunção de inocência e, de maneira central, o respeito à dignidade humana.

Na busca desse ponto de equilíbrio entre o *pro societate* e o *pro reo* é que se encontra a questão fundamental de saber o que exatamente significa um direito processual penal eficiente. Isso porque, como fica evidente a partir da análise dos dois polos da discussão, processo penal eficiente é uma expressão ambígua por sua própria definição, vez que, a depender da posição que se ocupa na discussão entre liberdade *versus* segurança, pode significar basicamente duas coisas: (i) direito processual penal eficiente é aquele que é eficiente no sentido de produzir ferramentas de persecução penal ágeis, abrangentes e com alto aproveitamento na equação formada entre delitos ocorridos e delitos punidos; ou (ii) direito processual penal eficiente é aquele que é eficiente para proteger os cidadãos e garantir seus direitos e sua dignidade diante do fervor punitivo da máquina persecutória estatal.

Em decorrência dessa ambiguidade conceitual, rios de tinta já foram despejados ora pelos entusiastas do processo penal eficientemente repressivo, ora pelos defensores do direito penal eficientemente garantista, que realizam verdadeira disputa sobre o significado da eficiência em termos processuais penais.

De um lado, em um movimento cuja origem remonta ao pensamento iluminista de um autor como Cesare Beccaria, sentiu-se a necessidade de normas capazes de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos face à intervenção estatal punitiva, o que, já na

¹ FERNANDES, A. S. *Processo Penal Constitucional*. 6ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 19.

contemporaneidade, levou países a inserirem em suas constituições regras e princípios de cunho garantista, impondo limites a efetivação do controle social por parte do Estado. Nesse ponto, conforme pontua o professor José Afonso da Silva, o Brasil foi o primeiro país a introduzir em seu texto constitucional normas com esse caráter garantista expresso².

Por outro lado, é notório que nos últimos tempos o direito penal vem assumindo um protagonismo cada vez maior no enfrentamento dos mais diversos conflitos surgidos no tecido social, como evidenciado pela criação de leis penais para o combate a questões como a violência doméstica, a lei antidrogas, a previsão de crimes contra as relações de consumo e contra a administração pública e algumas normas de recrudescimento da proteção penal já oferecida, como a lei de crimes hediondos. Com efeito, como sintoma desse movimento, a própria Constituição Federal contém normas que exigem a repressão penal, como o artigo 5º, XLIII, que considera "inafiançáveis e insuscetíveis de graça e anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem".

Esse mesmo movimento pendular, ora garantista ora defensor do processo penal de controle social, também se vê na órbita do direito internacional, onde se verifica a aprovação de tratados voltados à proteção de direitos individuais, como a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e o Pacto de San José da Costa Rica; bem como a aprovação de tratados de índole repressiva, como a Convenção de Palermo e a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas.

Na perspectiva desse movimento *garantismo x repressão*, a opção da presente pesquisa é a de evitar lugares comuns e a opção irrestrita por qualquer uma das posições excludentes, buscando, pelo contrário, um ponto de equilíbrio que contemple ambas as funções do processo penal, como garantidor da paz social e do respeito aos direitos individuais.

Para tanto, nossa investigação se voltará para uma exploração das possibilidades de (re)definição da noção de eficiência da máquina penal e processual penal; para, em seguida, buscar a devida compreensão da nova posição ocupada pelos direitos fundamentais e, em especial, a dignidade da pessoa humana - no período que, no contexto da evolução da ciência

² SILVA, J. A. da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20ª Ed. São Paulo: Editora RT, 1990. p. 149.

jurídica, alguns preferem chamar de pós-positivismo³ -, a fim de investigar como proteção social e respeito à dignidade podem (ou não) caminhar lado a lado no processo penal contemporâneo.

Isso porque, o que se buscará mostrar é que, no atual estágio de evolução do direito e das instituições sociais, a dicotomia representada pelo confronto exclusivista entre eficiência persecutória e eficiência garantista no processo penal já não é mais possível, visto que, hoje, não se concebe um processo penal que não seja ao mesmo tempo garantista e eficiente para a manutenção dos padrões mínimos de paz social.

É justamente nesse contexto que, após as discussões sobre os atuais paradigmas de eficiência e garantias individuais no processo penal, tratar-se-á da posição ocupada pelas medidas cautelares previstas em nosso Código de Processo Penal.

O estudo dessas medidas cautelares se justificará, como demonstraremos à frente, pelo fato de que, em um contexto em que a invasão deliberada dos direitos individuais dos cidadãos não é mais possível e, até mesmo pela absoluta crise do sistema prisional brasileiro, já não é mais possível defender a prisão irrestrita e descontrolada de todos os indivíduos supostamente desviantes, medidas cautelares diversas da prisão surgem como alternativas viáveis para busca desse meio termo entre garantia de uma resposta penal e atenção à dignidade humana do acusado, sempre levando em conta os critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

Nesse contexto, também ganham especial destaque as medidas cautelares reais, cujo mote não se resume à satisfação de um interesse de punir, mas, pelo contrário, possuem fundamento bastante "eficientista", no sentido que se propõem a pensar modos de acautelar vítimas e Estado contra prejuízos decorrentes das práticas criminosas.

Em um momento histórico em que o encarceramento vem se tornando uma resposta cada vez mais ilegítima, as medidas cautelares diversas da prisão e medidas assecuratórias de natureza patrimonial parecem um caminho bastante viável para garantir a presença de uma resposta estatal ao delito e, no mesmo movimento, assegurar a reparação das vítimas dos crimes, em especial nos crimes patrimoniais.

Para o desenvolvimento dessa investigação, a presente pesquisa está dividida em quatro partes seguidas de uma conclusão, que articulam os quatro termos do debate que nos propusemos a enfrentar, a saber, (i) o novo paradigma dos direitos fundamentais e da dignidade humana no registro da Constituição Federal de 1988; (ii) a discussão sobre os

³ BARROSO, L. R. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

contornos do novo processo penal constitucional; (iii) a noção de eficiência no processo penal; e, por fim, (iv) a apresentação e análise das medidas cautelares e medidas assecuratórias previstas no Código de Processo Penal, como sugestões de alternativas a medidas penalizadoras mais agressivas.

No primeiro capítulo abordaremos a dignidade humana e os valores e princípios constitucionais dela decorrentes que, como veremos, devem ser harmonizados com a busca das finalidades do sistema penal, de forma a podermos falar em uma noção de eficiência penal em algum sentido compatível com o novo paradigma fundado pela Constituição Federal de 1988.

Em seguida, no segundo capítulo, trataremos de fazer uma breve apresentação das linhas gerais do que se pode chamar de um processo penal constitucional, tentando entender o que significa pensar um processo penal no registro no garantismo penal nos dias de hoje, traçando as principais características desse novo processo e do referencial garantista.

No terceiro capítulo, abordaremos a ideia de eficiência no processo penal. Ali trataremos da noção de eficiência como fundamento da própria instituição do direito penal clássico, trabalhando em que sentido o direito penal é, por definição, uma máquina social eficiente. Em seguida, abordaremos as origens teóricas da eficiência penal, com a apresentação do pensamento de Jeremy Bentham, que trabalha a eficiência da máquina penal como controle social, e com o trabalho de Cesare Beccaria, que introduziu os primeiros rascunhos de uma "eficiência garantista". Por fim, introduziremos as linhas gerais das construções teóricas que vêm tratando da eficiência do direito penal contemporâneo, em especial a do movimento conhecido como *Law and Economics* e sua conceituação do delito como um "ato ineficiente".

Por fim, no quarto capítulo, abordaremos o funcionamento do sistema cautelar e das medidas cautelares no processo penal brasileiro, com a análise das medidas cautelares em espécie, sejam as medidas cautelares diversas da prisão, mas principalmente as medidas assecuratórias previstas na legislação processual, a saber, arresto, sequestro e hipoteca legal.

2 SOBRE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UMA APROXIMAÇÃO

A Constituição Federal promulgada em 1988 possui como seu valor central a proteção à dignidade da pessoa humana, sendo que todos os demais princípios arrolados no texto constitucional de alguma forma gravitam em torno da garantia da dignidade humana⁴.

Nesse registro, entender os mais diversos institutos do sistema jurídico brasileiro passa, necessariamente, por entender a articulação de cada um deles com a preservação da dignidade humana. É apenas nessa chave que podemos nos arriscar a deduzir um sentido para as noções de eficiência e processo penal constitucional no bojo da Constituição de 1988.

Ocorre que a dignidade da pessoa humana é, até hoje, um grandioso ponto de interrogação para a dogmática no direito. Por isso é preciso, antes de tudo, ao menos tentar estabelecer certos contornos desse princípio para desenvolver o objeto da presente dissertação. Nesse sentido, estabelece o art. 1º da Constituição Federal que:

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:
[...] III - a dignidade da pessoa humana;

Digno de nota, portanto, que a constituição estabelece como fundamento da República a própria dignidade da pessoa humana, juntamente com a cidadania e a soberania. Assim, mais do que princípio central, fica registrado que a Constituição estabelece que um dos pilares que sustenta o próprio poder do Estado é a dignidade da pessoa humana, sendo este um princípio que com toda certeza lhe confere legitimidade e, por isso mesmo, lhe estabelece limites.

Não por outra razão que a ilustríssima professora Flávia Piovesan esclarece que:

Dentre os fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito brasileiro, destacam-se a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III). Vê-se aqui o encontro do princípio do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, fazendo-se claro que os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático, tendo em vista que exercem uma função democratizadora(...)Por sua vez, construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer

⁴ BARROSO, 2013.

outras formas de discriminação, constituem os objetivos fundamentais do Estado brasileiro, consagrados no art. 3º da Carta de 1988⁵

Em sentido complementar Paulo Bonavides adverte que:

Demais disso, nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana. Quando hoje, a par dos progressos hermenêuticos do direito e de sua ciência argumentativa, estamos a falar, em sede de positividade, acerca da unidade da Constituição, o princípio que urge referir na ordem espiritual e material dos valores é o princípio da dignidade da pessoa humana.

A unidade da Constituição na melhor doutrina do constitucionalismo contemporâneo só se traduz, compreensivelmente, quando tomada em sua imprescritível bidimensionalidade, que abrange o formal e o axiológico, a saber, forma e matéria, razão e valor.

Ambos os termos conjugados assinalam, com a revolução hermenêutica, o momento definitivo da supremacia principiológica dos conteúdos constitucionais sobre os conteúdos legislativos ordinários da velha dogmática e, ao mesmo tempo, exprimem a ascensão da legitimidade material que põe em grau de menor importância, por carência de préstimo superior nas soluções interpretativas da Constituição, o formalismo positivista e legalista do passado, peculiar à dogmática jurídica do século XIX. Formalismo que interpretava regras e não princípios.⁶

Clara, portanto, a importância primordial da dignidade da pessoa humana como grande elemento hermenêutico a orientar, em consonância com os outros fundamentos, a própria atuação do Estado.

Para parcela de peso da literatura, a dignidade da pessoa humana indica que todos os humanos devem ser considerados como tais e receber condições mínimas para uma existência digna, além de apontarem que a dignidade da pessoa humana importa também no parâmetro daquilo que o indivíduo (enquanto indivíduo) representa para a sociedade, sendo certo que existe um caráter intersubjetivo importante neste princípio que jamais deve ser desconsiderado.⁷

Daí a razão de Antônio Luiz Chaves Camargo corretamente asseverar que a dignidade da pessoa humana se manifesta em todas as pessoas, simplesmente porque cada um, ao respeitar o próximo, tem certa dimensão da visão do outro.⁸

⁵ PIOVESAN, F. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 82-83.

⁶ BONAVIDES, P. *Teoria Constitucional da democracia participativa (Por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma nova política de repolitização da legitimidade)*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 234.

⁷ SARLET, I. W. Comentário ao art. 1º, III. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; STRECK, Lênio L.; MENDES, Gilmar F. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 125-126.

⁸ CAMARGO, A. L. C. *Culpabilidade e reprovação penal*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994, 12 e 31.

É possível dizer, ainda, que a dignidade da pessoa humana traduz uma forma própria de se relacionar entre os sujeitos que compõem uma sociedade, impondo certos limites recíprocos entre os cidadãos e, sobretudo, para a atuação do Estado. Em relação ao Estado, impõe, por vezes, a própria atuação para a promoção de direitos fundamentais sociais, que são responsáveis pelo estabelecimento de um mínimo vital onde o ser humano possa se desenvolver.

De forma mais "romântica", Pico Della Mirandola, estabelece que o homem como a criação divina, como o ser capaz de interpretar o mundo e apreciar a beleza em que está inserido é, por isso mesmo, merecedor de toda a admiração possível.⁹ O humano como interprete do mundo merece ter sua dignidade respeitada para que possa desfrutar do milagre divino.

Exposta, preliminarmente, o que seria a dignidade da pessoa humana, salutar apontar alguns dos princípios que, decorrentes da posição central ocupada pela dignidade humana, se inserem no atual paradigma do direito processual penal sob a égide da Constituição de 1988.

2.1 O Processo Penal Constitucional

Com o advento da Constituição Federal de 1988, popularmente conhecida como a *Constituição Cidadã*, o processo penal ganhou novos contornos, uma vez que deixou de ser interpretado como mero procedimento para punir e passou a ser considerado como verdadeiro limite ao poder punitivo do Estado, razão pela qual parcela importante da doutrina contemporânea começou a trabalhar o processo penal como uma espécie de garantia.

Com toda uma nova dimensão de princípios e direitos fundamentais, existentes na lei maior, o processo penal passa a se adequar a uma lógica constitucional de aspiração social liberal e não mais totalitária, o que com toda certeza alterou a dinâmica da dogmática ali desenvolvida.

Dá que todo o processo penal passa a ser encarado como objeto de adequação em relação à Constituição Federal e não o contrário. Nesse sentido é o esclarecimento de Antonio Scarance Fernandes:

O íntimo relacionamento entre processo e Estado exige a introdução cada vez maior nos textos constitucionais de princípios e regras de direito

⁹ MIRANDOLA, P. D. *A dignidade do homem*. Tradução, comentários e notas de Luiz Feracine. Editora Escala: São Paulo, p. 37-38.

processual, levando ao desenvolvimento de estudos específicos sobre as normas processuais de índole constitucional. Ada Pellegrini Grinover pondera ser importante ‘ler as normas processuais à luz dos princípios e de regras constitucionais’, ‘verificar a adequação das leis à letra e ao espírito da Constituição’.

Sob essa ótica, as normas constitucionais do processo não são mais vistas como, ‘simples princípios programáticos, meras diretrizes dirigidas ao legislador ordinário que este podia afeiçoar a sua vontade, suposto que se fosse forma pelo processo constitucionalmente previsto’. Hoje, ‘tende por quase toda a parte ver-se na Constituição verdadeira normas jurídicas que proíbem a lei ordinária, sob pena de inconstitucionalidade material, que contenha uma regulamentação eliminadora do núcleo essencial daquele jeito’.¹⁰

Claro, portanto, que a ideia de um Processo Penal Constitucional é a de adequar o todo existente no universo processual à dogmática constitucional estabelecida, modulando sua lógica no que couber e afastando tudo que a ela não for compatível.

Como já foi dito, com a larga escala de princípios democratizadores advindos da Constituição Federal, passa a ser necessário reinterpretar as regras e princípio do diploma processual penal, a fim de compatibilizá-los com o novo paradigma constitucional. A título de exemplo, Aury Lopes Júnior pontua que, tendo em vista a nova lógica constitucional, seria inadmissível que o juiz pudesse imiscuir-se na produção de provas.¹¹

Nesse sentido, salutar a explicação de Aury Lopes Júnior:

Nossa opção é pela leitura constitucional e, dessa perspectiva, visualizamos o processo penal como instrumento de efetivação das garantias constitucionais.

[...]

A resposta passa, necessariamente, por uma leitura constitucional do processo penal. Se, antigamente, o grande conflito era entre o direito positivo e o direito natural, atualmente, com recepção dos direitos naturais pelas modernas constituições democrática, o desafio é outro: dar eficácia a esses direitos fundamentais.

[...]

A uma Constituição autoritária vai corresponder um processo penal autoritário, utilitarista (eficiências antigarantista). Contudo, a uma Constituição democrática, como a nossa, necessariamente deve corresponder um processo penal democrático, visto como instrumento a serviço da máxima eficácia do sistema de garantias constitucionais do indivíduo.

Somente a partir da consciência de que a Constituição deve efetivamente constituir (logo, consciência de que ela constitui-a-ção), é que se pode compreender que o fundamento legitimante da existência do processo penal democrático se dá através da sua instrumentalidade constitucional. Significa dizer que o processo penal contemporâneo somente se legitima à medida que se democratizar e for devidamente constituído a partir da Constituição.¹²

¹⁰ FERNANDES, 2010. p. 22-23.

¹¹ LOPES JUNIOR, A. *Direito Processual Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.179 e 283 e ss.

¹² *Ibidem*, p. 59-60.

Claro está, portanto, que a Constituição Federal ao garantir uma infinidade de direitos materiais acaba por determinar toda uma forma de atuação do Estado.

Exposto este breve panorama dos impactos democratizantes da Constituição no processo penal, de bom tom estabelecer princípios norteadores para que possamos tornar um pouco mais concreto todo o exposto até aqui. Posteriormente passaremos a demonstrar um possível choque entre a noção de eficiência do objetivo protetivo do Direito Penal instrumentalizado no processo e a noção protetiva do indivíduo no processo penal. A ideia é que, depois de estabelecer essa possível e provável diferença, possamos estabelecer um caminho proporcional para equilibrar esse conflito.

Nesse primeiro momento, contudo, selecionamos alguns princípios que cremos pertinentes à proposta feita na presente investigação, cujo recorte metodológico dialoga diretamente com o objeto de nosso estudo.

2.1.1 Devido Processo Legal (*Due Process Of Law*)

O devido processo legal é um amalgamador de todo um conjunto de princípios que visam atingir um parâmetro protetivo satisfatório aos cidadãos, ou seja, a garantia de que toda a atuação realizada pelo Estado estará prevista em lei e será executada de acordo com ela. Por isso mesmo que o devido processo legal reúne diversos outros princípios que, quando respeitados de forma integral, possibilitam a conclusão de que determinada atuação do Estado respeitou o devido processo legal e que, por isso mesmo, foi uma atuação legítima.

Basicamente, devido processo legal é o conjunto de normas que determinam o estrito funcionamento do Estado e, exatamente por isso, é um princípio que, apesar de sua indefinição, é de máxima importância: o cidadão sabe todo o procedimento a que está sujeito e quando estará sujeito, de modo que não poderá ser surpreendido. Em outras palavras: resta protegido o cidadão das arbitrariedades do Estado.

Mais do que isso, em um Estado Democrático de Direito, onde os legisladores estejam compromissados com o texto constitucional estabelecido, toda lei deve atender ao objetivo formal da Constituição Federal e seguir o devido trâmite (devido processo legal legislativo), atuando, por isso, o devido processo legal como elemento de constante verificação de efetividade constitucional na atuação do Estado, em todas suas áreas de atuação.

Assim, tem-se que o devido processo legal atua ainda como um instrumento de continua melhora no desempenho do aparato burocrático, constantemente corrigindo seus erros. Nesse sentido é o magistério de Marco Antonio Marques da Silva:

O princípio do devido processo legal está previsto no art. 5º, LIV, da Constituição Federal. Esta é uma garantia que se caracteriza por sua amplitude, abrangendo outras tantas garantias, **sempre no sentido de proteger o cidadão contra a ação arbitrária do Estado.**

A importância deste princípio, que possibilita a correção de qualquer erro jurídico, é comprovada por incluir no seu bojo outros, de tal forma que Nelson Nery Júnior, ao analisa-lo, afirma que a enunciação do mesmo pela Constituição Federal de 1988 tornaria sem relevância muitos dos incisos de seu art. 5º e, ao explicitar as garantias decorrentes do mesmo, a lei maior enfatizou sua importância.

O devido processo legal não se destina tão somente ao interprete da lei, mas já informa a atuação do legislador, impondo-lhe a correta e regular elaboração da lei processual penal. Em outras palavras, o juiz está submetido e deve submeter as partes à norma processual penal vigente, o que caracteriza a garantia constitucional.

Por outro lado, obedecido o devido processo legal, além de assegurar-se a liberdade do indivíduo contra a ação arbitrária do Estado, busca-se uma correta atuação do poder jurisdicional, evitando-se as nulidades do processo penal. Desse modo, em uma outra instância, é o próprio processo que fica garantido.¹³

Em sentido semelhante é a observação de Daniel Leon Bialski:

E é inadmissível a privação da liberdade e de demais Direitos sem a garantia consubstanciada **num processo desenvolvido na forma que a lei estabelece, lei essa dotada de todas as garantias do processo legislativo.** **Filosoficamente discorrendo, trata-se de garantia inominada, agora taxativa e expressa em nossa Carta Magna que está bem em consonância com um moderno entendimento a respeito da legitimação do Judiciário no Estado Democrático de Direito.**¹⁴

Resumidamente, o devido processo legal é uma pedra de toque que: a) protege o cidadão de atitudes arbitrária e imprevisíveis do poder constituído; b) atua como constante orientador da atividade estatal desenvolvida e, conseqüentemente, contribui para assegurar que os objetivos do Estado sejam devidamente cumpridos.

¹³ SILVA, M. A. M. da. *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 17.

¹⁴ BIALSKI, D. L. In: SILVA, M. *Processo Penal e Garantias Constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.158.

2.1.2 Contraditório e ampla defesa

Os princípios do contraditório e da ampla defesa são decorrências básicas do sistema acusatório, eis que o responsável pelo ônus da prova é o Ministério Público, e são pontos centrais de qualquer sistema que se pretenda dialético e que tenha como ambição tentar alcançar certa “verdade formal”.

A ampla defesa significa que o acusado poderá se defender de todos os modos admitidos em lei, contrariando as provas, daí que o contraditório é uma das principais formas de exercer o direito de defesa.

O art. 5º, LV, da CF, estabelece que todos aqueles que litigarem, seja em processo judicial ou administrativo, e os acusados em geral, têm direito ao contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos inerentes a esses princípios.

O exercício da defesa implica o amplo conhecimento claro, por parte do acusado e seu advogado, da imputação que lhe é atribuída, para que se possa efetivamente apresentar alegações contrárias à hipótese acusatória. Além disso, à defesa deve ser, inclusive, facultada o acompanhamento da prova produzida e também apresentar contraprova.¹⁵ Nesse sentido, interessante é a assertiva de Fernando Costa Tourinho Filho sobre o tema:

Tal princípio consubstancia-se na velha parêmia *audiatur et altera pars* – a parte contrária deve ser ouvida. Assim, a defesa não pode sofrer restrições, mesmo porque o princípio supõe completa igualdade entre acusação e defesa. Uma e outra estão situadas no mesmo plano, em igualdade de condições, com os mesmo direito, poderes e ônus, e, acima delas, o Órgão Jurisdicional, como órgão ‘superpartes’, para, afinal, depois de ouvir as alegações das partes, depois de apreciar as provas, ‘dar a cada um o que é seu’.¹⁶

Guilherme de Souza Nucci¹⁷ adverte que o acusado deve ser tratado de forma especial, reconhecendo a hipossuficiência deste em relação ao Estado e seu poder punitivo, eis que o Poder Público dispõe de amplos meios para afetar a vida pessoal do acusado, onerando-o de diversas formas. Não por outra razão, o autor afirma que a ampla defesa é justificada por ser um meio de proteção assegurada ao réu para se preservar de todo esse poder.

Avançando, é possível até mesmo afirmar que o contraditório e a ampla defesa são elementos que ajudam a construir a própria noção de democracia, de modo que esses princípios constituem parte relevante dos valores democráticos do Estado de Direito! A

¹⁵ GRECO FILHO, V. *Manual de Processo Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 70.

¹⁶ TOURINHO FILHO, F. C. *Processo Penal, volume 1*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 73.

¹⁷ NUCCI, G. de S. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 35.

conclusão lógica é que, portanto, violar o contraditório e a ampla defesa significa lesar a própria soberania do Estado e todo seu fundamento. De acordo com Ferrajoli:

A falsificação da hipótese acusatória experimentada pelo poder da parte interessada em refutá-la, de modo que nenhuma prova seja adequada sem que sejam infrutíferas todas as possíveis negações e contraprovas. A defesa, que por tendência não tem espaço no processo inquisitório, forma, portanto, o mais importante instrumento de solicitação e controle do método de prova acusatório, consistente precisamente no contraditório entre hipótese de acusação e hipótese de defesa e entre as respectivas provas e contraprovas. A epistemologia da falsificação que está na base desse método não permite de fato juízos potestativos, mas exige, em tutela da presunção da inocência, um processo de investigação baseado no conflito, ainda que regulado e ritualizado entre as partes contrapostas.

Essa concepção do processo como disputa ou controvérsia remete, como se disse no parágrafo 10.4, ao paradigma da *disputatio* elaborado pela tradição retórica clássica e legado, por meio da experiência inglesa, ao processo acusatório moderno. E exprime os valores democráticos do respeito da pessoa do imputado, da igualdade entre as partes contendoras e da necessidade prática – além da fecundidade lógica – da refutação da pretensão punitiva e da sua exposição ao controle do acusado.¹⁸

E, mais adiante:

Para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel de contraditor seja admitido em todo Estado e grau de procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciais e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações.¹⁹

Em síntese, percebe-se que a carga mandamental do contraditório e da ampla defesa fazem parte do núcleo duro daquilo que entendemos por democracia e que, por isso mesmo, sua violação significa em certo grau uma ruptura com o regime democrático. Esse rigorismo certamente pode ser encarado como um risco para um processo penal mais efetivo no exercício punitivo, choque do qual já tratamos e trataremos mais adiante.

¹⁸ FERRAJOLI, L. *Direito e Razão, teoria do Garantismo Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 564-565.

¹⁹ *Ibidem*, p. 565.

2.1.3. O Princípio do sistema acusatório

O princípio acusatório é o ponto central de qualquer regime minimamente democrático e que tenha a pretensão de conter de forma efetiva o poder punitivo do Estado. Ferrajoli²⁰ pontua que um Estado com aspirações garantistas demanda uma estrutura processual penal que se pautar pelo sistema acusatório, contrariamente a um Estado autoritário que tende mais para o modelo inquisitivo. Nesse sentido:

Estabelecidas essas premissas indispensáveis, parece-me que no plano teórico a dicotomia 'acusatório/inquisitivo' pode utilmente designar uma dúplice alternativa: primeiramente aquele entre dois modelos opostos de organização judiciária e por conseguinte entre duas figuras de *juiz*; em segundo lugar aquela entre dois métodos igualmente contrapostos de investigação processual e, portanto, entre dois tipos de *juízo*. Justamente, pode-se chamar acusatório todo o sistema processual que tem o juiz como sujeito passivo rigidamente separada das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção. Inversamente, chamarei de *inquisitivo* todo o sistema processual em que o juiz procede de ofício à procura, à colheita e à avaliação das provas, produzindo um julgamento após uma instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e os direitos de defesa. Está claro que os dois modelos são associáveis sistemas diferentes de garantias, sejam orgânicas ou procedimentais: se o sistema acusatório favorece modelos de juiz popular e procedimentos que valorizam o contraditório como método de busca da verdade, o sistema inquisitivo tende a privilegiar estruturas judiciárias burocratizadas e procedimentos fundados nos poderes instrutórios do juiz, compensados talvez pelos vínculos das provas legais e pela pluralidade dos graus de juízo (instâncias).²¹

O princípio acusatório preconiza que o desempenho da acusação é exclusivo de apenas um sujeito (o promotor de justiça), tornando o julgador como apenas aquele que decide sobre a condenação, absolvição e questões instrutórias (servindo também como juízo de garantias). Assim, aquele que julga deve se ater somente à função julgadora e garantidora de direitos, tanto na fase processual como na fase pré-processual. Em outras palavras, o magistrado não deve imiscuir-se em atividades acusatórias.

Estabelecer claras distinções entre o sujeito que julga e o sujeito que acusa possibilita que o magistrado constitua certa isenção no seu ofício, inclusive possibilitando que este se torne um garantidor das liberdades individuais do processado. Nesse sentido, Aury Lopes Júnior:

²⁰ FERRAJOLI, 2010, p. 519.

²¹ *Ibidem*, p. 520.

Configura o Ministério Público como agente exclusivo da acusação, garantindo a imparcialidade do juiz e submetendo sua atuação à prévia invocação por meio da ação penal. Esse princípio também deve ser aplicado na fase pré-processual, abandonando o superado modelo de juiz de instrução até porque não cabe ao juiz qualquer tipo de iniciativa probatória. Na fase processual, a gestão da prova deve estar nas mãos das partes assegurando-se que o juiz não terá iniciativa probatória, mantendo-se, assim, suprapartes e preservando sua imparcialidade. Nesse contexto, dispositivos que atribuam ao juiz poderes instrutórios (como o famigerado art. 156 do CPP) devem ser expurgados do ordenamento ou, ao menos, ser objeto de leitura restritiva e cautelosa, pois é patente a quebra de igualdade, do contraditório e da própria estrutura dialética do processo. Como decorrência fulminada está a principal garantia da jurisdição: a imparcialidade do julgador. O sistema acusatório exige um juiz espectador, e não um juiz ator (típico do modelo inquisitório)²²

Desta forma, o sistema acusatório é aquele em que o papel da acusação não sofre qualquer participação do magistrado, que fica equidistante em relação às partes. Pelo princípio acusatório afastado está o acúmulo de funções processuais e, por isso mesmo, os papéis tendem a se tornar mais críticos em relação a si mesmos.

Todavia, existem algumas discussões acerca dos poderes instrutórios dos magistrados, o que leva parcela da doutrina a crer que estaríamos diante de um sistema misto. Um exemplo dessa mistura de sistemas é o art. 156 do Código de Processo Penal (que atribuiu ao magistrado poderes instrutórios), o que com toda certeza poderia ser adequado a uma ideia de um *processo penal eficiente*.

Em todo caso para sabermos se estamos diante de um sistema acusatório ou inquisitório, devemos nos atentar para quem é o *responsável* pela produção da prova. Sendo as partes, estamos diante de um sistema acusatório; sendo o magistrado, estamos diante de um sistema inquisitório.

Nesse sentido, parcela importante da doutrina encara com maus olhos a intromissão do juiz em questões como essas; Aury Lopes Júnior comenta que:

Como se pode perceber, trata-se de verdadeira repriminção do juiz inquisidor. De acordo com o sistema processual penal brasileira, que privilegia, a fim de determinação da competência, o instituto da prevenção, teríamos o seguinte desdobramento processual: o juiz poderia, de ofício, por exemplo, determinar a busca e apreensão de determinado objeto na residência do acusado, desde que ‘necessária, proporcional e adequada’ tal medida. Posteriormente, este mesmo magistrado examinará a denúncia quanto aos seus requisitos de admissibilidade. Para além, instruirá o processo e julgará o acusado (art. 399, parágrafo segundo, do CPP).

²² LOPES JUNIOR, A. *Investigação preliminar no Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 60.

Questiona-se: como seria possível manter algum tipo de distanciamento necessário ao bom julgamento?²³.

Por julgar temerária essa posição do magistrado, pode-se concluir que a atuação do juiz pode ser um empecilho lógico para a construção de um processo efetivamente dialético e, por isso, acabaria por prejudicar a isenção do julgador. Argumenta-se, também, que o magistrado é a instância de proteção das garantias individuais e dos direitos fundamentais.²⁴

2.1.4. Presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência tem sua previsão constitucional inserida no art. 5º, LVII da Constituição Federal, que estabelece um verdadeiro estado de inocência. O estado de inocência só pode ser superado por uma sentença condenatória passada em julgado, que surge através de um processamento onde o princípio acusatório, o devido processo legal e a ampla defesa tenham sido observados.

O princípio da presunção de inocência estabelece que o ônus de demonstrar a culpa é da acusação, não precisando que a defesa demonstre a inocência. Deve-se tratar o cidadão como inocente até o trânsito em julgado da sentença condenatória, como qualquer outro cidadão.

Isso obriga o juiz não só a manter uma posição ‘negativa’ (não o considerando culpado), mas, sim, a ter uma postura positiva (tratando-se efetivamente como inocente). Podemos extrair da presunção de inocência que:

- a) Predetermina a adoção da ‘verdade processual’, obtida a partir da verificação empírica das teses acusatórias (Ferrajoli), destinada à limitação da ‘verdade real’. Nesse caso, ganha notória função limitadora do poder punitivo a prova, que trata de conter a vertigem da evidência e seu caráter alucinatório.
- b) Como consequência, a obtenção de tal ‘verdade processual’ determina um tipo de processo, orientado pelo sistema acusatório, que impõe a estrutura dialética e mantém o juiz em estado de alheamento (rechaço da figura do juiz inquisidor – com poderes investigatórios/instrutórios – e consagração do juiz de garantias ou garantidor).
- c) Dentro do processo, se traduz em regras para o julgamento, orientando a decisão judicial sobre os fatos (carga da prova).

²³ LOPES JUNIOR, *Investigação preliminar no Processo Penal*, 2014, p. 66.

²⁴ Em sua obra “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, o autor explicita a tarefa protetora das garantias e dos direitos individuais pelo judiciário, tornando ele seu fiel protetor. Nesse sentido, assevera o autor que: “Aos tribunais cabe a tarefa clássica da defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos do cidadãos (CRP, artigo 205.º/2). Os tribunais, porém, não estão apenas ao serviço da defesa de direitos fundamentais; eles próprios como órgãos do poder público, devem considerar-se vinculados pelos direitos fundamentais.

d) Traduz-se, por último, em regras de tratamento do acusado, posto que a intervenção do processo penal se dá sobre um inocente.²⁵

Luigi Ferrajoli esclarece que não apenas o crime assola a sociedade, mas um poder punitivo arbitrário também constitui um mal que aflige todo o tecido social e que, no limite, deslegitima todo poder estatal causando anomia.²⁶ Daí decorre que o princípio da presunção de inocência também possui um caráter particular de defesa social, eis que limita o poder punitivo do Estado ao impor a necessidade de tratar o acusado como efetivamente inocente.

Tamanha é a importância desse princípio que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 lhe dedicou seu nono artigo, assim redigido:

Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

Dessa forma, clara a relação entre um processo penal liberal e o princípio ora abordado. É possível argumentar, inclusive, que o trânsito em julgado é o critério constitucionalmente estabelecido como *discrímen válido*²⁷ que legitima o tratamento do sujeito condenado como diverso de um não condenado, sem que com isso seja violado o princípio da igualdade consagrado no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal. Além disso, caso exista alguma dúvida de culpa, deverá o réu ser julgado como inocente.

Do ponto de vista epistêmico, a presunção (pré-ocupação de um terreno) se revela em um verdadeiro estabilizador, no sentido de que se presume aquilo que se espera ocorrer naturalmente. Como bem pontua Fernando Gil:

[...] faz parte das condições do exercício da linguagem, de sua gramática, uma crença fundada na estabilidade de um grande número de fenômenos e de comportamentos, ou, por outras palavras, uma presunção de uniformidade; toda a expectativa assenta nesta hipótese de constância²⁸

Pode-se, portanto, concluir que o Estado de inocência torna-se um critério hermenêutico para que o magistrado efetivamente possa funcionar como juiz de garantias, sobretudo ao decidir sobre questões cautelares. A presunção de inocência, como norma de juízo que é, deve pautar o ideário do magistrado toda a vez em que ele precisar decidir algo. Nesse sentido, pertinentes as palavras de Zanóide de Moraes:

²⁵ LOPES JUNIOR. *Investigação preliminar no Processo Penal*, 2014, p. 71.

²⁶ FERRAJOLI, 2010, p. 507.

²⁷ MELLO, C. A. B. de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 38.

²⁸ GIL, F. *Mediações*. Lisboa: Casa da Moeda, 2001, p. 67.

Ela se manifesta tanto nas decisões de mérito quanto nas decisões proferidas no curso persecutório, sejam referentes à progressão das fases da persecução, sejam destinadas a reduzir a liberdade do imputado, tratando-o, por qualquer modo, neste último caso, como culpado antes da decisão final eventualmente condenatória.²⁹

Para concluir, a presunção de inocência é um ponto central que distingue o sistema acusatório do inquisitivo, eis que no sistema inquisitivo busca-se de forma incessante uma verdade para confirmar uma culpa que desde o início do processo se intuiu.

2.2 A Propriedade e a liberdade como produtos da dignidade da pessoa humana

Tendo sido estabelecida a dignidade como valor inerente à pessoa humana, à sua personalidade, sua forma de ser e relacionar e, enfim, de se exercer no mundo, é preciso que se reflita sobre a forma com que a dignidade e a personalidade demandam que a ideia de propriedade seja concebida como extensão de sua dignidade e personalidade.

Não por outra razão o direito de propriedade, já em Locke, é atrelado como existente no próprio estado de natureza e que o homem em sociedade estabelece um Estado para proteger a propriedade com mais efetividade.³⁰ Estabelece, o supracitado autor, que propriedade está diretamente atrelada à bens, liberdade e à própria vida.³¹

Ao elaborar a matéria do mundo, o homem conquista sua propriedade e, por isso mesmo, para o autor, passa a poder sentenciar algo como seu, acrescentando valor antes inexistente àquela matéria:

[...] ainda que a terra e todas as criaturas inferiores pertençam em comum a todos os homens, cada um guarda a propriedade se sua própria pessoa; sobre esta ninguém tem qualquer direito, exceto ela. **Podemos dizer que o trabalho de seu corpo e a obra produzida por suas mãos são propriedades sua. Sempre que ele tira um objeto do estado em que a natureza colocou e deixou, mistura nisso o seu trabalho e a isso acrescenta algo que lhe pertence, por isso o tornando sua propriedade. Ao remover este objeto do estado comum em que a natureza o colocou, através do seu trabalho adiciona-lhe algo que exclui o direito comum dos homens.**³²

²⁹ MORAES, M. Z. de. *Presunção de Inocência no Processo Penal: Análise de sua Estrutura Normativa para a Elaboração Legislativa e para a Decisão Judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 468.

³⁰ LOCKE, J. *Segundo tratado sobre o Governo Civil e outros escritos: ensaios sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 156.

³¹ *Ibidem*, p. 87, 123 e 156.

³² BOBBIO, N. *Locke e o Direito Natural*. Tradução de Sergio Bath. 2 ed. Brasília: Editora Universitária de Brasília, 1988, p. 194.

Comentando Locke, Bobbio acrescenta o entendimento de que o que foi considerado para a aquisição da propriedade pelo homem é que ao trabalhar o homem individua a propriedade³³. Nesse sentido:

[...] embora as coisas da natureza sejam dadas em comum, o homem, sendo senhor de si mesmo e proprietário de sua e das ações de seu trabalho, tem ainda em si a justificação principal da propriedade; e aquilo que compôs a maior parte do que ele aplicou para o sustento ou conforto de sua existência (...) era absolutamente sua propriedade, não pertencendo em comum aos outros.³⁴

Tocqueville, por seu turno, estabelece que “o que prende mais vivamente o coração humano não é a posse de um objeto precioso, mas o desejo imperfeitamente satisfeito de poussuí-lo e o medo incessante de perde-lo.”³⁵

Assim, o referido autor estabelece essa posse intranquila, essa constante perseguição como elemento que faz florescer um sentimento profundamente democrático no povo americano, eis que o desejo pela propriedade não se acomoda e deturba, mas permanece inatingível.³⁶

Para Tocqueville, outra razão do trunfo democrático é que, sendo possível que as condições materiais não sejam estáveis, evita-se que o povo entregue-se ao conformismo de não tê-las para si, eis que quando não existe a penúria a ambição por crescer permanece no *espírito*³⁷, e não se corrompe pelo costume aristocrático gerando a decadência cultural.³⁸ Em todo caso, essa noção de Tocqueville é de extrema importância por denotar como a propriedade insere-se no próprio seio cultural de uma sociedade, sendo sua instabilidade (a possibilidade de perde-la de forma legítima) o elemento central de toda democracia que o autor entende por saudável.

Clara, portanto, a ligação entre o direito de propriedade e a dignidade da pessoa humana, uma vez que é por ela também que o homem exerce a si mesmo no mundo, impregnando toda a matéria com a sua atuação, com seu trabalho e com sua própria forma de ser. Daí a conclusão de que proteção à propriedade pelo Estado é uma dimensão da proteção da própria dignidade da pessoa humana, sendo de importância ímpar esta questão em tudo que

³³ BOBBIO, 1988.

³⁴ Ibidem, p. 44.

³⁵ TOCQUEVILLE, A. de. *A democracia na América: sentimentos e opiniões: de uma profusão de sentimentos e opiniões que o estado social democrático fez nascer entre os americanos; livro II*. Tradução Eduardo Brandão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 155. (Paideia).

³⁶ Ibidem, p. 168.

³⁷ Ibidem, p. 156.

³⁸ Idem.

foi e será dito sobre a eficiência do processo penal em relação ao garantismo (se é que se pode dizer em contraposição entre eficiência e garantia).

2.3 O direito a tutela penal – proteção dos bens jurídicos e acesso à justiça

Chegamos, na história da ciência penal, a quase um consenso democrático, em que o Direito Penal deve ater-se tão somente a tutelar condutas que sejam efetivamente legítimas como ameaças a bens de relevância social, sob pena de retrocedermos à tempos estranhos da dogmática penal em que a ideia era punir pessoas, não suas condutas. Nesse sentido pertinentes as palavras de Eugênio R. Zaffaroni e Nilo Batista:

A livre manifestação do pensamento, a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, a proibição de qualquer privação de direitos em razão de convicção filosófica ou política, a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, e ainda inviolabilidade da intimidade e da vida privada, garantidas pela Constituição da República (art. 5º, incs. IV, VI, VIII, IX e x) propõe – não apenas ao poder criminalizante primário e secundário, mas também à ingerência coativa do Estado em geral – graves restrições com importantes consequências no campo do direito penal. Suas principais consequências podem ser sintetizadas em que: a) o estado não pode estabelecer uma ordem moral; b) em lugar disso, deve garantir um âmbito de liberdade moral; c) as penas não podem recair sobre ações que expressem o exercício dessa liberdade.

2.a) O estado que pretende impor uma moral é imoral, porque o mérito moral é fruto de uma escolha livre diante da possibilidade de optar por outra coisa: carece de mérito aquele que não pôde fazer uma coisa diferente. Por essa razão. O estado paternalista é imoral. B) em lugar de pretender impor uma moral, o estado ético deve reconhecer o âmbito de liberdade moral, possibilitando o mérito de seus cidadãos, que surge quando eles têm disponibilidade da alternativa imoral: tal paradoxo leva à certa afirmação de que o direito é moral precisamente porque ele é a possibilidade da imoralidade, intimamente vinculada à diferença entre consciência jurídica e consciência moral. Os textos acima referidos de nossa Constituição revelam que optou por esse modelo de estado e de direito. c) Como consequência do anterior, as penas não podem recair sobre condutas que são justamente o exercício da autonomia ética que o estado deve garantir, mais sim sobre condutas que o afetem.³⁹

Assim, o Estado não pode estabelecer uma moral, apenas a liberalidade de se optar por uma moral. Isso porque a moral é fruto da escolha, e se o Estado impõe uma moral, torna-se por isso imoral (e ilegítimo). Dessa forma, as penas não podem recair sobre as escolhas da liberalidade moral, mas sim sobre aquilo que afeta essa liberalidade. Outra conclusão: se a

³⁹ TOCQUEVILLE, 2014, p. 225.

moralidade é uma “escolha”, se também é verdade que a função do estado seria proteger essa “escolha”, então, será apenado tudo aquilo que atente contra ela (o ilícito), que é manifestamente contrário a uma simples discordância ética.

Os mesmos autores ainda esclarecem que:

Já foi dito que ‘o papel da potestade social se reduz a proteger direitos’. Com isso se consagra o conceito personalista do direito, é dizer, que este deve servir à pessoa e não a qualquer mito que à transcenda. Por certo tal proteção não se realiza mediante o poder punitivo; no entanto, é indiscutível que pretender aplicar penas quando não existe um direito ferido não só afeta o direito do apenado como também o dos demais cidadãos, ao transformar o modelo de estado: uma lei ou uma sentença que pretenda impor normas morais, cominando ou aplicando pena por uma fato que não lesione ou exponha a perigo, o direito alheio, é ilícita e sua ilicitude atinge a todos que se beneficiam ou podem beneficiar-se do respeito ao âmbito da autonomia moral que a Constituição estabelece. Tratar-se-ia de um atoem confronto com o modelo de estado de direito pelo qual optou a Constituição. O respeito à integridade moral dos presos assegurado pela Constituição (art. 5º, XLIX), fundado nas mesmas garantias constitucionais de autonomia moral mencionadas ao início do presente tópico, das quais o condenado não está despojado (art. 3º LEP), não podendo por exemplo, ver-se obrigado a participar de atividade religiosa (art. 24, §2º LEP), exclui todo e qualquer caráter expiatório da prisionização. A expiação constitui um ato moral íntimo da pessoa, cuja imposição externa é impossível; por mais brutal que seja o sofrimento externamente infligido, depende exclusivamente da consciência do condenado assumi-lo ou não como expiação. No direito penal essa opção constitucional se traduz no princípio da lesividade, segundo o qual nenhum direito pode legitimar uma intervenção punitiva quando não medeie, pelo menos um conflito jurídico, entendido como a afetação de um bem jurídico total ou parcialmente alheio, individual ou coletivo. Tal princípio é quase sempre aceito em nível discursivo, mesmo que o próprio discurso o desvirtue ao abrir múltiplas possibilidades para racionalizar sua neutralização.⁴⁰

Assim, quando a Constituição Federal garante a liberdade de pensamento e credo (entre outras), optou por um estado ético e por isso a “tutela”⁴¹ penal só pode recair sobre um bem jurídico lesado em conflito, esse bem jurídico deve pertencer a um indivíduo ou à coletividade.

Urge, portanto, que se estabeleça com precisão o que é bem jurídico. Sobre o tema, necessária a definição ofertada por Claudio José Langroiva Pereira:

Já o bem jurídico pode ser entendido como um valor ideal, proveniente da ordem social em vigor, juridicamente estabelecido e protegido, em relação ao qual a sociedade tem interesse na segurança e manutenção, tendo como titular tanto o particular quanto a própria coletividade.

⁴⁰ TOCQUEVILLE, 2014, p. 226.

⁴¹ É importante ressaltar que Zaffaroni não estabelece o termo tutela, eis que para ele o que ocorre é uma suspensão de conflito, eis que o direito penal efetivamente não oferece uma tutela.

Vale dizer que o bem jurídico envolve tanto objetos físicos como qualidade de uma pessoa, tanto direitos quanto garantias, materiais e imateriais, interesses e objetos vinculados por um conceito de valores sociais, que o destaque como de grande ou significante valia.

Os comandos e as próprias proibições elencadas no Direito tem sua origem nas denominadas normas de valoração, decorrentes de aprovações e desaprovações, tanto em relação aos valores pessoais daqueles que exigem quanto em relação àquilo que exigem, dando-se preferência a determinados interesses considerados sagrados ou intocáveis, até que um novo conceito social surja.

É neste conceito social de proteção ou de valoração que se pode observar a relação jurídica de proteção, ou de relevância, concretizada no bem jurídico.⁴²

E ainda:

O bem jurídico deve se posicionar segundo a realidade social, formada dos conflitos estabelecidos entre as pessoas, decorrentes de necessidade particulares de satisfação de interesses diversos, indicando que os bens jurídicos têm um caráter eminentemente pessoal, ligados às próprias condições de existência individuada de cada ser humano em uma sociedade.

Desta forma, indicar que a missão do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos é afirmar que os valores de uma sociedade, pautada por suas características de tempo e espaço, cultura e educação, devem ser considerados segundo o panorama de vida de cada um dos integrantes desta mesma sociedade, suas necessidades e seus valores.

Não teríamos, desta forma, bens jurídicos pré-determinados, decorrentes de conceitos previamente estabelecido, mas, ao contrário, decorrentes tão-somente de valores, formalmente disposto na norma, orientando ações aceitáveis ou não, naquele contexto sócia, em uma materialização de elementos motivadores de um processo de aprendizagem dinâmico e eficaz.

Simplesmente encontrar definições estáticas que englobam a moral e a ética, como valores de manutenção de paz social, expressado um conceito de bem jurídico penalmente protegido, não satisfaz a moderna concepção de proteção que o Direito Penal empresta à sociedade.

Para reconhecer o bem jurídico como legitimador de tutelar penal, é necessária a consideração de uma orientação valorativa legal, fundada em direitos fundamentais da pessoa humana, observados segundo um panorama de necessidade, pautada pelo modo de vida eleito por determinada sociedade.⁴³

Assim, como visto, a atuação do Direito Penal fica adstrita tão somente às condutas que de alguma forma lesionem ou ameacem lesionar os bens jurídicos estabelecidos, visando assegurar certo bem estar social e, ao mesmo tempo, evitar intromissões por parte do Estado em condutas que em absoluto não lhe dizem respeito. Nesse sentido é que o Processo Penal Constitucional deve, ao mesmo passo, ser um instrumento de acesso à justiça:

⁴² PEREIRA, C. J. L. *Proteção Jurídico-Penal e Direitos Universais – Tipo, tipicidade e Bem Jurídico Universal*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p.71.

⁴³ *Ibidem*, p. 78

compatibilizando as garantias individuais para não violentar o réu de forma arbitrário ao mesmo tempo em que tutela a sociedade de forma efetiva. Tudo isso com fundamento, exatamente, na dignidade da pessoa humana e seus efeitos.

Nesse sentido salutar é a lição de Marco Antonio Marques da Silva:

No Brasil, a questão do direito ao acesso à justiça penal tem sido muito debatida. A partir da Constituição Federal de 1988 que no seu art. 1º afirma ser o Brasil um Estado Democrático de Direito, isto implica na necessária oferta, como decorrência daquela condição, a todo o cidadão, pelo Estado, de um serviço judicial que possibilite a composição pacífica dos conflitos ocorridos dentro da sociedade. De outro lado, além do oferecimento de um serviço judicial capaz de atender e compor conflitos sociais, ele deve ser acessível a todo o cidadão, isto é, não podem existir obstáculos jurídicos e, principalmente, econômicos, a impedir que o cidadão, efetivamente exerça seu direito de pedir ao Estado, por meio do Poder Judiciário, uma prestação jurisdicional.⁴⁴

Dessa forma, cristalina a preocupação do autor com o acesso à justiça, esclarecendo que a Defensoria Pública exerce um papel bastante importante nesse compromisso constitucional.⁴⁵

Mais do que isso, existe uma verdadeira preocupação com a atualização das instituições para que seu funcionamento seja adequado às demandas sociais que são muitas vezes conflitantes, sobretudo quando pensamos, por exemplo, em eventuais choques entre o direito coletivo e o bem-estar econômico e as garantias individuais daquele que está sendo processado por supostamente lesar esses direitos. Nestes termos pontua o supracitado autor:

Ao Poder Judiciário, mantidas sua independência administrativa e financeira, cabe, certamente, uma revisão nos modos administrativos de sua condução. Deve, ainda, intensificar os programas preparatórios dos novos magistrados, e manter todo o seu corpo em constante aperfeiçoamento. Com estar-se-á atacando as duas principais fontes de problemas: a do atendimento da demanda e da qualidade do serviço prestado. Os dois outros segmentos – advocacia e Ministério Público – também necessitam romper com o isolamento corporativo e rever conceitos e posição para contribuir na efetivação do direito de acesso à justiça. O Ministério Público necessita rever suas posturas diante das novas teorias sobre o crime, a fim de que enfrente os problemas determinados pelas condenações indiscriminadas que superlotam os presídios, sem qualquer retorno social. A advocacia, de igual modo, deve deixar de lado sua participação formal no processo, rompendo com as teorias clássicas que ainda influenciam o direito penal, partindo para um debate mais efetivo na defesa dos direitos fundamentais. Há relevância nestas funções, ainda não percebidas pelo judiciário brasileiro.

⁴⁴ SILVA, M., 2001, p. 95.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 100-102.

A reformulação estrutural do Poder Judiciário, com a ampliação de sua capacidade de atendimento da demanda, com maior eficiência e qualidade, somente deverá ser acompanhada de uma ampla reformulação nos diplomas processuais existentes e da criação de mecanismos alternativos – judiciais e extrajudiciais – de solução de conflitos.⁴⁶

Assim, podemos concluir que dentro da própria noção de eficiência da justiça penal existe a ideia de um judiciário que seja efetivamente acessível e *apto a equilibrar a eficiência da tutela penal prestada com as garantias processuais individuais do réu, devendo existir pessoal apto a fazer esse tipo de análise.*

Preocupa-se, ainda, o referido autor com as modernas formas de criminalidade e a eficiência da tutela, pensando exatamente essa relação entre eficiência e garantias. Nesse sentido afirma que:

Uma tendência, nos últimos anos, tem sido uma ação enérgica do Estado diante das ameaças contra bens jurídicos coletivos. Existe, portanto, um conflito a ser resolvido entre a eficácia da justiça penal e a concretização dos princípios constitucionais, que refletem o verdadeiro acesso à justiça no Estado Democrático de Direito

Podemos, nesse sentido, estabelecer dois planos de atuação do Estado, nos âmbitos penal e processual penal. Um deles se caracteriza pela realização do direito material, quando se tratar de vítimas individualizadas, como nos crimes comuns. Um outro, se refere à criminalidade que não tem uma vítima, como nos casos de bens difusos.

Quanto ao primeiro, o respeito incondicional aos princípios constitucionais é uma exigência da própria dignidade humana, fundamento do Estado Democrático de Direito. Deve-se ter em conta que algumas regras determinam a seleção do caso, devendo ser evitadas acusações que não reflitam um dano concreto e relevante aos bens jurídicos. Assim, a política criminal vai orientar aqueles casos que devam ser apreciados, através do processo penal, que resultem numa condenação necessária e proporcional ao dano causado pelo agente.

Nestes casos, as garantias a serem oferecidas pelo Estado, tanto como no âmbito do direito penal, que é a consideração dos fatos criminosos somente quando relevantes, como no do processo penal, o respeito aos princípios constitucionais que o norteiam são relevantes para assegurar o acesso à justiça (...)

Com relação à criminalidade organizada, assim entendida aquela já referida que atinge os bens jurídicos difusos, o direito penal tem procurado a maleabilidade na tipificação das condutas criminosas, muito embora, pudesse atribuir ao direito administrativo penal a reprovação e sanção de muitas condutas. O problema que se depara na doutrina penal é, justamente, a fixação dos limites de intervenção entre um campo e outro, o que tem gerado dúvidas quanto à eficiência das sanções administrativas.⁴⁷

⁴⁶ SILVA, M., 2001, p. 98-99.

⁴⁷ Ibidem, p. 146-147.

Esclarece ainda, que a ampliação dessas técnicas que privilegiam a eficiência no tratamento de certas questões da macrocriminalidade utilizam-se de expedientes que, muitas vezes, acabam por ferir certos parâmetros constitucionais, devendo o aplicador do direito ser cauteloso e atento à essa particularidade.⁴⁸ Por fim, o autor estabelece algumas condições que julga como indispensáveis para que, mesmo nesse contexto, possa efetivamente verificar-se um efetivo acesso à justiça, são elas:

1. celeridade do processo penal – evitando-se que as pessoas carreguem o peso de uma acusação, por tempo indefinido ou indeterminado, como ocorre na atualidade no direito brasileiro, causando, muitas vezes, danos irreparáveis à dignidade humana do cidadão.
 2. A observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório em todos os processos penais, construindo-se na nomeação, pelo Estado, de defensores, sempre que o acusado não puder pagar advogado.
 3. A consideração do princípio de presunção de inocência, devendo ser observado que por este princípio não se pode incriminar qualquer pessoa, antes do trânsito em julgado da sentença. Deve-se evitar, inclusive, a divulgação indiscriminada pelos meios de comunicação de fatos tidos como criminosos, que já pré-condenam os autores, levando a opinião pública a exigir rigor do Estado, sem, ao menos, estabelecer um indiciamento formal e fundamentos para acusação.
 4. A publicidade do processo penal, qualquer que seja o crime praticado, comum ou contra interesses difusos, como garantia indisponível para o acesso à justiça.
 5. A possibilidade de recorrer, sempre, de uma decisão, devendo, entretanto, organizar os recursos de forma a não servir de meio para a protelação da execução penal. Não se pode excluir esta possibilidade, nem mesmo quando haja interesse do Estado, no caso da criminalidade organizada.
 6. Reconhecer de que há uma verdade a ser buscada, no processo penal, mas esta deve ser tida como uma verdade judicial, isto é, aquela que foi concluída após a aplicação dos meios legítimos constitucionais para a sua busca.
 7. A motivação das sentenças, como exigências também indisponíveis, do direito processual brasileiro, evitando-se os raciocínios lógico-dedutivos que partam de um a priori deduzido da acusação, o que contraria o princípio da presunção de inocência.
- Observando estes princípios, estaremos cumprindo os ditames constitucionais, e estabelecendo o verdadeiro acesso à justiça penal no Estado Democrático de Direito.⁴⁹

Dessa forma, claro está que mesmo existindo eventuais colisões entre a pretensão de eficiência e garantias existem certos limites que não poderiam ser flexibilizados, eis que sem eles nem mesmo poderíamos falar de acesso à justiça.

Poderíamos argumentar que a própria noção de eficiência poderia ser compatibilizada pelas garantias, sendo necessário que, justamente como já foi dito, novas tecnologias

⁴⁸ SILVA, M., 2001, p. 147.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 148.

cumpram essa função compatibilizadora, sendo necessária sempre uma ponderação entre os meios disponíveis para realizar o papel do direito penal eficiente em sua proteção ao passo em que se garanta a eficiência democrática de um processo penal constitucional democrático.

3 O PROCESSO PENAL BRASILEIRO

3.1 Processo Penal

Em linhas bastante gerais, o processo penal pode ser definido como o procedimento mediador da relação do poder punitivo estatal e os cidadãos a ele submetidos, envolvendo as regras, princípios e finalidades próprios a esse procedimento em cada unidade de jurisdição.

Nessa posição, cumpre ao direito processual penal a tarefa de regular a constante tensão estabelecida entre o respeito e garantias individuais do cidadão frente ao estado, aqui condensadas no princípio maior do estado de presunção de inocência, e a pretensão punitiva própria do poder punitivo da persecução penal, via de regra regulado pelos valores das funções da pena e da busca da verdade real.

De forma mais sintética, Germano Marques da Silva define processo penal como

[...] uma sequência de actos juridicamente preordenados e praticados por certas pessoas legitimamente autorizadas em ordem à decisão sobre se foi praticado algum crime e, em caso afirmativo, sobre as respectivas consequências jurídicas e sua justa aplicação.⁵⁰

O processo penal é o procedimento elaborado para atingir os fins visados pelo direito penal, sendo o processo o braço instrumental que complementa o braço teórico deontico do direito penal material.

Nesse sentido, o que está em debate é justamente qual é, ou qual deve ser, a finalidade do direito penal no registro do estado democrático de direito e, no caso específico da realidade brasileira, após o advento da Constituição Federal de 1988, a Constituição Cidadã.

Diferentemente do que pode ser sugerido pelo senso comum, o objetivo do direito penal não é - e ao menos no direito penal e processual penal modernos não pode ser - o de simplesmente punir, em um caráter retributivo da pena de estirpe hegeliana e já superado. Mais que isso, como aponta Claudio José Langroiva Pereira, o direito penal "tem uma função predominantemente voltada a assegurar a existência de segurança jurídica no Estado Democrático de Direito, muito mais que simplesmente regular condutas e aplicar sanções"⁵¹.

O processo penal não pode ser pensado, hoje, de maneira desconectada do respeito aos valores constitucionais que asseguram a dignidade humana do acusado e todos os demais

⁵⁰ MARQUES DA SILVA, G. Marques da. *Direito Processual Penal Português- Noções Gerais - Sujeitos Processuais e Objecto*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013, p. 16.

⁵¹ PEREIRA, 2008. p. 46.

princípios daí corolários, o devido processo legal, a presunção de inocência, estrita legalidade, etc.

Assim, o processo penal hoje vive de regular essa tensão estabelecida entre busca da paz social e proteção aos direitos e garantias assegurados na Carta Constitucional

A busca da paz social por intermédio da aplicação da lei penal - adotada esta como *ultima ratio* - deve achar um ponto de equilíbrio exato, de modo a não constringer a liberdade do indivíduo. O processo penal, num Estado Democrático de Direito, deve zelar, sobretudo, pela preservação da liberdade jurídica da pessoa humana, assegurando o exercício pleno dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição. Assim, não bastará a aplicação da lei penal no caso concreto, se não forem respeitados os princípios constitucionais que asseguram os valores da liberdade do homem.⁵²

O atual estágio em que chegamos, isto é, o estágio em que já não é mais possível se pensar um processo penal - ou um processo penal eficiente, como veremos mais à frente - sem levar em conta essa fina sintonia entre indivíduo e Estado, é produto, de maneira geral, daquilo que hoje compreendemos como uma visão garantista do direito penal e processual penal e de todo o movimento histórico que levou a ele.

É dessas questões, e das principais garantias que surgiram, foram reformuladas ou ganharam proeminência com o processo penal constitucional garantista contemporâneo, que passaremos a tratar.

3.2 A exclusividade da tutela penal por parte do estado e o caráter instrumental do direito penal

O Estado Moderno surge com a pretensão de por fim ao domínio pela força e ao fim da vingança privada (autotutela), como funcionava, por exemplo, na Roma antiga. Ao assumir a titularidade e exclusividade do uso da força, acabar por assumir a responsabilidade de tutela dos direitos em conflito no tecido social, que antes eram resolvidos pelos próprios integrantes da sociedade. Nesse sentido explica Claus Roxin que:

O direito de apenar está hoje reservado ao Estado. Esse monopólio do poder penal pelo Estado resultaram em três tarefas que, com certas espontaneidade e inevitabilidade, foram atribuídas ao Direito Processual Penal. Pois se o Estado proíbe, por principio, as vinganças privadas e os duelos, tão

⁵² GOMES, M. A. de M. A prisão provisória: aspectos constitucionais e infraconstitucionais. In: SILVA, M. Antônio Marques da. *Tratado temático de processo penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, 338-9.

conhecidos e usuais na Idade Média, então nasce para ele, como verso da mesma moeda, a obrigação de zelar pela proteção dos cidadãos e criar disposições que possibilitem uma persecução e julgamento estatal do infrator e que a paz social seja renovada através da conclusão definitiva do procedimento. Este desenvolvimento, com o qual, a partir da supressão do direito de vingança privada, surgiram o Direito Penal e Processual Penal modernos, que tiveram consequências muito benéficas para a liberdade e segurança do indivíduo. De outro lado, não se deve ignorar, de qualquer forma que o aumento do poder que o Estado recebeu através da transmissão da violência penal pode significar também um grande perigo para aquele que, sendo talvez inocente, tenha caído sob suspeita. Por isso, com a aparição de um direito de persecução penal estatal, surgiu também, por sua vez, a necessidade de construir impedimentos contra a possibilidade de abuso de poder estatal. O alcance desses limites é, por certo, uma questão da respectiva Constituição do Estado. Os limites à faculdade de intervenção do Estado, que devem proteger o inocente contra as persecuções injustas e afetações excessivas da liberdade, e também devem assegurar ao culpado uma salvaguarda de todos seus direitos de defesa caracterizados o princípio da formalidade de procedimentos. Embora a sentença consiga estabelecer a culpabilidade do acusado, o juízo só será adequado ao ordenamento processual (princípio da formalidade) quando nenhuma garantia de um procedimento tenha sido violada em prejuízo do acusado. Em um procedimento penal próprio do Estado de Direito, a proteção do princípio da formalidade não é menos importante do que a condenação do culpado e a restauração da paz legal. As consequências que são delas derivadas do Processo Penal requerem uma explicação mais detalhada, que segue.⁵³

De forma um pouco mais pessimista, expõe Gabriel Ignacio Anítnua, que em verdade o Estado confisca os conflitos sociais e que isso possibilitou a consolidação de um poder central do Estado. O exercício exclusivo da pena é um meio de afirmação de soberania que determinou o fim de poderes paralelos. Nesse sentido, referido autor afirma que:

⁵³“El derecho de penar está hoy reservado al Estado. De ese monopolio del poder penal en la Estado resultan las tres tareas que, con cierta espontaneidad e inevitabilidad, fuera asignadas al Derecho procesal penal. Pues si el Estado prohíbe, por principio, las venganzas privadas y los duelos, tan conocidos y usuales en la Edad Media, entonces nace para él, como reverso de una misma moneda, la obligación de velar por la protección de sus ciudadanos y de crear disposiciones que posibiliten que posibiliten una persecución y juzgamiento estatales del infractor y que la paz social sea renovada a través de la conclusión definitiva del procedimiento. Este desarrollo, con el cual, a partir de la supresión del derecho de venganza privada, surgieron los Derechos penal y procesal penal modernos, tuvo consecuencias muy muy benéficas para la libertad y seguridad y seguridad del individuo. Por otra parte, no se debe ignorar, sin embargo, que el aumento de poder que el Estado recibió a través de la transmisión de la violencia penal puede significar también un gran peligro para aquel que, siendo quizá inocente, ha caído en sospecha. Por ello, con la aparición de un derecho de persecución penal estatal, surgió también, a la vez, la necesidad de erigir barreras contra la posibilidad del abuso del poder estatal. El alcance de esos límites es, por cierto, una cuestión de la respectiva Constitución del Estado (sobre esto, ver infra §2). Los límites a la facultad de intervención del Estado, que deben proteger al inocente frente a persecuciones injustas y afectaciones excesivas de la libertad, y que también deben asegurar al culpable la salvaguarda de todos sus derechos de defensa, caracterizan al principio de formalidad del procedimiento. Aunque la sentencia consiga establecer la culpabilidad del acusado, el juicio sólo será adecuado al ordenamiento procesal (principio de formalidad), cuando ninguna garantía formal del procedimiento penal haya sido lesionada en perjuicio del imputado. En un procedimiento propio del Estado de Derecho, la protección del principio de formalidad no es menos importante que la condena del culpable y el restablecimiento de la paz jurídica. Las consecuencias que de ello son derivables para el Derecho procesal penal requieran una explicación más detallada, que sigue.” In: ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Revisada por Julio B. J. Maier. Editores del Puerto s.r.l.: Buenos Aires, 2000. P. 2.

Quando os governantes de espaços maiores que o local, mas menores que o universal, começaram a afirmar-se, e a criar, um aparelho de Estado aceito, sua formas de desenvolvimento mais antigas supuseram o aparecimento de uma hierarquia de serviços especializados na manutenção da ordem – daí a origem de juízes, polícia e etc. – e o próprio direito fez-se coercitivo, pois imporia de cima para baixo, um modelo de culpabilidade ou de inocência estabelecido de acordo com os códigos promulgados por uma autoridade central. Como já foi dito, este processo é registrado pela historiografia tradicional como um processo de ‘racionalização’. Com isso, pretendia designar coisas muito distintas. A doutrina penal tradicional mostra como exemplo de ‘racionalização’ a substituição de formas medievais supostamente ‘barbaras’ por outras, jurídicas e imparciais, de fazer justiça. Não apenas a tradição jurídica mas igualmente a sociológica realizaram essa avaliação, que tem seu primeiro expoente político Hobbes, a quem nos referiremos mais adiante. A crença de Durkheim de que as sociedade progredem de uma concepção punitiva, a outra, restitutiva, da justiça penal teve muitos seguidores, mas a evidência aponta para um ‘progresso’ ao contrário. É por isso que os autores abolicionistas do castigo sustentam, atualmente, que essa ‘racionalização’ desempenhou um papel fundamental no aumento da violência e não na sua dimensão⁵⁴

Em decorrência disso, passa a ser importante definir qual tipo de conflito será tutelado pelas demais áreas do Direito e quais deles serão tratados de forma mais enérgica pelo Direito Penal, ou seja, quais são as condutas mais gravosas e que violam de forma mais grave os direitos mais valiosos à sociedade, sendo, por isso, tipificados penalmente.⁵⁵ É exatamente desta tutela em específico que vamos nos ocupar. Sendo assim, quando o Direito Penal elenca certos bens jurídicos que serão protegidos por sua atuação e, sendo ao menos um Direito Penal com pretensões democráticas, surge a necessidade de que exista um regramento processual que direcione como será desempenhada essa proteção e seus limites para evitar um verdadeiro exagero de proteção e, conseqüentemente, uma forma de ser de Direito Penal absolutamente antidemocrático. Como elucida o sempre pertinente Aury Lopes Júnior:

Como explicamos a pena é, atualmente, estatal (pública), no sentido de que o Estado substituiu a vingança privada e, com isso, estabeleceu que a pena é uma reação do Estado contra a vontade individual. Estão proibidas a autotutela e a ‘Justiça pelas próprias mãos’. A pena deve ser prevista em um tipo penal e cumpre ao Estado definir os tipos penais e suas conseqüentes penas, ficando o tema completamente fora das disposições dos particulares⁵⁶

⁵⁴ ANITUA, G. I. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan - Instituto Carioca de Criminologia, 2008, p. 36-38.

⁵⁵ A tipificação de determinadas condutas pode ser explicada pela existência do **princípio da mínima intervenção penal, ou, da ultima ratio**, que afirma – resumidamente – que o Direito Penal só deve ser utilizado quando todas as formas de tutelas falharem. De igual forma, o **princípio da fragmentariedade**, determina que a tutela penal proteja os objetos jurídicos contra formas de violações específicas, devendo existir uma tutela anterior a ela. Sobre o assunto, adotamos aqui os ensinamentos do professor Luis Régis Prado em seu Curso de Processo Penal, 13ª Edição, editora RT, 2014, São Paulo, p.115.

⁵⁶ LOPES JUNIOR. *Investigação preliminar no Processo Penal*, 2014, p. 36.

Esclarece na mesma oportunidade, o citado autor, que:

Entendemos que a exclusividade dos tribunais em matéria penal deve ser analisada em conjunto com a exclusividade processual, pois, ao mesmo tempo que o Estado prevê que só os tribunais podem declarar o delito e impor a pena, também prevê a imprescindibilidade venha por meio de um devido processo penal⁵⁷

Tendo em vista o domínio do Estado na tutela penal e seus efeitos, podemos concluir que existe uma clara relação de instrumentalidade entre pena, crime e processo. Eis que não existe crime sem previsão de pena, e nem pena aplicada sem a existência de um processo.

O processo passa a ser encarado como um verdadeiro caminho para que se possa apenas de forma minimamente democrática e evitar abusos, garantindo que todos os direitos protetivos do acusado sejam respeitados e evitando abusos por parte do poder público. Tendo em vista a ideia de eficiência, passa-se a compreender o processo penal como algo que possa efetivamente equilibrar a sua função protetiva social em conjunto com a sua função de proteção do réu, evitando processos inúteis (por exemplo, em que a prescrição já tenha sido atingida).

Resumidamente, o processo penal seria instrumental no sentido de viabilizar a existência de uma pena limitada (portanto, de uma proteção) e o exercício de uma defesa que faça valer e possa fiscalizar esses limites.

É preciso evitar, também, que processos pouco úteis surjam: seja melhorando as formas de investigação existentes, seja racionalizando os custos de cada processo e incentivando, por exemplo, formas de justiça penal negociada e acordos. Nesse fenômeno podemos observar que existe uma verdadeira infinidade de processos inúteis, seja por versarem de fatos prescritos, por tratarem de condutas atípicas e etc

Enfim, sobre essa instrumentalidade, podemos concluir com as palavras do próprio Aury Lopes Júnior que:

[...] Concluimos que a instrumentalidade do processo penal é o fundamento de sua existência, mas, com uma especial característica: é um instrumento de proteção dos direitos e garantias fundamentais. É uma especial conotação do caráter instrumental e que só se manifesta no processo penal, pois se trata de instrumentalidade relacionada ao Direito Penal e à pena, mas principalmente um instrumento a serviço da máxima eficácia das garantias constitucionais⁵⁸.

⁵⁷ LOPES JUNIOR. *Investigação preliminar no Processo Penal*, 2014, p. 36.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 44.

3.3 A teoria do garantismo penal e o processo penal: construindo premissas e estabelecendo princípios

O “Garantismo Penal” costuma despertar discursos conservadores que sustentam que o Garantismo não passa de uma linha argumentativa para fomentar a impunidade. Outra confusão bastante comum com o Garantismo é reduzi-lo ao simples formalismo, quando a sua profundidade torna quase que evidente que não são as mesmas coisas. O Garantismo de Luigi Ferrajoli é muito mais uma perspectiva sistemática, ou seja, um sistema que respeita valores e bens legitimadores de um Estado de Democrático de Direito. Assim, passaremos a expor algumas linhas que são importantes para a compreensão dessa perspectiva sistemática.

Podemos concluir que para o Garantismo existiria uma verdadeira relação de subserviência do Estado aos direitos fundamentais. No entanto essa ideia não é exatamente nova, como bem sabemos, sendo que toda questão central problemática dessa ideia é exatamente a de que, apesar desse compromisso ideológico já existir, seus efeitos ainda encontram-se no plano do não concretizado.

Um ponto central do Garantismo é a ideia de que o juiz deve ser imparcial, eis que por aplicar a lei ao caso concreto, funciona como protetor do bem jurídico protegido, bem como garante dos direitos fundamentais do réu. Em um grosseiro resumo: o Garantismo está inexoravelmente ligado com a atividade judicial dos magistrados. Nesse sentido pertinente a afirmação de Joaquim Gomes Canotilho:

Considera-se, hoje, que a constituição dos tribunais (Gerichtsverfassung) e o procedimento jurisdicional (processo judicial) estão, em larga medida constitucionalizados (Cappelletti, Schwab-Gottwald). Isso significa a compreensão constitucionalmente referenciada do direito processual e do direito organizatório dos tribunais. Os direitos fundamentais, por um lado, e a organização e o procedimento, por outro, desenvolvem uma eficácia recíproca: a organização e procedimento devem ser compreendidos à luz dos direitos fundamentais; estes, por sua vez, influenciam a organização e o procedimento.⁵⁹

Nesse sentido, a ideia de estrita legalidade ganha toda a evidência, eis que com a atividade do magistrado adstrita à lei, o Poder Judiciário efetivamente consegue funcionar como instância de controle e proteção do réu e também do bem jurídico violado, em tese, por ele. Para que esse controle judicial pudesse ser eficaz era necessário que os magistrados fossem munidos de garantias. A ideia de legalidade em Ferrajoli pode ser dividida em estrita

⁵⁹ CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 446.

legalidade e mera legalidade⁶⁰, a estrita legalidade se destina à delimitação do delito que o legislador deve aplicar ao elaborar um fato típico, limitando o grau de discricionariedade do juízo que por sua vez deverá ater-se aos limites descritivos da conduta estabelecidos pelo legislador (mera legalidade).

Somente tipificações empíricas (observáveis no mundo) podem estipular limites cristalinos para que o juiz possa interpretar a conduta que será subsumida a essas tipificações. Assim, sendo a tipificação uma descrição de condutas apreensíveis no mundo real, passa a ser possível verificar a responsabilidade do agente e seus graus, viabilizando também a atuação da defesa que terá como contradizer as teses acusatórias, possibilitando um melhor exercício de suas garantias e prerrogativas e, conseqüentemente, assegurando melhor a liberdade do acusado.⁶¹ O processo cognitivo da verificação do delito deve ser demonstrável e refutável nas hipóteses da acusação. Conseqüentemente, todo procedimento processual deve ser assertivo para que as partes possam demonstrar suas teses e refutarem-se, restando o magistrado como observador desse ofício.

Eis aí a inconveniência para a perspectiva garantista dos tipos penais abertos, eis que toda a lógica empírica é minada quando o ato proibido é, por exemplo, o “ato obsceno”. Ante tudo que se expôs é incompatível com a estrutura cognitiva do garantismo descrições genéricas que afastem a limitação descritiva da conduta.⁶² Disso decorre que só poderá haver “mera legalidade” se houver “estrita legalidade” e, somente no caso em que a acusação narre fatos de forma precisa e com base nas provas, para que se possa refutar o alegado⁶³. Sobre estes pontos é interessante nos utilizarmos dos ensinamentos de Luigi Ferrajoli:

A sujeição somente à lei, por ser premissa substancial da dedução judiciária e juntamente única fonte de legitimação política, exprime por isso a colocação institucional do juiz. Essa colocação – externa para os sujeitos em causa e para o sistema político, e estranha aos interesses particulares de um lado e aos gerais de outro – se exprime o requisito da imparcialidade, e tem sua justificação ético-política nos dois valores – a perseguição da verdade e a tutela dos direitos fundamentais – mais acima associados à jurisdição. O juiz não deve ter qualquer interesse, nem geral, nem particular, em uma ou outra solução da controvérsia que é chamado para resolver, sendo sua função decidir qual delas é verdadeira qual é falsa. Ao mesmo tempo ele não deve ser um sujeito ‘representativo’, não devendo nenhum interesse ou desejo – nem mesmo da maioria ou da totalidade dos cidadãos – condicionar seu julgamento que está unicamente em tutela dos direitos subjetivo lesados: como se viu no parágrafo 37, contrariamente aos poderes executivos e

⁶⁰ FERRAJOLI, 2010, p. 39.

⁶¹ Ibidem, p. 39-40.

⁶² Ibidem, p. 40.

⁶³ Ibidem, p. 41.

legislativo que são poderes de maioria, **o juiz julga em nome do povo, mas não da maioria, em tutela das liberdades também das minorias.**

Chamarei equidistância ao afastamento do juiz dos interesses das partes em causa; independência à sua exterioridade ao sistema político e em geral a todo o sistema de poderes; naturalidade à determinação de sua designação e à determinação das suas competências para escolhas sucessivas à comissão do fato submetido ao seu juízo. Esse três perfis de imparcialidade do juiz requerem garantias orgânicas que consistem no mesmo modo em separações: a imparcialidade requer a separação institucional do juiz da acusação pública; a independência requer a sua separação institucional dos outros poderes do Estado e por outro lado a difusão da função judiciária entre sujeitos não dependentes um do outro; a naturalidade requer exclusivamente a sua separação de autoridades comissionadas ou delegadas de qualquer tipo e a predeterminação exclusivamente legal das suas competências. É supérfluo acrescentar, por fim, que a imparcialidade, além das garantias institucionais que a suportam, **forma um hábito intelectual e moral**, não diverso do que deve presidir qualquer forma de pesquisa e conhecimento.⁶⁴

E ainda:

[...] O juiz não é propriamente um órgão do Estado-aparato, mas exercita suas funções, como diz o art. 101 da Constituição italiana, diretamente ‘em nome do povo’. E o Poder Judiciário se configura, em relação aos outros poderes do Estado, como um contrapoder, no duplo sentido que é atribuído ao controle de legalidade ou de validade dos atos legislativos assim como dos administrativos e à tutela dos direitos fundamentais do cidadãos contra as lesões ocasionadas pelo Estado(...)E essa função de ‘obstáculo’ ou ‘freio’ pode ser desenvolvida pelo Poder Judiciário – distanciado, além de terceiro poder – precisamente porque ele não é representativo, mas sujeito somente à lei e obrigado a buscar o verdadeiro, quaisquer que sejam os sujeitos julgados e os contingentes interesses dominantes.⁶⁵

Essa equidistância possibilitada pela legalidade é que possibilita ao magistrado que fique alheio aos interesses das partes e que possa exatamente funcionar como garante de direitos do réu e da sociedade, ao tutelar um direito específico, essa noção é absolutamente importante porque é a partir dela que se pautará a necessidade de um sistema acusatório.

No entanto para entender como essa pretensão acima exposta funciona é preciso que antes entendamos também conceitos chaves e premissas de onde partem o pensamento do grande mestre italiano.

⁶⁴ FERRAJOLI, 2010, p. 534.

⁶⁵ Ibidem, p. 535.

3.3.1 Jurisdicionalidade – *Nulla Poena, Nulla Culpa Sine Iudicio*

A jurisdicionalidade é um amálgama de diversos princípios. Como todo amálgama o princípio da jurisdicionalidade é a junção de conteúdo de diversos outros princípios como o do juiz natural, do monopólio estatal do processo penal e da necessidade do processo penal para a imputação de uma pena, de modo que ausência de um desses princípios interfere na propriedade do todo.

O axioma *Nulla Poena, Nulla Culpa Sine Iudicio* traduz a ideia que trataremos neste tópico. Conforme dito, a perspectiva garantista do magistrado é que ele seja equidistante em relação às partes, para que ele possa funcionar como garante dos direitos fundamentais do acusado e evitar abusos, mas também aquele que decidirá se é adequada ou não a pena que tutela o bem jurídico protegido. Nesse sentido assevera Luigi Ferrajoli:

É por isso que as garantias processuais, e em geral as normas que disciplinam a jurisdição, são ditas também ‘instrumentais’ no que tange às garantias e às normas penais, estas chamadas, por sua vez, ‘substanciais’. A correlação funcional é além disso biunívoca, uma vez que as garantias penais podem, por seu turno, ser consideradas necessárias para garantir juízos não arbitrários: na sua ausência, de fato, juízos e penas seriam desvinculados de limites legalmente preestabelecidos e resultariam não menos potestativos de que se estivessem em ausência das garantias processuais. Em síntese, tanto as garantias penais como as processuais valem não apenas por si mesmas, mas, também, como garantia recíproca de efetividade.⁶⁶

Sobre a jurisdição, precisamente, adverte o referido autor que:

A principal garantia processual que forma pressuposto de todas as outras é a da *submissão à jurisdição*, expressa pelo axioma A7 *nulla culpa sine iudicio*. Também essa garantia, assim como a sua correlativa, da legalidade, pode ser compreendida em dois sentidos diversos – ‘*em sentido estrito*’ ou em ‘*sentido lato*’ – conforme seja mais ou menos acompanhado pelas outras garantias processuais. Em sentido lato, pode ser expressa pela tese T72 ‘*nula poena, nullum crimem, nulla lex poenalis, nulla necessitas, nulla iniuria, nulla actio, nulla culpa sine iudicio*’; em sentido estrito pela tese T63 ‘*nullum iudicium sine accusatione, sine probatione et sine defensione*’. Com base no primeiro princípio o juízo é simplesmente uma exigência do conjunto das garantias penais ou substanciais; com base no segundo, por sua vez, é requerido o conjunto das garantias processuais ou instrumentais. A correlação biunívoca entre garantias penas e processuais é o reflexo do nexos específico entre lei e juízo em matéria penal. No plano lógico, antes de tudo, estrita submissão à jurisdição e estrita legalidade se pressupõe alternadamente, e valem conjuntamente para garantir – e não só para definir – o caráter cognitivo de um sistema penal: a jurisdição penal, de fato, se configura, bem mais que administração ou outras formas de jurisdição, como ‘aplicação’ ou ‘afirmação’ da lei. No plano teórico, além disso, a submissão

⁶⁶ FERRAJOLI, 2010, p. 495.

à jurisdição em sentido estrito supõe, necessariamente, como condições de prova, as garantias da materialidade, da ofensividade e da culpabilidade, enquanto a submissão à jurisdição em sentido lato é por elas pressuposta. Por fim, no plano teleológico, legalidade e submissão à jurisdição são complementares no que respeita à função utilitária da prevenção geral que é própria do direito penal. Precisamente, enquanto o princípio de legalidade assegura a prevenção de ofensas previstas como delitos, o princípio de submissão à jurisdição assegura a prevenção das vinganças e das penas privadas: a passagem da justiça privada, da vingança de sangue (faida) àquela pública do direito penal se verifica de fato exatamente quando a aplicação das penas e a investigação de seus pressupostos são subtraídas à parte ofendida e aos sujeitos a ela solidários e são confiadas com exclusividade a um órgão 'judiciário', ou seja, estranho às partes interessadas e investido da autoridade para decidir sobre as razões de oposição⁶⁷

Simplificando, as garantias penais e processuais penais só podem funcionar adequadamente em um processo penal adequado à funcionalidade delas – regido por princípios processuais penais equivalentes. Exatamente por isso que esse processo tramita pelo judiciário orientando a forma que o magistrado deve atuar e lidar com as partes. Nesse sentido é o que expõe Joaquim Gomes Canotilho:

Considera-se, hoje, que a constituição dos tribunais (Gerichtsverfassung) e o procedimento jurisdicional (processo judicial) estão, em larga medida constitucionalizados (Cappelletti, Schwab-Gottwald). Isso significa a compreensão constitucionalmente referenciada do direito processual e do direito organizatório dos tribunais. Os direitos fundamentais, por um lado, e a organização e o procedimento, por outro, desenvolvem uma eficácia recíproca: a organização e procedimento devem ser compreendidos à luz dos direitos fundamentais; estes, por sua vez, influenciam a organização e o procedimento.⁶⁸

Sucintamente é de forma análoga que expõe Tourinho Filho sobre o monopólio da justiça:

Era preciso, destarte, que a composição, a solução do litígio (e por solução se entende a aplicação da vontade concreta da lei, fazendo prevalecer o interesse tutelado pelo direito) se fizesse de maneira pacífica e justa. Era preciso, também, que tal função (a de solucionar o litígio) ficasse a cargo de um terceiro. Mas quem, no meio social, poderia desincumbir-se desse mister? Não bastava ser um terceiro, um árbitro enfim. Era preciso, antes de mais nada, que se tratasse de um terceiro forte demais, de modo a tomar sua decisão respeitada e obedecida por todos, principalmente pelos litigantes.

⁶⁷ FERRAJOLI, 2010, p. 485-496.

⁶⁸ CANOTILHO, 2003, p. 446.

Como se percebe, somente o Estado é que podia ser esse terceiro. Então o Estado chamou a si, avocou a tarefa de administrar justiça, isto é, a tarefa de aplicar o direito objetivo aos casos concretos, dando a cada um o que é seu⁶⁹.

O Estado, portanto, deverá atuar apenas para proteger os bens jurídicos que foram atribuídos como objeto de sua proteção e isso levando em consideração a titularidade exclusiva do Estado para a utilização da força. Nesse sentido é que é importante ressaltar que a pena só pode ser aplicada somente quando advir de um processo em que se respeite as garantias individuais do réu.

Dessa forma, a jurisdicionalidade só poderia mesmo ser uma decorrência da tutela privativa do Estado, uma tutela que só poderá ser exercida nos termos que falamos acima. Em apertado resumo, a jurisdicionalidade seria a ideia de que para que o Estado exerça a proteção que lhe foi atribuída (utilizando para tanto do poder que têm para esse fim), deve ele seguir todo um procedimento que permita ser previsível a sua atuação e seus limites, devendo respeitar uma série de regramentos existente que possibilitem a atuação da defesa e que, ao final, preste a referida proteção ao bem jurídico tutelado. Seria inviável que toda essa intenção se concretizasse sem a existência de uma jurisdição regrada e que limitasse a atuação do Estado, pelo menos em um Estado de Direito.

Por isso mesmo que a garantia de jurisdicionalidade deve ser compreendida em um contexto de garantias orgânicas da magistratura, garantias essas que possibilitem a existência de um magistrado minimamente imparcial. É impossível atingir essa imparcialidade mínima, por exemplo, quando esse magistrado sofra diversas coações de diversas pessoas. Por isso que a independência funcional ganha evidência nessa discussão. A independência é viabilizada por determinadas garantias, entre elas a do *juiz natural*. Sobre esse princípio (e prerrogativa funcional) discorre Aury Lopes Júnior acerca de seu significado:

[...] que a partir da consumação do crime há a necessidade de se ter definida, previamente, a autoridade judiciária competente para o processamento e julgamento do futuro acusado. Eis aí a extensão do princípio do juiz natural decorrente do texto constitucional. A autoridade competente jamais poderá ser conhecida ou mesmo determinada posteriormente ao cometimento do fato criminoso. A garantia exige a antecedência ou predefinição da autoridade encarregada do processamento e do julgamento.⁷⁰

Assegurando também que:

⁶⁹ TOURINHO FILHO, 2012, p. 23.

⁷⁰ LOPES JUNIOR. *Investigação preliminar no Processo Penal*, 2014, p. 58.

O princípio do juiz natural manifesta-se também, além das instituições das garantias orgânicas da magistratura, verdadeira condição para se evitar constrangimentos ou pressões externas aos julgados(...) não se pode esquecer que a garantia da imparcialidade deve se fazer presente, sob pena de violação de direitos fundamentais⁷¹

Por sua vez, Tourinho Filho⁷² põe em evidência o princípio do *juiz natural* como garantia ao acusado de eventuais desmandos por parte daqueles que detenham o poder, já que a vigência do juiz natural afasta a constituição de cortes e tribunais após a prática do delito (tribunais de exceção).

Pertinente também o ensinamento de Guilherme de Souza Nucci:

É certo que o princípio do juiz natural tem por finalidade, em último grau, assegurar a atuação de um juiz imparcial na relação processual. Entretanto, por mais cautela que se tenha na elaboração das leis, é possível que um determinado caso chegue às mãos de magistrado parcial. Essa falta de isenção pode decorrer de fatores variados: corrupção, amizade íntima ou inimizada capital com algumas das partes, ligação com o objeto do processo, conhecimento pessoal sobre o fato a ser julgado etc.

Nota-se, portanto, que não basta ao processo penal o juiz natural. Demanda-se igualmente o juiz imparcial, motivo pelo qual o Código de Processo Penal coloca à disposição do interessado as exceções de suspeição e de impedimento, para buscar o afastamento do magistrado não isento⁷³.

Enfim, resta evidente a importância do princípio do juiz natural para levar a cabo toda a ideia de jurisdicionalidade até então explicada, que por sua vez assegura a proteção do bem jurídico nos limites democráticos de atuação do Estado.

3.3.2 Contraditório e ampla defesa: a pertinência de Calamandrei e Goldschmidt

Pensar em sistema acusatório sem pensar na importância do contraditório e ampla defesa equivale a proceder uma análise desde o início defasada. Eis porque o contraditório e a ampla defesa ganham contornos de importância ímpar: qualquer violação desses princípios passa a significar o prejuízo de chance de prova por alguma parte. Quanto mais competitiva forem a defesa e a acusação, mais ricos serão os argumentos e, portanto, a qualidade da sentença.

James Goldschmidt sustenta que o processo é uma reunião de situações processuais em que as partes construam argumento para fazer pender análise para a tese que lhes

⁷¹ LOPES JUNIOR. *Investigação preliminar no Processo Penal*, 2014, p. 58.

⁷² TOURINHO FILHO, 2012, p. 65.

⁷³ NUCCI, 2014, p. 38-39.

beneficiária. Não existiria para o autor uma relação de direitos e obrigações entre as partes, que em verdade competiriam entre si. O processo seria dinâmico e não estático, não existiria a certeza própria do direito material. Assim, afirmava James Goldschmidt que:

[...] quando a guerra estoura, tudo se encontra na ponta da espada; os direitos mais intangíveis se convertem em expectativas, possibilidade, possibilidades e obrigações, e todo direito pode se aniquilar como consequência de não ter aproveitado uma ocasião ou descuidado de uma obrigação; como, pelo contrário, a guerra pode proporcionar ao vencedor o desfrute de um direito que não lhe corresponde⁷⁴

A perspectiva de guerra feita pelo supracitado autor explica é bastante realista em relação e a partir dela todos os atos processuais passam a ser encarados como uma oportunidade de vencer um ponto na discussão processual, como batalhas de uma guerra. Cada etapa do processo possibilitaria que as partes livrem-se de suas *cargas probatórias* e persigam o caminho favorável ao próprio pleito. Quando essas chances não são aproveitadas não existe a liberação dessa carga probatória e perde-se a disputa de convencimento do juiz. Sobre a questão, Goldschmidt afirmou que:

Se entende por direitos processuais as expectativas, possibilidades e liberação da carga processual. Existem paralelamente aos direitos materiais, os direitos facultativos, potestativos e permissivos (...). As chamadas expectativas são a esperança de obter futuras vantagens processuais, sem necessidade de ato próprio algum, que se apresentam raramente no desenvolvimento normal do processo; podem servir de exemplo delas o réu que se descarte a demanda de que padeça de vícios processuais ou não esteja devidamente fundamentada⁷⁵

Por isso que todo ato processual é visto como uma chance, uma oportunidade de ganhar evidência de sua tese ante um juiz que só observa o conflito processual estabelecido. Deste ponto de vista a produção probatória, a refutação, a simples juntada de um documento são exemplos de atos como chances processuais.

Essas cargas probatórias ao serem liberadas são interpretadas como forma de ganhar espaço no horizonte hermenêutico daqueles que julgam, além, é claro, de evitarem prejuízos

⁷⁴Para melhor compreender o tema, sugerimos a consulta das seguintes obras de James Goldschmidt: *Derecho Procesal Civil, Principios Generales del Proceso, Derecho Judicial Material, Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal* e a recente tradução brasileira *Princípios Gerais do Processo Civil*. Sugerimos também a leitura das últimas obras de Piero Calamandrei, que acabou por reconhecer a razão de James Goldschmidt, após longos anos de resistência.

⁷⁵se entende por derechos procesales las expectativas, posibilidades y liberaciones de una carga procesal. Existen paralelamente a los derechos materiales, es decir, a los derechos facultativos, potestativos y permissivos(...). Las llamadas expectativas son esperanzas de obtener futuras ventajas procesales, sin necesidad de acto alguno próprio, y se presentan rara vez em el desenvolvimento normal del processo; pueden servir de ejemplo de ellas la del demandado de que se desestime la demanda que padeza de defectos procesales o no esté debidamente fundada. In: GOLDSCHIMIDT, J. *Derecho Procesal Civil*. Barcelona: Labor, 1936, p. 194 e ss.

como adoção de medidas cautelares pedidas para outras partes. Em resumo, carga processual é a necessidade das partes provarem as afirmações que fazem. Vale lembrar que no processo penal a carga da prova é atribuída com exclusividade ao Ministério Público, para a defesa apenas existe chance de prova e não carga da prova.

No que tange o processo penal como ônus de provar a existência do crime e a culpabilidade do acusado, essa lógica é adaptada para a ideia de que ao deixar de produzir prova a defesa acaba apenas por perder a chance de desmoralizar de outra forma a acusação formulada pelo Ministério Público. Assim, sempre existe algo que o Ministério Público pode provar que prejudique o réu e a contraprova desempenha um papel retórico valioso para conquistar o convencimento do magistrado, que, lembrando, basta que esteja em dúvida para prestigiar a tese defensiva. Eis, portanto, que o despertar da dúvida já bastaria para a defesa.

Diante de tudo que se afirmou cremos que está bastante clara a razão pela qual se encara o processo como um “jogo”. Decorre dessa lógica a fatalidade da conclusão extraída por James Goldschmidt de que a incerteza é consubstancial às relações processuais, posto que a sentença judicial nunca se pode prever com segurança.⁷⁶

Eis aí a razão pela qual Piero Calamandrei passou a encarar o processo como jogo. Assim, sustenta o autor que as partes precisam conhecer as regras do jogo e saberem utilizar-se dela com a estratégia mais apta. Para o autor, é necessário *experimentalmente como se entendem e como as respeitam os homens que devem observá-las, contra que resistências correm risco de se enfrentar, e com que reações ou com que tentativas de ilusão têm que contar*⁷⁷. Para Piero Calamandrei⁷⁸ a vitória em um processo dependeria da competência e habilidade na exposição do ponto pelo qual se advoga, fazer com que se faça entendido e que ganhe capacidade de persuadir o magistrado. Nas palavras do autor:

O êxito depende, por conseguinte, da interferência destas psicologias individuais e da força de convicção com que as razões feitas pelo demandante consigam fazer suscitar ressonâncias e simpatias na consciência do julgador.⁷⁹

Certamente que essa visão põe em destaque a possibilidade de que nem sempre triunfará aquele que tem o melhor direito, dizendo de forma clássica, no entanto o realismo não tem qualquer relação com ser bonito. Assim, sempre existirá o risco de que quem possua

⁷⁶ Princípios Gerais do Processo Civil, p. 50

⁷⁷ *Rivista di Diritto Processuale*, v. 1 – parte I, Padova, 1951, p.221.

⁷⁸ CALAMANDREI, P. *Direito Processual Civil, volume 3*. Campinas: Bookseller, 1993, p. 223.

⁷⁹ *Idem*.

o melhor direito venha a ser derrotado ante aquele que é processualmente melhor representado.⁸⁰

Se as coisas são assim, e são, evidente que portanto qualquer atuação indevida de um magistrado oficioso coloca em vantagem uma parte e desprestigia a outra, comprometendo toda a lógica que foi por nós explicada até agora. Outra conclusão: quando mais possibilitadas forem a atuação das partes dentro dos limites legais estabelecidos, melhores serão as conclusões decorrentes desse contexto e, conseqüentemente, a atuação das partes! Qualquer restrição indevida pelo juiz e qualquer atuação oficiosa sua acaba por comprometer a qualidade do processo como um todo!

Assumir esse caráter de incerteza nada mais é que reconhecer o que existe e o que sempre existiu. Ser realista em relação a essas questões apenas nos permite reduzir os danos que sempre existiram e evitar que sejamos constantemente surpreendidos por coisas que não queríamos reconhecer, mas que existem. A negação da realidade não faz com que ela cesse sua existência, apenas torna ela oculta e por isso mesmo mais perigosa.

Sobre essa postura realista que o jurista deve ter, sempre de bom tom lembrar a lição de Eugenio Raul Zaffaroni:

Essa teoria apresenta-se como antítese do neokantianismo que só torna racionalmente acessível o mundo através do valor: diante da função criativa assumida pelo valor nessas versões neokantianas, a teoria das estruturas lógico-reais afirma que o direito, quando se refere a qualquer ente, deve reconhecer que este está inserido numa certa ordem, que o mundo não é um ‘caos’ e que o conhecimento jurídico, como todo conhecimento, não altera o objeto de conhecimento. Se o direito quer atuar sobre um âmbito da realidade, deve reconhecer e respeitar a estrutura ôntica desse âmbito e não inventar esta estrutura porque, neste caso, regulará outra coisa e obterá outro resultado.

Quando o legislador desconhece as estruturas lógico-reais, não deixa, necessariamente, de produzir direito, mas limita-se a arcar com as conseqüências políticas de seu erro: se o legislador – ou o jurista idealista – pretende definir as vacas ‘no sentido jurídico’ como uma espécie de cachorro-grande, negro, com dentes enormes e que uiva nas estepes-, pode, obviamente, fazê-lo; apenas, deverá arcar com as conseqüências quando pretender ordenhar um lobo.⁸¹

Assumir a existência do risco do processo é vital para pensar em um sistema de garantias processuais eficientes. Inclusive a própria perspectiva de como essas garantias devem ser encaradas ganha outro tom: quando sabemos que estamos diante de uma situação

⁸⁰ CALAMANDREI, *Direito Processual Civil*, 1993, p. 224.

⁸¹ ZAFFARONI, E. R. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Predrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, 5ª ed., janeiro de 2001, 1ª reimpressão, outubro de 2010, 2ª reimpressão, setembro de 2012, p. 190.

de risco, toda cautela tende a se elevar e o rigor também. Reduzir a atuação das partes além daquilo que é permitido por lei é certamente um prejuízo que passa a ser encarado como insustentável, eis que isso interfere no próprio convencimento final do juízo e, por isso, sempre alguém será beneficiado de forma “injusta”.

3.3.3 Fundamentação das decisões judiciais

O momento crucial para onde nos guia toda a construção feita até agora é a sentença, no entanto, a lógica da fundamentação também se aplica a qualquer manifestação judicial que, lembrando, é uma chance de prova.

No processo penal pode-se vislumbrar três sistemas de valoração da prova.⁸² O primeiro deles é conhecido como o da íntima convicção ou certeza moral. Basicamente esse sistema possibilita que o magistrado empregue o valor que entenda correto a qualquer elemento probatório, sem que seja necessária a fundamentação. Esse sistema persiste no rito do Tribunal do Júri.

Em segundo lugar temos o sistema denominado como *provas tarifadas*. Neste sistema existia toda uma complexa e elaborada hierarquia entre as provas de um processo e a confissão tinha uma posição de prestígio inestimável, uma verdadeira inigualável “Rainha” de todas as provas existentes no processo em questão. Neste temerário modelo admitiam-se verdadeiras execráveis junções entre provas ditas como parciais (meias-provas), sistemática que permitia a conclusão absurda de que duas provas parciais poderiam resultar em uma prova absoluta, o que como já dito é totalmente incompatível com uma lógica democrática minimamente razoável e coerente com os ditames elementares que fundamentam aquilo que hoje chamamos de Devido Processo Penal Constitucional.

Já o terceiro e último, porém menos não menos importante, é o sistema aqui chamado pela melhor doutrina de “livre convencimento motivado”, que será doravante por nós examinado de forma mais detida. Atualmente trabalha-se com a ideia de livre convencimento fundamentado.

Para esta anunciada lógica, bastaria ao magistrado embasar seu decreto condenatório nos elementos de prova produzidos no curso da instrução processual penal, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, podendo, ainda, contar com elementos informativos do

⁸² Sobre o assunto, recomenda-se a leitura da obra “Vigiar e Punir” de autoria de Michel Foucault.

Inquérito Policial. No entanto, de bom tom esclarecer que a fundamentação não pode ser realizada apenas e tão somente com base no Inquérito Policial, eis que naquele procedimento não existiria para parcela hegemônica da doutrina e da jurisprudência a possibilidade de exercício do contraditório e da ampla defesa (última parte do artigo 155 do Código de Processo Penal).

Vale dizer, ainda, que a fundamentação das decisões judiciais impõe ao magistrado que toda a sua fundamentação esteja consubstanciada com aquilo que existe nos autos do processo, não podendo se utilizar de nenhuma informação obtida fora dele. Ou seja, só aquilo que consta dos autos poderá ser utilizado para a formação da convicção do juízo. É nesse sentido o ensinamento de Tourinho Filho:

Esse princípio, consagrado no art. 155 do CPP, impede que o juiz possa julgar com o conhecimento que eventualmente tenha extra-autos. *Quod non est in actis non est in hoc mundo*. O que não está no processo é como se não existisse. E, nesse caso, o processo é o mundo para o Juiz. Trata-se de excelente garantia para impedir julgamento parciais.⁸³

Posteriormente, ainda, infere que:

O Juiz, em face das provas existentes nos autos, tem inteira liberdade na sua apreciação. Pode desprezar o depoimento de quatro testemunhas, por exemplo, e respaldar sua decisão num único depoimento. Este é o princípio do livre convencimento. Confere-se ao Juiz inteira liberdade na apreciação das provas, conquanto fundamente sua decisão. Ele só pode proferir uma decisão com fundamento em prova colhida sob o crivo do contraditório(...).⁸⁴

Complementarmente Aury Lopes Júnior pontua, sobre as decisões judiciais, que elas servem:

Para o controle da contradição e de que existe prova suficiente para derrubar a presunção de inocência (norma probatória), também é fundamental que as decisões judiciais (sentenças e decisões interlocutórias) estejam suficientemente motivadas. Só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder. O processo está destinado a comprovar se determinado ato humano realmente ocorreu na realidade empírica. Com isso, o *saber* – enquanto obtenção de conhecimento – sobre o fato é o fim a que se destina o processo que deverá ser um instrumento eficaz para sua obtenção.⁸⁵

⁸³ TOURINHO FILHO, 2012, p. 67.

⁸⁴ Idem.

⁸⁵ LOPES JUNIOR. *Investigação preliminar no Processo Penal*, 2014, p. 66.

Justamente por essa razão, que a ideia de fundamentação das decisões judiciais é um princípio de importância ímpar, eis que é uma imposição ao magistrado para que demonstre como e em que termos formou sua convicção e em quais elementos de prova obteve a sua certeza.

Conforme dito anteriormente, essa regra faz com que, em tese, o magistrado não se utilize apenas de elementos constantes do Inquérito Policial e possibilite o exercício da defesa, que poderá recorrer dessa decisão e de toda sua fundamentação. É por permitir um controle de racionalidade do *decisium* que é possível, também, evitar o abuso de poder por parte do magistrado. Esse princípio se presta, também, para a legitimação da derrubada da presunção de inocência e aplicação da pena (quando não houve recurso), eis que declara que apenas com provas e racionalidade razoável aplicou-se a pena e não existiram abusos. Sob esse ponto é o magistério de Luigi Ferrajoli:

Ele exprime e ao mesmo tempo garante a natureza cognitiva em vez da natureza potestativa do juízo, vinculando-o, em direito, à *estrita legalidade*, e, de fato, à prova das hipóteses acusatórias. É por força da motivação que as judiciais resultam apoiadas, e, portanto, legitimadas, por asserções, enquanto tais verificáveis e falsificáveis ainda que de forma aproximada; que a 'validade' das sentenças resulta condicionada à 'verdade', ainda que relativa, de seus argumentos; que, por fim, o poder jurisdicional não é o 'poder desumano' puramente potestativo da *justiça de cádi*, mas é fundado no 'saber', ainda que só opinativo e provável, mas exatamente por isso refutável e controlável tanto pelo imputado e sua defesa como pela sociedade. Precisamente, a motivação permite que a fundação e o controle das decisões sejam *de direito*, por violação de lei ou de interpretação ou subsunção, seja *de fato*, por defeito ou insuficiência de provas ou por sua explicação inadequada do nexo entre convencimento e provas.⁸⁶

De se colacionarem, também, as perspectivas de Eugênio Pacelli e Douglas Fischer:

Sem a motivação quanto ao convencimento judicial, como exercer o direito ao recurso, por exemplo? Como discordar de uma decisão que não demonstra o caminho intelectual e jurídico escolhido?⁸⁷

Por todo o exposto é que se formulam as seguintes premissas a partir do princípio do livre convencimento motivado:

1. O juiz tem a possibilidade de fundamentar sua decisão com base em qualquer elemento de prova, desde que seja respeitada a disposição da parte final do artigo

⁸⁶ FERRAJOLI, 2010, p. 574-575.

⁸⁷ PACELLI, E.; FISCHER, D. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.306.

155 do Código de Processo Penal (não é possível fundamentar a condenação com base apenas em elementos produzidos no Inquérito);

2. Vincula-se a decisão do magistrado somente aos elementos constantes dos autos;

3. A fundamentação da decisão possibilita um rígido controle da racionalidade do *decisium*, tornando a sentença uma manifestação de saber jurídico e afastando o potencial abuso de poder, eis que poderá ser atacada e contraditada pelas partes por meio do recurso pertinente.

4 A NOÇÃO DE EFICIÊNCIA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

4.1 Contextualizando o debate

De uma maneira geral, a questão da eficiência permeia toda a discussão a respeito do sentido, necessidade e presteza do direito penal e processual penal. Isso porque o sistema penal como um todo nada mais é do que uma instituição construída para regular, de maneira coercitiva, o funcionamento da sociedade, isto é, é uma instituição com uma finalidade bastante clara e, portanto, uma instituição cujo valor depende da utilização dos melhores meios para que se atinja essa finalidade, ou seja, depende de sua eficiência.

Como mecanismo que é, o sistema penal bom é aquele que cumpre com sua finalidade, que possui eficiência, entendido esse termo no seu sentido dicionarizado, como ação, força ou capacidade de produzir bem o efeito desejado ou realizar bem tarefas; qualidade ou capacidade (de alguém, um dispositivo, um método etc.) de ter um bom rendimento em tarefas ou trabalhos com um mínimo de dispêndio (de tempo, recursos, energia etc.).

Todo mecanismo ineficiente, seja um mecanismo de natureza social ou não, é um mal mecanismo, de forma que, em síntese, avaliar o direito penal ou cada um dos diversos sistemas penais visualizados individualmente passa pela aferição de sua eficiência.

Avaliar a eficiência de um mecanismo passa, basicamente, pela compreensão dos dois termos do problema: (i) as finalidades do mecanismo; e (ii) os meios por ele utilizados para atingi-las. No caso do sistema penal isso não é diferente.

Historicamente, o sistema penal se impôs como mecanismo de regulação da sociedade para obtenção da paz social. Ainda que seja discutível se é correto reduzir o sentido histórico da formação da máquina penal a essas "boas intenções" sem levar em conta os aspectos que o caracterizam como instrumento de dominação, como considerado em trabalhos como o de Michel Foucault e da criminologia crítica de estirpe marxista, fato é que, apesar de tudo, podemos avaliar a qualidade, e portanto utilidade, do sistema penal em razão de sua capacidade de nos aproximar dessa paz social.

Os meios utilizados pela máquina penal para atingir essa paz social são conhecidos e se resumem basicamente a utilização do poder coercitivo monopolizado pelo Estado para garantir o cumprimento da lei através da prevenção geral e especial, além da suposta

ressocialização. Na prática, esses meios se constituíram através de penas pecuniárias, encarceramento, suplícios e pena de morte.

Nesse referencial, a eficiência dos sistemas penal e processual penal, portanto, pode ser definida pela adequação entre a maior capacidade de atingir sua finalidade (paz social) a partir da utilização dos meios menos gravosos. E em uma sociedade minimamente igualitária, esses meios menos gravosos se caracterizam por um maior respeito à integridade física, dignidade e direitos individuais dos cidadãos, inclusive daqueles que eventualmente tenham cometido desvios, como constatado ainda no século XVIII pelo fundador do direito penal clássico, Cesare Beccaria.

Com efeito, o trabalho de Cesare Beccaria se caracteriza justamente por uma análise de matriz utilitarista da eficiência do sistema penal, isto é, pela análise da capacidade dos meios oferecidos pelo processo penal de sua época de efetivamente promover a paz social, em um cálculo da equação custos *vs.* benefícios dos mecanismos utilizados pelo estado.

Da época do Marquês de Beccaria até hoje, a noção de eficiência é central para a avaliação do sistema penal e dos diversos paradigmas processuais penais analisados individualmente. Partindo da análise desse caráter bifronte de apreciação - atendimento a sua finalidade (paz social) e adequação de seus meios (respeito à dignidade humana e aos direitos individuais) - até os dias de hoje a noção de eficiência tem se mostrado absolutamente central para o balanço crítico do instrumento jurídico-penal, em especial no que diz respeito a suas formas de aplicação, ou seja, o processo.

4.2 Sistema penal, eficiência e utilidade: Beccaria e Bentham na origem do direito penal clássico

Como hoje em dia já é notório, os debates que deram início aquilo que hoje chamamos de direito penal clássico começaram ainda no século XVIII, em especial no trabalho do italiano Cesare Beccaria e em sua obra *Dos delitos e das penas*.

Em meados do século XVIII, o direito penal então vigente na Europa ocidental era marcado pela aplicação de procedimentos sumários, penas de extrema crueldade, castigos corporais e pena de morte. Mais que isso, o sistema penal da época nada mais era que um instrumento para assegurar o controle social por parte dos poderosos, e os juízes, membros da elite dominante, decidiam os casos conforme seu mais livre arbítrio.

Em resposta a essa situação autores partidários do movimento humanista e racionalista típico dos ideais iluministas se destacaram pela defesa de ideias de igualdade e justiça, autores dentre os quais, na esfera da discussão do processo penal, se destacou o trabalho de Cesare Beccaria.

Em Cesare Beccaria, a pena já não pode ser justificada como vingança, mas apenas pela sua utilidade social, isto é, pela sua capacidade de prevenir a ocorrência de novos delitos. Em seus *Dos delitos e das penas*,

Todo ato de autoridade exercido sobre um homem é tirânico se não estiver baseado na necessidade e, por conseguinte, todo castigo que não serve para manter o contrato social unido é injusto. Não há fundamento místico ou moral para a pena e a justiça, mas será justo aquele que for socialmente útil.⁸⁸

O pensamento clássico do direito penal em Cesare Beccaria, portanto, surge da confluência de duas tradições filosóficas do pensamento político europeu, o contratualismo e o utilitarismo. Em complemento à tradição contratualista amplamente dominante à época, tradição que remonta ao trabalho de autores como Thomas Hobbes e John Locke, Cesare Beccaria adiciona o viés utilitário retirado do pensamento de Claude Adrien Helvétius, a partir do que desenvolveu sua teoria que advoga a racionalização do processo penal e das penas, fundada no valor maior da eficiência social.

No ensinamento de Gabriel Ignacio Anitua

Pode-se então incluir o próprio Beccaria no rol daqueles que justificavam a pena de acordo com sua utilidade, que será a teoria defendida pelos pragmatistas e utilitaristas em franca polêmica desde então com a denominada "escola clássica" que considerará a pena como um absoluto, como uma consequência do que o merecedor dessa pena fez previamente, mas além do futuro castigo.⁸⁹

Assim, se é certo dizer que Cesar Beccaria introduziu a análise consequencialista ou utilitária do sistema penal, conformando aquilo que passamos a chamar de direito penal clássico, da mesma forma é fundamental salientar o pensamento do filósofo inglês Jeremy Bentham, aquele que aprofundou as reflexões de natureza consequencialista e formulou aquilo que seria conhecido como a filosofia utilitarista propriamente dita, fundada na noção de que a ação mais correta é aquela que produz a maior quantidade de felicidade ou bem-estar para o maior número de pessoas.

⁸⁸ ANITUA, 2008. p. 162.

⁸⁹ Ibidem, p. 191.

Tanto Jeremy Bentham como anteriormente Cesare Beccaria instituem uma reflexão sobre o sistema penal que se funda em ideias como *eficiência e utilidade*, estabelecendo um cisma na teoria do direito - e, principalmente, na teoria da pena -, separando esses autores de caráter mais pragmático ou utilitário daqueles que, em geral provenientes da tradição alemã e inscritos no pensamento contratualista, procuraram justificar a pena a partir de justificativas éticas absolutizantes ou fundados em princípios da liberdade e responsabilidade humanas.

Em Jeremy Bentham, a pena deve ser a necessária e mínima com respeito às finalidades de prevenção de novos delitos, visando, como máxima utilitarista fundamental, a busca da maior felicidade possível ao maior número de pessoas.

O utilitarismo benthaniano funda-se em dois elementos básicos a respeito dos valores e intenções humanas: a felicidade e a dor. Nesse sentido, felicidade se identificaria com o prazer, a alegria de viver, e, na esfera pública, a soma desses prazeres ou felicidades individuais. Dor é o desprazer, a situação ou sensação que o homem e todo animal procuram evitar. Nessa relação entre dor e prazer, o homem seria o ser racional cuja finalidade existencial seria maximizar este e diminuir aquela; o homem de Jeremy Bentham é aquele indivíduo racional que calcula as vantagens e desvantagens (custos e benefícios) de determinadas ações, e é precisamente esse cálculo racional eudemonista que fundamenta as "funções da pena" em registro benthaniano.

Em que pesem características e detalhes mais peculiares da obra de Jeremy Bentham, o que interessa aos nossos propósitos é apenas e tão somente que se atente para o fato que tanto ele quanto Cesare Beccaria adotaram como metodologia para avaliação e balanço histórico para fundamentação e justificativa do sistema penal a perspectiva da eficiência, isto é, tomaram o direito penal como um mecanismo de controle social que não se volta para o passado (a justiça ou não do delito cometido), mas apenas para o futuro, para sua capacidade de evitar novos delitos de maneira eficiente

O negócio passado não é mais problema, mas o futuro é infinito: o delito passado não afeta mais que a um indivíduo, mas os delitos futuros podem afetar a todos. Em muitos casos é impossível remediar o mal cometido, mas sempre se pode tirar a vontade de fazer mal, porque por maior que seja o proveito de um delito sempre pode ser maior o mal da pena⁹⁰

Como se vê na passagem acima, o foco de Jeremy Bentham era a avaliação do efeito preventivo geral do sistema penal, que se mostrava bom e justificado na exata medida em que

⁹⁰ *apud* BITENCOURT, C. R. *Tratado de direito penal*: parte geral 1. 21ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2015.

esse efeito era eficiente para prevenir novos crimes, a partir de um cálculo racional de custo e benefícios.

Com isso, o que se verifica é que Cesare Beccaria e Jeremy Bentham se encontram na gênese do pensamento jurídico-penal de natureza consequencialista, que, passando por autores como Feuerbach no século XIX, chegou até os dias de hoje em correntes como o funcionalismo penal de Günther Jakobs e, principalmente, a análise econômica do direito, cujo expoente maior é o americano Richard Posner.

O fio condutor que conecta o pensamento utilitarista de Bentham e Cesare Beccaria ao utilitarismo eficientista do cálculo econômico do direito é evidenciado pela citação retirada do trabalho do economista e sociólogo americano Gary Becker, que expressamente reconhece a tradição da qual é devedor a análise econômica do direito:

Permita que o leitor resista à aparente novidade de um enquadramento "econômico" para o comportamento ilegal, deixe que ele se lembre de que dois autores de importantes contribuições para a criminologia nos séculos XVIII e XIX, Beccaria e Bentham, aplicaram explicitamente um cálculo econômico. Infelizmente, tal abordagem perdeu o apoio no último século e meus esforços podem ser vistos como uma ressurreição, modernização, e assim, espero, um aperfeiçoamento desses estudos pioneiros⁹¹. (tradução livre).

Hoje em dia, é exatamente o campo da análise econômica do direito (*Law and Economics*) que erige a ideia de *eficiência* como categoria elementar de seus estudos sobre o valor e presteza do sistema jurídico, em especial do direito penal.

Herdeiros da tradição que remonta a Cesare Beccaria e Jeremy Bentham, os autores do *Law and Economics* são aqueles que colocam de maneira mais decisiva a ideia de eficiência (utilidade ou custo/benefício) no centro de suas análises sobre o sistema jurídico-penal e, assim, parecem sugerir um caminho dos mais importantes para que sejamos capaz de entender o que exatamente significa a ideia de *eficiência* no processo penal contemporâneo.

⁹¹ "Lest the reader be repelled by the apparent novelty of an 'economic' framework for illegal behavior, let him recall that two important contributors to criminology during the eighteenth and nineteenth centuries, Beccaria and Bentham, explicitly applied an economic calculus. Unfortunately, such an approach has lost favor during the last hundred years, and my efforts can be viewed as a resurrection, modernization, and thereby I hope improvement, of these much earlier pioneering studies" apud SÁNCHEZ, J.-M. S. *Eficiência e direito penal*. Barueri: Manole, 2004, p. 3-4.

4.3 Cálculo de eficiência e a análise econômica do direito

O movimento que ficou conhecido como Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*) surgiu na década de 1940 na Universidade de Chicago, Estados Unidos, sob orientação do economista Aaron Director, que, em um primeiro momento, desenvolveu artigos e grupos de pesquisa para a aplicação de conceitos e argumentos econômicos para casos jurídicos em campos do direito mais próximos da economia, como o Direito Antitruste e o Direito Comercial.

Em um segundo momento, na década de 1960, teve início a segunda fase da escola da análise econômica do direito em Chicago, responsável por ampliar o objeto dos estudos ali desenvolvidos, que passaram a aplicar categorias e conceitos econômicos também no campo do direito contratual, responsabilidade civil e, com maior destaque, penal e processual penal.

Nessa segunda fase destacam-se os trabalhos daqueles que se tornaram as "caras" da análise econômica do direito, o economista Gary Becker e o juiz federal Richard Posner.

O trabalho de Posner publicado em 1973, *Economic Analysis of Law*, ficou marcado como o principal texto de introdução, apresentação e difusão da análise econômica do direito e serviu como manual para divulgação dos principais conceitos e construções teóricas dessa linha de pensamento jurídico-econômica.

Nessa obra, Posner lança mão de categorias econômicas para elaborar uma teoria descritiva dos institutos jurídicos, considerados como resultados da busca de maximização de felicidade pelos indivíduos e, nesse sentido, devendo ser analisados justamente a partir de sua eficiência para obter a maximização da felicidade para o maior número de pessoas, muitas vezes identificada com a maximização da produção de riquezas.

Nesse ponto, portanto, fica evidente a posição de Posner - e com ele de todo o movimento da análise econômica do direito - como legatários da tradição iniciada por Cesare Beccaria e Jeremy Bentham, este último em relação ao qual Posner presta homenagem declarada, ao afirmar que um lapso de duzentos anos separa Jeremy Bentham e Gary Becker, como estudiosos da relação entre crime e punição a partir de uma teorização substancialmente econômica⁹².

De uma maneira geral, a análise econômica do direito revela-se em aspectos descritivos e normativos: por um lado descritiva, ao se ocupar de descrever e tentar prever o comportamento dos agentes do sistema jurídicos (em especial dos juízes), bem como

⁹² POSNER, R. A. *Frontiers of Legal Theory*. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 34.

descrever aspectos institucionais dos procedimentos normativos na prática cotidiana; e por outro normativa, como revisão crítica desses procedimentos e do tipo de operador do direito por eles criado, crítica que, nesse registro, se funda na noção de eficiência.

De acordo com Spector, sintetizando as linhas gerais do movimento aqui avaliado,

[...] a análise econômica do direito: (i) proporciona um modelo analítico unificado para explicar uma formação basta de normas jurídicas que parecem não ter conexão entre si; (ii) é premissa fundamental do modelo: que os indivíduos são agentes racionais que escolhem suas ações para maximizar suas utilidades individuais com base numa ordem coerente de preferências transitivas; e (iii) o modelo também assume que existe uma noção básica de eficiência consistente e inteligível que pode servir de base para avaliar as instituições jurídicas.⁹³

Assim, as linhas gerais da análise econômica do direito podem ser sintetizadas nesses três pontos, a saber, o oferecimento de um modelo teórico para a explicação do direito em sua totalidade, o pressuposto do ser humano como agente racional que toma suas decisões baseado em um cálculo de custo e benefício (premissa comum ao utilitarismo benthaniano) e, por fim, a aposta na construção conceitual de um critério inteligível permita avaliar as instituições jurídicas como boas ou ruins (a eficiência).

Ao trazer a cena a ideia de eficiência como categoria fundamental da análise do direito, em um mesmo movimento, a análise econômica do direito oferece um critério técnico, matemático e objetivo para a avaliação dessa eficiência, o cálculo econômico de custos e benefícios. É a disposição desse instrumental que faz a *Law Economics* tão interessante para a compreensão da eficiência no direito e, mais especificamente, no direito penal.

4.4 O delito e seu enfrentamento na perspectiva da análise econômica do direito

Como visto, a análise econômica do direito permite a realização de uma análise de natureza consequencialista do sistema penal para medir a eficiência do sistema, baseado na aferição dos dados objetivos de benefício atingido (pacificação social) e custos despendidos (econômicos ou sociais).

De pronto, fica claro uma certa incompatibilidade, ao menos em primeira vista, entre o cálculo de eficiência e a própria natureza do problema criminal, cujas variáveis não comportam uma conversão direta para valores econômicos objetivos. Isso porque, de fato e

⁹³ ALVAREZ, A. B. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. In: *Revista Direito, Estado e Sociedade*. Vol. 9, n. 29, p. 49 a 68 - jul/dez 2006, p. 54.

conforme explicado acima, a análise econômica do direito surgiu tendo como escopo o estudo de campos jurídicos mais afinados com a dinâmica estritamente econômica, como Direito Financeiro e o Direito Comercial. Somente na segunda fase do movimento, com o trabalho de Richard Posner e Frank Easterbrook nos anos 1960, é que os autores ligados à análise econômica passaram a estender suas análises também para o universo do sistema penal.

A partir daí, com os desenvolvimentos no sentido de aproximar a análise econômica do direito do sistema penal, as construções teóricas foram amadurecendo no sentido de adaptar a linguagem econômica a realidade do enfrentamento do fenômeno criminal. Nesse movimento, dentro do novo campo conceitual elaborado, surgiu a proposta de, a partir daí, tratar o fenômeno do delito a partir desse vocabulário da eficiência (custo/benefício), conceituando o ato delituoso como uma ato ineficiente.

Assim, passou-se a qualificar o delito como "conduta ineficiente caracterizada pela transferência puramente coativa de riqueza, realizada à margem do mercado, o que constitui o meio mais eficiente de consignação de recursos"⁹⁴.

A caracterização da conduta delituosa como conduta ineficiente, permitiu aos analistas do *Law and Economics* equacionar a questão criminal dentro do registro economicista próprio dessa escola de pensamento. Assim, mais do que atentatório contra valores absolutos ou ato imoral, o crime passa a ser entendido como uma ocorrência social ineficiente, no sentido de que sua existência é um empecilho para a evolução da riqueza e da prosperidade de uma determinada sociedade.

Mais do que colocar a ineficiência como subproduto da atividade criminosa, porém, a análise econômica do direito também se propõe a compreender a causa da conduta criminosa a partir de um cálculo de eficiência do tipo custo/benefício.

Com efeito, os partidários da *Law and Economics* sustentam que aqueles que cometem delitos são sujeitos racionais que, em sua atividade, obedecem a considerações de eficiência, isto é, calculam os custos e benefícios que determinada ação em particular lhes proporciona. Assim, em consonância com a análise econômica, faz parte da ciência do direito a tarefa de "explorar as implicações de assumir que o homem é um maximizador racional de seus objetivos da vida, suas satisfações, o que devemos chamar de seus 'interesses próprios'"⁹⁵.

Essa premissa metodológica de analisar as pessoas, e em especial o agente criminoso, como sujeito guiado pelo cálculo de custos e benefícios é aquilo que, na criminologia, ficou conhecida como hipótese ou teoria do homem racional, ideia já compartilhada pela doutrina

⁹⁴ SÁNCHEZ, 2004, p. 9-10.

⁹⁵ POSNER, R. A. *Economic Analysis of Law*. 7. ed. New York: Aspen Publishers, 2007, p. 3.

utilitarista de Jeremy Bentham, e implica, por consequência, que o incremento na ocorrência de determinada conduta social é produto do aumento dos benefícios ou redução dos custos atrelados a essa conduta, assim como, inversamente, a redução de ocorrência dessa conduta decorre de uma redução dos benefícios e aumentos de custos a ela atrelados.

Mais especificamente na esfera criminal, benefícios incluem todas as vantagens (pecuniárias ou não) que o agente poderá (cálculo preditivo do homem racional) aferir caso realize a conduta criminosa; e custos envolvem as diversas consequências negativas "informais" do cometimento do delito (desprestígio social, risco físico, perigo de vida), mas, principalmente, as consequências formais decorrentes do reconhecimento, pelo Estado, de que determinado sujeito cometeu determinado crime.

São justamente essas consequências formais reguladas pelo Estado que constituem as ameaças oferecidas pelo processo penal, a saber, a prisão preventiva e demais medidas cautelares, submissão a um procedimento criminal, pena de multa, pena de prisão, etc.. É precisamente aí que se inclui a ferramenta essencial da política criminal sob o ponto de vista punitivo (pois é claro que política criminal não envolve apenas políticas repressivas), mais precisamente naquilo que chamamos de prevenção, em especial a prevenção geral negativa, tão cara a Cesare Beccaria, entendida como a capacidade de dissuadir os possíveis delinquentes na prática de delitos futuros através da ameaça da pena⁹⁶.

Assim, ao realizar a análise das potencialidades do direito penal como mecanismo efetivo de gestão social é justamente sobre a ameaça da prevenção geral negativa compreendida pelo indivíduo racional que reside o principal foco de atenção do análise econômica do direito no que diz respeito ao sistema de justiça criminal:

Essas idéias refletiam sobre o indivíduo concreto, aquele que realizaria tal ato criminoso em busca de proveito e deixaria de fazê-lo se o benefício diminuísse ou se o custo aumentasse. É para esse indivíduo calculista que seria destinada a teoria da prevenção geral negativa, ou da intimidação da pena concreta, pois a função de intimidação deve necessariamente consistir em incrementar os custos para o futuro delinquente. A análise econômica do direito refletiria, do mesmo modo, sobre o próprio sistema de justiça, que também deve fazer o cálculo econômico para impor penas concretas que logrem melhores resultados a custos menores.⁹⁷

Nesse contexto, o processo penal e o sistema penal considerados bons seriam aqueles em que a intimidação da pena (gravidade da pena e garantia de sua execução, tal como em

⁹⁶ BITENCOURT, 2015, p. 143.

⁹⁷ ANITUA, 2008. p. 793.

Cesare Beccaria) fosse eficiente para prevenir a ocorrência de novos delitos, e isso sempre levando em conta o menor gasto possível, tanto do ponto de vista econômico como social.

A esse paradigma de sistema penal baseado em uma eficiência economicista, costumam-se levantar basicamente três questionamentos: (i) que a ideia do homem racional ignora que nem toda ação humana é apenas e tão somente racional; (ii) uma crença não justificada na prevenção geral negativa; e (iii) que esse paradigma limita a esfera de ação da política criminal a mecanismos de punição.

Respondendo a todos esses questionamentos, Jesús-María Silva Sánchez se posiciona no seguinte sentido:

[...] em primeiro lugar, a apresentação criticada [análise econômica] nunca teve a pretensão de afirmar que no comportamento delitivo só incidam cálculos de custo/benefício, mas que se admite obviamente a existência de outros fatores na prática de delitos. Em segundo lugar, inclusive os autores contrários à tese do delincente racional não deixam de reconhecer que a maior ou menor probabilidade de ser preso e punido incide sim sobre o indivíduo. Isso é um reconhecimento tácito de que o delincente - numa medida indeterminada, digamos - não é de todo alheio a um cálculo racional de custos, como já foi exposto. Em terceiro lugar, da teoria do comportamento racional extrai-se uma consequência nada desprezível para o quadro geral de uma política criminal humana: a saber, se o que move o delincente é a consciência e que o delito lhe traz mais vantagens que o comportamento legal alternativo, parece evidente que a criminalidade pode ser combatida não apenas com o seu desestímulo - tornando maiores os custos (ou as penas) para a ação delitiva -, mas também mediante ampliação das alternativas legais, que as façam parecer mais vantajosas: por exemplo, uma redução no nível de desemprego.⁹⁸

Definido o que se entende por eficiência no âmbito da análise econômica do direito, como isso se aplica à esfera criminal (direito como ato ineficiente e eficiência associada à prevenção geral negativa) e o valor dessa perspectiva para o enfrentamento da questão, avançaremos agora mais um passo em relação ao questionamento que se encontra no âmago do presente trabalho, que é o de saber como essa busca de eficiência - agora compreendida - consegue se compatibilizar com os valores da dignidade da pessoa humana e os princípios fundamentais do processo penal constitucional brasileiro.

⁹⁸ SÁNCHEZ, 2004, p. 18-19.

4.5 A busca da eficiência e sua compatibilização com a dignidade humana e o processo penal constitucional

Acima, o que pretendemos desenvolver foi um panorama que nos permitisse problematizar em que sentido podemos falar em *eficiência* no sistema penal contemporâneo. Para tanto, lançamos mão do arcabouço conceitual elaborado pela escola da análise econômica do direito, fundamentalmente porque se trata da vertente do pensamento jurídico em que a ideia de eficiência possui papel mais proeminente e, além disso, registro em que essa ideia é tratada a partir de critério econômicos objetivos, com a pretensão de efetivamente fornecer um padrão frio e preciso para a análise da eficiência de um determinado sistema jurídico.

Vimos, ali, que, nessa busca de um critério objetivo, a eficiência pode ser reduzida a um critério de custos e benefícios. No caso do sistema penal, essa relação custo/benefício pode ser utilizada teoricamente de duas formas: (i) primeiramente, como analisamos no item acima, como instrumento de análise e gestão do sistema punitivo e processual penal: assumir os indivíduos como sujeitos racionais inscritos na lógica de custos e benefícios e gerir o sistema de penas para que o ato de delinquir acarrete custos mais certos e relevantes do que potenciais benefícios; e (ii) além disso, como método para avaliação do procedimento penal vigente, basicamente avaliando-o a partir do critério de eficiência, ou seja, sua capacidade de atingir seus fins com o menor gasto possível.

Esgotada acima a questão da gestão eficiente das penas, consubstanciada fundamentalmente no instituto da prevenção geral negativa, importa agora, dialogando mais diretamente com o escopo da presente pesquisa, procurar entender de que maneira custos e benefícios se relacionam no âmbito penal, a fim de determinar a eficiência de determinado sistema.

Mais acima, colocamos como pressuposto fundamental para o enfrentamento dessa a premissa de que a finalidade do direito penal e do processo penal é a da obtenção da paz social pela redução do número de crimes cometidos. Em que pese essa premissa trazer consigo uma série de questionamentos a respeito do efetivo sentido histórico da máquina penal⁹⁹, é possível levar em conta que, ao menos em teoria, a finalidade do sistema penal é a regulação social para obtenção da paz. Sendo essa a finalidade ideal, não há problemas em

⁹⁹ FOUCAULT, M. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 41ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2013.

tomá-la como a finalidade específica do sistema penal, ainda que hipoteticamente, para medir a eficiência do sistema.

Problema muito maior é aquele de determinar quais, exatamente, são os custos atrelados ao funcionamento do sistema penal. Isso porque, em um estado democrático de direito como o nosso, o subproduto do sistema punitivo não pode ser automaticamente reduzido a números e estatísticas. Valores como liberdade, integridade física e, em um sentido mais abrangente, dignidade da pessoa humana e todos os demais valores inscritos nos princípios do processo penal constitucional não são simplesmente quantificáveis.

Para enfrentar essa questão, a doutrina propõe basicamente dois caminhos: uma solução externa e uma solução interna¹⁰⁰. Por solução externa, denomina-se a solução segundo a qual o juízo de eficiência deveria ser limitado por princípios e valores a ele transcendentais, aos quais não lhe seria permitido ultrapassar. Por solução interna, chamamos a solução segundo a qual esses valores "inquantificáveis" deveriam ser introduzidos na equação de custo e benefício, ainda que não de maneira matemática, em uma solução em algum sentido próxima da ponderação proposta por Robert Alexy.

Na primeira solução, faz-se primeiro o cálculo de eficiência considerando-se apenas os valores economicamente quantificáveis (gastos financeiros do estado, estatísticas de redução da criminalidade, estatísticas de sentimento de segurança, número de delitos registrados, estatísticas de reincidência, etc) e, em um segundo momento, a proposta "mais eficiente" de acordo com esses primeiros critérios é submetida ao crivo dos valores constitucionais. Em outras palavras, as soluções obtidas, ainda que objetivamente mais eficientes, devem respeitar a dignidade humana e os princípios constitucionais, sob pena de não serem aceitas.

Pela solução interna, por outro lado, esses valores constitucionais são trazidos para dentro do cálculo de eficiência, ora como custos, ora como benefícios, fazendo com que o modelo se adapte para abrigar custos e benefícios de ordem social, ética ou moral. Assim, a proposta de um processo penal flexibilizador de garantias processuais traria custos para valores como a presunção de inocência e o devido processo legal que deverão ser levados em conta para saber se os benefícios oferecidos são suficientes para justificar a opção.

Em ambas as "soluções" o que se nota é um afrouxamento da exigência de objetividade e certeza matemáticas próprias do projeto da *Law and Economics* a fim de permitir a relação da eficiência com os princípios constitucionais. E justamente nisso que

¹⁰⁰ SÁNCHEZ, 2004.

residem as principais críticas a esse modelo, ora por abrir mão da objetividade, ora por forjar uma objetividade incompatível e até mesmo atentatória aos valores da Constituição.

Nesse ponto, importante que se tenha em mente que, apesar de a análise econômica do direito colocar a eficiência como valor maior, não há, por definição, qualquer incompatibilidade necessária entre uma análise eficientista e a preservação dos valores associados à dignidade humana. Prova disso, com efeito, é o fato, já atentado acima, de que a análise do direito a partir da eficiência ou utilidade tem sua origem no trabalho de Cesare Beccaria, em contexto em que a luta pela eficiência do processo penal se deu justamente em oposição à crueldade do regime vigente à época, e em favor do abrandamento e racionalização das punições então oferecidas ali.

De toda forma, parece certo apontar que a principal questão atinente à ideia de eficiência em matéria penal tem a ver com sua compatibilização com o processo penal de garantias e a valorização da dignidade humana, aqui garantidos pela Constituição Federal de 1988.

Exemplo de uma questão espinhosa que suscita esse conflito é o problema da pena de morte. Se por um lado há estudos que apontam certa eficiência do poder de prevenção geral negativa da pena capital¹⁰¹, em que medida sua aplicação é vedada pelos princípios da dignidade humana - seja ela sopesada como um custo elevado (solução interna), seja ela valorada como uma determinação intransponível (solução externa)?

O mesmo questionamento está no âmago das mais diversas discussões a respeito das garantias do processo penal: em que medida, em nome da "efetividade" da resposta penal, é possível a validação de provas ilícitas, tal como pretendido pelo Ministério Público Federal em suas medidas contra a corrupção? E a validação de escuta ilegal, a prisão preventiva como chantagem, a inversão do ônus da prova em matéria penal, a teoria do domínio do fato à brasileira, etc.

Mais do que levantar um debate entre garantismo *versus* eficiência, o que se pretende aqui é justamente questionar em que medida essa flexibilização dos valores constitucionais é propriamente eficiente, isto é, apontar para o fato de que os defensores dessas pautas de recrudescimento do sistema penal em nome da eficiência trabalham como se a ideia de eficiência fosse algo dado, como se eficiência fosse simplesmente o incremento da máquina punitiva. Afinal o que se está chamando aí de eficiência? Eficiente para que(m)?

¹⁰¹ SÁNCHEZ, 2004.

Trazendo a eficiência de volta para o registro democrático em que nos encontramos, é a lição de Jesus-María Silva Sánchez:

De minha parte, e ainda que pese o dilema apresentado nas páginas anteriores, inclino-me por aceitar, em princípio, a possibilidade de que um princípio de eficiência possa ser suficiente para legitimar a intervenção punitiva do Estado. **Todavia, isso pressupõe o repúdio de uma interpretação tecnocrática do juízo de eficiência, para poder sustentar a abertura deste juízo à sociedade, a fim de permitir a autêntica integração em seus seio dos princípios de garantia. Assim, torna-se imprescindível "sair" da ideia limitada de eficiência (impraticável neste ponto) para conhecer o valor que, no contrato social, assinalou-se a todos e a cada um os direitos ou princípios de garantia jurídico-penais: quais vantagens associam-se à sua vigência e que custos implica sua privação.** (grifamos)¹⁰²

Continuando seu raciocínio, Silva Sánchez nos lembra uma obviedade que parece às vezes esquecida, de que o processo penal e o sistema penal como um todo foram criados para servir o homem, e não o homem para alimentar o sistema penal.

Em síntese, portanto, o que vimos foi a elaboração, pela escola contemporânea da análise econômica do direito, de um caminho bastante profícuo para a aplicação da ideia de eficiência na avaliação do sistema penal, intuição que remonta às origens do sistema penal clássico, com Cesare Beccaria e Jeremy Bentham.

Vimos, ainda, que a condição de possibilidade para a presteza desse caminho é sua compatibilização com os valores da dignidade humana e, no âmbito processual, com os princípios próprios ao processo penal constitucional.

¹⁰² SÁNCHEZ, 2004, p. 67.

5. AS MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

5.1 Procedimentos Cautelares do Processo Penal

Quando falamos em procedimentos cautelares no direito brasileiro, ainda que tendo por foco o direito processual penal, é necessário recuar um pouco aos ditames do direito processual civil, a fim de entender de onde e para que surgem as medidas cautelares.

Na teoria geral do processo, a ideia de cautelar surge da classificação das ações de acordo com a natureza do provimento jurisdicional por elas exigido, a partir da qual as ações são divididas em (i) ação de conhecimento; (ii) ação de execução; e (iii) ação cautelar. Correlatos a cada uma dessas ações, como não poderia deixar de ser, temos o processo de conhecimento, o processo de execução e, por fim, o processo cautelar.

No processo de conhecimento, busca-se que o Poder Judiciário emita decisão esclarecendo a quem pertence determinado direito, decidindo pela procedência ou improcedência da pretensão do autor. No âmbito do processo penal, processo de conhecimento é aquele em que, diante do conflito entre o acusado e o *ius puniendi*, decide se no caso em concreto se trata efetivamente de um fato típico, antijurídico e culpável e, assim sendo, se determina a punição correspondente.

No processo de execução, por sua vez, trata-se de efetivar o direito reconhecido no processo de conhecimento ou em título executivo extrajudicial, o que, no registro do processo penal, se restringe à execução da sentença que impõe a pena ou medida de segurança. Em outras palavras, a respeito do processo de execução no âmbito processual penal, Rogério Lauria Tucci afirma que a finalidade do processo de execução penal é "tornar efetiva a condenação imposta no processo de conhecimento, operando a realização do *ius puniendi*"¹⁰³.

Por fim, processo cautelar é aquele que tem o objetivo de conceder um provimento judicial acautelatório, com o objetivo processual de garantir a efetividade das decisões dos processos de conhecimento ou execução. Nas palavras de Marcellus Polastri Lima, processo cautelar é

[...] aquele através do qual se visa meios de garantia e eficácia do provimento jurisdicional, provimento este que, finalmente, irá ser obtido por

¹⁰³ TUCCI, R. L. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal* (estudo sistemático). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 103.

meio de um futuro ou mesmo concomitante processo de conhecimento ou de execução.¹⁰⁴

Assim, em razão de sua própria natureza e função, o processo cautelar é sempre instrumental em relação ao processo de execução e de conhecimento, de forma que, assim engendrado, nada mais é do que um meio para garantir a eficiência, utilidade e presteza do processo penal.

Apesar de ser inconteste a existência de medidas de natureza cautelar no processo penal brasileiro - as quais encontram recepção absolutamente expressa no artigo 282 do Código de Processo Penal -, ainda há certa discussão na doutrina no que diz respeito a efetiva existência de ações cautelares e processos cautelares no âmbito processual penal.

Em sentido contrário, isto é, posicionando-se contra a existência de um processo penal cautelar autônomo, encontram-se autores como Hélio Tornaghi, Vicente Greco Filho e Rogério Laura Tucci.

Em sua análise, Vicente Greco Filho é bastante direto no sentido de que não se pode falar em direito processual penal cautelar autônomo porque, na prática, não há uma ação ou processo cautelar autônomos no direito processual penal brasileiro. Em suas palavras:

[...] inexistente ação ou processo cautelar. Há decisões ou medidas cautelares, como a prisão preventiva, o seqüestro, e outras, mas sem que se promova uma ação ou se instaure um processo cautelar diferente da ação ou do processo penal de conhecimento.¹⁰⁵

Em sentido semelhante, posiciona-se Rogério Lauria Tucci:

[...] no âmbito deste [Processo Penal], só há lugar para a efetivação de *medidas cautelares*, desenroladas no curso da persecução ou da execução penal, e não para ação ou processo cautelar, que exigem, para sua realização, a concretização de procedimento formalmente estabelecido em lei.¹⁰⁶

Apesar desses posicionamentos contrários, contudo, fato é que, de uma maneira geral, a maior parte da doutrina admite a autonomia do processo penal cautelar, reconhecendo que o processo penal brasileiro inclui, ao lado dos processos de conhecimento e execução, o processo cautelar.

Nesse sentido, e de maneira bastante veemente, é o ensinamento de José Frederico Marques:

¹⁰⁴ LIMAS, M. P. *A tutela cautelar no processo penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 60.

¹⁰⁵ GRECO FILHO, 2013.

¹⁰⁶ TUCCI, 2012, p. 107.

[...] afigura-se indiscutível a existência do processo cautelar, ao lado do de conhecimento e do executivo. O fim da atividade jurisdicional nas providências preventivas ou cautelares é diverso daquele que se verifica nas duas outras espécies de processo. E admitido, assim, o processo cautelar, inquestionável será a existência das ações de igual nome.¹⁰⁷

Apesar de não fazer parte do escopo do presente trabalho dar uma palavra final a respeito dessa polêmica sobre a existência ou não de um processo penal cautelar autônomo, assumiremos, até mesmo para fins didáticos, a posição adota pela doutrina majoritária, no sentido de que é possível falar da autonomia do procedimento cautelar na esfera processual penal.

Com efeito, a partir do objetivo de delinear as principais características para entendermos o processo cautelar e as medidas cautelares em espécie, veremos que a autonomia é justamente um dos elementos que caracterizam esse tipo de processo, na medida em que é pressuposto necessário para que possamos entender seu significado e suas especificidades, como passaremos a desenvolver.

5.2. Processo e Medida Cautelar: Especificidades e Pressupostos

Em linhas gerais, podemos falar em um processo penal cautelar no direito brasileiro porque há, de fato, uma via procedimental que, em forte consonância com alguns dos elementos do processo cautelar no âmbito do direito processual civil, é regida por uma lógica diferente daquela dos processos de conhecimento e execução, e possui características próprias que a diferenciam desses dois modelos. São essas características e pressupostos que nos permitem afirmar a existência de um processo penal cautelar, do qual passaremos a tratar.

5.2.1 Autonomia

Primeiramente, a característica central - e, como visto acima, a mais polêmica e debatida - que nos permite falar de um direito processual penal cautelar é sua autonomia.

Com efeito, a doutrina pátria começou a solidificar uma construção teórica em torno de um instituto de direito processual cautelar apenas a partir do momento em que tomou consciência de existe no processo penal uma espécie de provimento que não encontra guarida nos processos de conhecimento ou de execução, mas apenas no processo cautelar.

¹⁰⁷ MARQUES, J. F. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 301.

A chave para esse entendimento foi a percepção de que há, de fato, uma diferença entre os conceitos de autonomia e instrumentalidade, de modo que é possível dizer que o processo penal cautelar, apesar de instrumental, é autônomo.

Em outras palavras, percebeu-se que apesar de a razão de ser do processo cautelar ser a eficácia e utilidade do processo principal, ainda assim não se pode olvidar o fato de que o processo cautelar diz respeito a uma espécie de provimento que lhe é específico.

Na mesma esteira, Humberto Theodoro Junior - em lição exarada no âmbito do processo civil, mas com aplicabilidade à questão das cautelares de uma maneira geral - nos lembra que a autonomia do procedimento cautelar se verifica, na prática, quando se constata que na relação entre processo principal e processo cautelar, o resultado de um não reflete "sobre a substância" do outro, de modo que a parte pode obter êxito na ação cautelar e se ver derrotada na ação principal, ou vice-versa¹⁰⁸.

5.2.2 Instrumentalidade

Como dito acima, o complemento à autonomia do processo cautelar é justamente sua instrumentalidade, entendida esta no sentido de que o processo cautelar não é um fim e si mesmo, mas apenas um meio com vistas ao provimento final do processo principal.

Assim, da mesma forma que os processos de conhecimento e executório são instrumentos autônomos para o exercício do poder jurisdicional, o processo cautelar é instrumento autônomo para a efetividade e utilidade do processo principal, ou seja, é "instrumento do instrumento".

Nesse sentido, ensina Piero Calamandrei a respeito do caráter essencialmente instrumental do procedimento cautelar:

[...] tem a finalidade imediata de assegurar a eficácia do procedimento definitivo que servirá por sua vez a exercer o direito. A tutela cautelar é, em comparação ao direito substancial, uma tutela mediata: mais do que fazer justiça, serve para garantir o eficaz funcionamento da justiça.¹⁰⁹

Portanto, a instrumentalidade se coloca como a característica mais notória do processo cautelar, cujo objetivo não é a satisfação do pleito definitivo por um provimento substancial, mas o de servir a esse pleito, com vistas a garantir a eficácia da futura decisão.

¹⁰⁸ THEODORO JÚNIOR, H. *Processo cautelar*. 23ª Ed. São Paulo: Leud, 2006.

¹⁰⁹ CALAMANDREI, P. *Introdução ao estudo sistemáticos dos procedimentos cautelares*. Trad. Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000, p. 41-42.

5.2.3 Revogabilidade

Como é sabido, a tutela cautelar possui natureza preventiva e emergencial, decorrência de seu caráter instrumental para assegurar o bom andamento do processo principal e a eficácia de sua decisão final.

Em decorrência disso, a tutela cautelar é forjada a partir das peculiaridades da situação fática que a enseja, como, por exemplo, a necessidade de bloquear certa quantia de direito para evitar que o acusado ou mesmo investigado dilapide valor possivelmente decorrente de crime.

Nesse sentido, da mesma maneira que determinado contexto fático pode justificar a tutela cautelar, a mudança dessa situação de fato, a ocorrência de fato novo ou até mesmo o surgimento de informação relevante a respeito da situação, pode também ensejar a substituição, modificação ou revogação da tutela concedida, a qualquer tempo.

Por ser medida instrumental e particularmente utilitarista (no sentido de que sua existência se vincula apenas e tão somente à realização de um fim, no caso a garantia do processo principal), a tutela cautelar possui o atributo da revogabilidade, que diz respeito justamente a esse fato de que sua vigência é vinculada a determinado contexto fático cuja alteração pode ensejar a revogação da tutela.

Não por acaso, portanto, que se pode dizer que o processo cautelar é regido pela "cláusula" *rebus sic stantibus*, de natureza civilista mas também aplicável à cautelaridade processual penal, que garante que a manutenção da tutela cautelar depende da manutenção das condições de fato que autorizaram sua determinação pela autoridade judicial.

Mais do que um requisito deduzido pela doutrina, porém, essa revogabilidade da tutela cautelar no âmbito processual penal é expressamente apontada na legislação, servindo como exemplos (i) o artigo 316 do Código de Processo Penal, que determina que o juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem; e (ii) o §2º do artigo 19 da Lei Maria da Penha (Lei n.º 11.340/2006), que dispõe que as medidas protetivas de urgência ali determinadas poderão ser substituídas pela autoridade judicial responsável a qualquer tempo por outras de maior eficácia, sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados.

5.2.4 Provisoriedade

Outra face da revogabilidade, a provisoriedade do processo cautelar decorre do fato de que a tutela cautelar deve perdurar apenas enquanto serve para garantir a eficácia do processo principal, devendo se extinguir com a resposta definitiva no âmbito do processo de conhecimento ou execução.

Em outras palavras e de forma mais sintética, as medidas determinadas no curso do processo cautelar "destinam-se a vigorar enquanto não se tomam as definitivas, e nisso consiste sua provisoriedade"¹¹⁰.

De forma ainda mais esculpida, sentencia Piero Calamandrei que "a vida do procedimento cautelar é, em cada caso, fatalmente ligada à emanção do procedimento principal"¹¹¹.

A tutela cautelar subsiste em correlação com a tutela principal, de forma que com a decisão definitiva no processo principal, o processo cautelar é absorvido ou substituído, já que extinta a finalidade que justificou sua determinação por parte da autoridade judicial. Assim a tutela cautelar surge com previsão de extinguir-se, com data de validade, e nisso consiste sua provisoriedade.

Nesse ponto, contestando a doutrina da provisoriedade das cautelares, desenvolvida por Piero Calamandrei, levantou-se Ovídio Araújo Baptista, para quem, ao invés de *provisoriedade*, os processo cautelares seriam dotados de *temporalidade*¹¹².

Com a ideia de temporalidade, Ovídio Araújo Baptista desenvolveu a ideia de que deveria ser estabelecido, em lei, um tempo máximo de duração para as medidas cautelares, de modo que essas não persistiriam até a ocorrência de um evento contingente como a decisão no processo principal (provisoriedade), mas com o transcurso do lapso temporal determinado em lei, independentemente das circunstâncias fáticas (temporalidade).

Ainda que a proposta de medidas cautelares processuais penais mais "temporais" do que "provisórias" encontre defensores entre os operadores do direito, fato é que a disposição expressa de prazos de duração para a tutela cautelar ainda não encontra respaldo na legislação processual penal brasileira, motivo pelo qual, aqui, ainda há que se falar no caráter provisório do processo cautelar.

¹¹⁰ TORNAGHI, H. *Instituições de processo penal*. 2ª ed. rev. e atual., 2. v., São Paulo: Saraiva, 1977, p. 5.

¹¹¹ CALAMANDREI, *Introdução ao estudos sistemáticos dos procedimentos cautelares*, 2000, p. 101.

¹¹² BAPTISTA, O. A. *Curso de Processo Civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

5.2.5. *Periculum in mora e fumus boni iuris*

Toda ação cautelar, muito por causa de sua natureza urgente e provisória, deve respeitar os pressupostos específicos do *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito, em tradução livre) e do *periculum in mora* (perigo da demora), aqui sintetizados da seguinte forma:

I - dano potencial, um risco que corre o processo principal de não ser útil ao interesse demonstrado pela parte, em razão do *periculum in mora*, risco esse que deve ser objetivamente apurável; II - a plausibilidade do direito substancial invocado por quem pretenda segurança: *fumus boni iuris*¹¹³.

Na tradição da teoria geral do processo, o *fumus boni iuris* é colocado como possibilidade jurídica do pedido e o *periculum in mora* como o interesse processual na tutela cautelar¹¹⁴.

De forma bastante direta, o requisito do *fumus boni iuris* diz respeito à ideia de *plausibilidade* do direito alegado pelo autor da ação cautelar. Tomando por um lado o pressuposto que uma certeza (no sentido processual) sobre a justeza do direito ali disputado só poderá ser obtida a partir da sentença definitiva no âmbito do processo de conhecimento, e, por outro, as circunstâncias fáticas que exigem resposta urgente da autoridade judicial a fim de acautelar o bem jurídico colocado em risco, a verificação do *fumus boni iuris* nada mais é do que a verificação de quão verossímil é a alegação de direito da parte demandante e em que medida pode justificar a determinação de tutela cautelar, considerada a gravidade e lesividade dessa tutela a ser determinada no caso concreto.

Como esclarece Piero Calamandrei:

Declarar a existência do direito é função do procedimento principal: em sede cautelar basta que a existência do direito pareça verossímil, ou seja, melhor dizendo, basta que, segundo um cálculo de probabilidade, se possa prever que o procedimento principal declarará o direito em sentido favorável àquele que requeira a medida cautelar.¹¹⁵

Em sentido semelhante, Antonio Alberto Machado sustenta que o *fumus boni iuris* é "uma espécie de fundada expectativa sobre a procedência do direito material invocado no processo principal"¹¹⁶; e Humberto Theodoro Junior que " ao certar o *fumus boni iuris*, o juiz

¹¹³ THEODORO JÚNIOR, 2006. p. 73.

¹¹⁴ Idem.

¹¹⁵ CALAMANDREI, *Introdução ao estudo sistemáticos dos procedimentos cautelares*, p. 99.

¹¹⁶ MACHADO, A. A. *Prisão cautelar e liberdades fundamentais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2005, p. 62.

acerta apenas a probabilidade e verossimilhança do pedido cautelar e não do pedido de fundo"¹¹⁷.

No caso do processo penal, o *fumus boni iuris* ganha contornos particulares, mas de um modo geral pode ainda ser definido a partir desse juízo de probabilidade a respeito da justeza da demanda do requerente (no processo penal, via de regra, o Ministério Público) em face do gravame imputado ao requerido (no processo penal, o investigado ou o acusado).

Por outro lado, em complemento a esse juízo de probabilidade consubstanciado no *fumus boni iuris*, cabe à autoridade judicial também verificar o *periculum in mora*, a urgência da demanda, antes de decretar uma medida cautelar em desfavor do demandado.

A definição do pressuposto do *periculum in mora* é, na prática, bastante simples, uma vez que diz respeito apenas ao perigo que a demora na prestação jurisdicional (o perigo de ter que se esperar até uma decisão no processo de conhecimento ou execução) pode acarretar para a eficácia do processo principal.

Na lição de Josér Frederico Marques, *periculum in mora* significa:

[...] a urgência de imediata decretação da medida para que não se frustrate, de futuro, a prestação jurisdicional a ser prestada no processo tutelado pela medida cautelar.¹¹⁸

No âmbito do processo penal cautelar, *periculum in mora* diz respeito a situações como as em que há um risco de que o investigado dilapide valores provenientes do crime, dificulte a investigação e a coleta de provas, exerça função pública ou de natureza econômica em que possa voltar a delinquir, entre outros caso.

De toda forma, mais do que adquirir contornos específicos quando aplicados ao processo penal, importante lembrar que essas especificidades são ainda mais relevantes quando se fala no âmbito de uma decretação de prisão preventiva, e não medidas cautelares diversas da prisão, ocasião em que o *fumus boni iuris* torna-se *fumus commissi delicti* e o *periculum in mora* torna-se *periculum libertatis* (âmbito que foge ao escopo do presente trabalho).

¹¹⁷ THEODORO JÚNIOR, 2006, p. 74.

¹¹⁸ MARQUES, J. 1998, p. 302.

5.3 Medidas Cautelares Processuais Penais

O sistema processual penal brasileiro apresenta três categorias em que podem ser divididas as medidas cautelares previstas no ordenamento: (i) medidas cautelares ligadas à pessoa do investigado ou acusado (prisão temporária, prisão preventiva e medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal); (ii) medidas cautelares referentes a produção probatória, como a busca e apreensão; e (iii) medidas cautelares reais (ou civis), relacionadas à reparação do dano sofrido pela vítima.

Como já desenvolvido acima, em especial no capítulo anterior, um dos objetivos do presente trabalho é o de analisar de que maneira a utilização da tutela cautelar no processo penal pode ser utilizada para ampliar a eficiência da persecução penal, entendida, como definida acima, pela equação entre a melhor resposta do estado ao delito cometido e o maior respeito possível aos direitos e garantias do investigado/acusado, direitos e garantias estes consubstanciados de uma maneira geral na ideia de dignidade da pessoa humana.

Assim, por se tratarem de medidas que podem, a um só passo, incrementar a eficiência da resposta estatal e diminuir o gravame a que é submetido o acusado, nosso interesse se voltará para as medidas cautelares diversas à prisão e às medidas cautelares reais, já que as medidas cautelares atinentes à produção probatória fogem ao escopo da presente investigação.

5.3.1. Medidas Cautelares Diversas da Prisão

De acordo com o artigo 319, do Código de Processo Penal, são medidas cautelares diversas da prisão:

- I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
- III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
- IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
- VI - 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;

VII - 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;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

Todas essas medidas que oferecem alternativa à decretação da prisão cautelar do acusado, surgiram no bojo na chamada "Lei das Cautelares", Lei n.º 12.403/2011, cujo objetivo expresso foi o de conter o uso da prisão provisória introduzindo no ordenamento jurídico penal uma série de alternativas à prisão e à liberdade não condicionada.

Números imediatamente anteriores à entrada em vigor da Lei n.º 12.403/2011 indicavam que os presos provisórios correspondiam a 42,9% da população carcerária brasileira e que havia estados em que a grande maioria dos presos eram presos provisórios, como Alagoas (77,1%), Piauí (71,1%) e Maranhão (69,1%)¹¹⁹.

Nesse cenário, não apenas se registrava patente violação da dignidade humana de maneira genérica, mas, de forma específica, o que se verificava era um quadro em que o princípio da presunção de inocência, base sobre a qual se erige todo o processo penal constitucional, já não encontrava qualquer vigência.

Pior, o que se verificava é que com o estatuto processual tal como estava, não restavam ao magistrado muitas opções para adotar soluções diversas, vez que lhe eram facultadas pela lei apenas duas espécies de decisões de caráter cautelar, as prisões provisórias expedidas antes do trânsito em julgado e a liberdade provisória, no modelo conhecido como sistema binário ou bipolar das cautelares.

Durante anos e anos, nosso sistema processual penal ofereceu ao magistrado apenas duas opções de medidas cautelares de natureza pessoal: prisão cautelar ou liberdade provisória [...]. Tem-se o que a doutrina denominava de bipolaridade cautelar do sistema brasileiro. Significa dizer que, no sistema originalmente previsto no CPP, ou o acusado respondia ao processo com total privação de liberdade, permanecendo preso cautelarmente, ou então lhe era deferido o direito à liberdade provisória [...].¹²⁰

¹¹⁹ GOMES, L. F. *Encarceramento (massivo) de presumidos inocentes*: 42,9%. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso: out. 2016.

¹²⁰ ALMEIDA, R. L. Reforma processual penal de 2011, medidas cautelares e presunção de inocência: um estudo à luz dos valores constitucionais. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/view/2866/2644>>. Acesso em: out. 2016.

No novo modelo introduzido pela Lei n.º 12.403/2011, agora chamado de sistema multicaudelar, ao magistrado são facultadas uma série de opções de tutelas cautelares a que pode submeter o acusado, tais como comparecimento mensal em juízo, suspensão do exercício de função pública, determinação de ausentar-se de determinados locais, de retirar-se para seu domicílio no período noturno, entre outras. Trata-se, de uma maneira geral, de alternativas para garantir que o confinamento do acusado no sistema prisional seja visto como última alternativa, apenas para casos excepcionais, fazendo da restrição de liberdade a *ultima ratio* que deve ser de acordo com nosso sistema processual constitucional.

Não por acaso, portanto, o número de detidos em flagrante e mantidos em prisão provisória teve uma queda de 26,6% na cidade de São Paulo, de acordo com relatório do Instituto Sou da Paz e da Open Society Foundation, nos três primeiros anos a partir da entrada em vigor da Lei das Cautelares, em 2011, caindo de 87,9% para 61,3%, só na capital paulista¹²¹.

Assim, o novo sistema de cautelares do Código de Processo Penal, com as medidas cautelares diversas da prisão, simboliza um passo bastante claro no sentido de garantir maior eficiência à persecução penal através da matização do binômio prisão/liberdade, oferecendo à autoridade judicial alternativas mais compatíveis com as ideias de razoabilidade e proporcionalidade que devem governar a eficiência no sistema penal.

5.3.2 Medidas Cautelares Reais

As medidas cautelares reais - sequestro, arresto e hipoteca legal - também chamadas medidas assecuratórias, têm como finalidade específica a de acautelar os interesses da vítima do delito cometido, a fim de garantir um resultado útil ao processo principal e até mesmo às ações de natureza cível dali decorrentes.

O objeto das medidas cautelares reais são bens e valores ligados à prática criminosa e o que essas medidas buscam é garantir que, em caso de condenação definitiva, a obrigação de reparar os danos cometidos e a devolução de eventuais valores desviados ilicitamente efetivamente ocorra, impedindo que o agente criminoso se locuplete com a prática criminosa.

¹²¹ Felipe Resk. Em SP, 1 em cada 3 presos em flagrante não vai mais para a cadeia. Número de detidos mantidos na prisão antes de julgamento e sentença caiu de 87,9% para 61,3% na capital paulista. <http://m.estadao.com.br/noticias/saopaulo,em-sp-1-em-cada-3-presos-em-flagrante-nao-vai-mais-para-a-cadeia,1586377,0.htm>.

5.3.2.1 Sequestro

A medida assecuratória do sequestro de bens tem origem no Direito Romano, no instituto do *apud sequestre*, medida que consistia em confiar um bem, objeto de litígio, a um terceiro, chamado *sequestrer*, que tornava-se responsável por sua guarda e conservação até a decisão final da demanda. Ali, o sequestro poderia ser voluntário (convencionado entre as partes) ou necessário, quando decretado pelo *iudex*. No sequestro necessário do Direito Romano residem as raízes do instituto do sequestro tal como previsto no Código de Processo Penal.

O sequestro de bens encontra previsão legal nos artigos 125 a 131 do Código de Processo Penal e consiste na retenção dos bens imóveis adquiridos com os proveitos do crime cometido, até que se decida sobre a ação principal, e ainda que esses bens já tenham sido transferidos a terceiros. Além dos bens imóveis, contudo, o sequestro também pode ter como objeto bens móveis, desde que não implique no patrimônio total do sujeito averiguado, mas apenas sobre os bens em tese adquiridos como proveitos do crime¹²².

Em linhas gerais, portanto, o intuito do instituto do sequestro é o de evitar que a atividade criminosa renda frutos ao agente criminoso, ao mesmo tempo em que acautela a vítima e o estado contra prejuízos decorrentes da dilapidação de eventuais bens e valores ilicitamente obtidos.

Sobre o objeto da medida de sequestro de bens, Gustavo Henrique Badaró apresenta uma ressalva:

Sendo o sequestro, como toda medida cautelar, um instrumento destinado a assegurar a utilidade e a eficácia de uma provável sentença penal condenatória, somente poderá incidir sobre os bens que tenham relação com o próprio crime objeto da investigação ou da ação penal. Caso contrário, não haverá referibilidade, o que é uma nota característica das medidas cautelares. Não se pode sequestrar bens que, ainda que integrem o patrimônio ilícito do acusado, tenham sido obtidos pela prática de um crime diverso daquele que é objeto do inquérito policial ou da ação penal em que se requereu a medida cautelar.¹²³

Para a decretação do sequestro é necessária a demonstração da existência de indícios suficientes de materialidade e autoria da infração penal, não bastando a mera suspeita ou

¹²² Se o bem móvel for proveito direto do crime, caberá busca e apreensão, nos termos do artigo 240, 'b', do Código de Processo Penal, hipótese em que não ocorre restituição, por se tratar de produto do crime sujeito à pena de perdimento.

¹²³ BADARÓ, G. H. R. I. Medidas cautelares patrimoniais no processo penal. In VILARDI, Celso Sanchez.; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro. *Direito Penal Econômico*. Crimes econômicos e processo penal. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 179.

indícios genéricos. Nesse ponto, trazendo novamente à lume a noção de eficiência esculpida acima, é necessário que se tenha em vista que o sequestro é medida de constrição que representa gravame bastante relevante ao titular dos bens sequestrados, de forma que a medida não pode se fundar em suspeita, mas apenas em indícios veementes, entendidos por Hélio Tornaghi como aqueles "que levam a grave suspeita, os que eloquentemente apontam para um fato, gerando uma suposição bem vizinha da certeza"¹²⁴.

De acordo com o dispõe o artigo 129 do Código de Processo Penal, o juiz, ao verificar a existência de requerimento do Ministério Público ou de representação da autoridade policial com pedido de sequestro de bens, deverá determinar sua autuação em procedimento apartado, na forma de incidente.

O sequestro é medida que pode ser decretada *inaudita altera pars*, isto é, sem que seja ouvida a outra parte, o que, evidentemente, apenas aprofunda a já mencionada necessidade de uma decisão devidamente fundamentada, a partir da qual a autoridade judicial expedirá o competente mandado de sequestro de bem, que conterà, como ensina Fernando da Costa Tourinho Filho, "a descrição do bem cujo sequestro se ordenou, sua localização, o motivos e os fins da diligência, sendo subscrito pelo juiz e assinado pelo escrivão"¹²⁵.

Em sentido semelhante, indicando a necessidade de descrição específica dos bens a serem sequestrados, a fim de evitar espécie de "sequestro genérico" sem previsão legal, ensina Aury Lopes Junior que

A medida somente incide sobre os bens imóveis ou móveis adquiridos com os proventos da infração. Não é uma restrição sobre todo o patrimônio do imputado, senão apenas daqueles bens que foram comprados com as vantagens auferidas com o delito. Logo, jamais poderá o sequestro recair sobre bens preexistente, ou seja, adquiridos pelo imputado antes da prática do crime.¹²⁶

Cumprido o mandado judicial de sequestro, aí sim abre-se oportunidade para o contraditório e a ampla defesa por parte do averiguado. Da decisão que nega ou concede o requerimento de sequestro cabe o recurso de apelação, conforme o artigo 593, II, do Código de Processo Penal.

Além disso, o procedimento do sequestro prevê também a apresentação de embargos de terceiro e do próprio imputado.

¹²⁴ TORNAGHI, H. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Vol. 1. t. II. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 216.

¹²⁵ TOURINHO FILHO, F. da C. *Processo penal*. 35ª Ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 48.

¹²⁶ LOPES JUNIOR. *Direito processual penal*, 2013, p. 918.

Os embargos de terceiro podem ser de terceiro possuidor, que diz respeito a terceiro que foi prejudicado pelo sequestro de bens mas que nada tem relação com aquele que cometeu a infração penal, ou de terceiro de boa fé, que trata de terceiro que adquiriu o bem de forma onerosa mas que nada tem a ver com a infração penal ou seus proventos.

Nos embargos do imputado, por sua vez, cabe ao averiguado demonstrar que os bens sequestrados não foram adquiridos como proventos da infração penal objeto da ação principal.

Em relação ao prazo de duração da medida de sequestro, após as alterações introduzidas pela Lei n.º 12.683/12 entende-se que deve ser aplicada a previsão do artigo 131 do Código de Processo Penal, de acordo com a qual se a ação penal não for intentada no prazo de 60 (sessenta) dias contados da data que se concluiu a diligência de sequestro, este deve ser levantado, restituindo-se os bens a seus proprietários, investigado ou terceiros.

5.3.2.2 Especialização da hipoteca legal

A hipoteca legal de bens imóveis está prevista no artigo 134 do Código de Processo Penal e conduz a constrição de bens de origem ilícita, diversa do crime. É justamente aí que se diferencia a hipoteca do sequestro, pois enquanto neste se trata apenas de bens adquiridos com os proventos do crime, naquela não há essa exigência.

Englobando em breve síntese as linhas gerais do objeto da hipoteca legal, de forma a distingui-la da medida de sequestro de bens, ensina Aury Lopes Junior que na hipoteca

[...] a parcela do patrimônio indisponibilizado tem origem lícita. Não são produto direto do crime e tampouco foram adquiridos com os proventos da infração. Visa assegurar a eficácia da ação civil *ex delicti*. Inclusive, tal medida tem plena aplicabilidade em relação a delitos que não geram ganho patrimonial algum ao réu. Exemplo típico é o homicídio (culposo ou doloso), em que o crime não gera nenhum ganho patrimonial para o réu, sendo descabido cogitar-se o sequestro de bens.¹²⁷

A hipoteca legal, em regra, tem como objeto bens imóveis, porém pode ser aceita em caso de bens móveis, quando se tratar de aeronaves e embarcações ou quando for possível a busca e apreensão.

Na seara penal, o procedimento da hipoteca legal inclui a especialização e registro da hipoteca, pois a partir disso é que os direitos de indenização, custeio e pagamento de pena estarão efetivamente assegurados.

¹²⁷ LOPES JUNIOR. *Direito processual penal*. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 941.

A especialização da hipoteca é o ato pelo qual se indica o bem imóvel e se realiza uma estimativa de valor do bem hipotecado, a fim de delimitar o valor a ser reparado. Trata-se, com efeito, não apenas de prerrogativa do demandante da medida, mas também de direito do réu, visto que se trata de uma providência que garante que a hipoteca incidirá apenas e tão somente sobre o patrimônio do réu na medida necessária para a reparação do dano.

O procedimento da hipoteca é parecido com o do sequestro, podendo o Ministério Público inclusive requerer a especialização da hipoteca, no papel de tutor dos interesses do Estado em que foi colocado, em especial da Lei n.º 9.613/98, a Lei de Lavagem de Capitais.

O pedido de especialização da hipoteca deverá conter a estimativa da responsabilidade civil do réu e uma avaliação prévia do valor dos imóveis envolvidos. Ainda, o requerimento deverá ser instruído com prova ou indicação das provas que fundamentarão a responsabilização civil, bem como com documentos comprobatórios da propriedade dos bens imóveis do réu.

Após receber o requerimento, o juiz acionará o avaliador judicial ou nomeará perito para arbitrar o valor da responsabilização civil e realizar a avaliação do imóvel sobre o qual se pretende a especialização. De acordo com a letra expressa do Código de Processo Penal, após a entrega do laudo pelo avaliador/perito, abre-se vistas às partes para manifestação.

5.3.2.3 Arresto

Arresto é qualquer medida de retenção de bem móvel ou imóvel do acusado para que não frustre o resultado da ação principal.

No âmbito da legislação processual penal, é possível vislumbrar duas hipóteses de arresto: o arresto prévio à especialização da hipoteca legal, e o arresto subsidiário de bens móveis.

A primeira modalidade, o arresto prévio à especialização da hipoteca legal, nada mais faz do que cumprir com uma necessidade prática decorrente da corriqueira demora em se efetuar todo o procedimento da hipoteca legal. É dizer, tendo em vista que para a realização da hipoteca é necessário um trâmite relativamente moroso, com a manifestação de avaliador/perito e oitiva das partes, é necessário que haja uma medida prévia para retenção do bem imóvel a fim de evitar que sua propriedade seja transferida durante esse trâmite.

O arresto prévio à especialização da hipoteca legal é justamente essa medida, que prepara o terreno para a especialização da hipoteca legal.

Justamente por ser uma medida preparatória para outra medida assecuratória, o arresto prévio à especialização da hipoteca legal possui prazo de duração menor, devendo ser revogado no prazo de 15 dias se não requerida a medida de especialização da hipoteca legal, nos termos do artigo 136 do Código de Processo Penal.

O arresto subsidiário de bens móveis, por sua vez, é medida decretada nos casos em que é vislumbrada responsabilidade civil do acusado e objetiva resguardar bens suficientes para a reparação do dano e das despesas com o processo.

Essa segunda modalidade de arresto nada mais é que medida para cumprir a lacuna no ordenamento, que não prevê a hipoteca de bens móveis, e só pode ser decretada em relação a bens suscetíveis de penhora, isto é, ficam excluídos aqueles constantes no rol do artigo 833 do Código de Processo Civil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo da presente dissertação foi o de reavaliar o sentido que se deve dar ao termo *eficiência* do processo penal, levando em conta o novo processo penal constitucional brasileiro posterior ao advento da Constituição Federal de 1988 e o valor central da dignidade da pessoa humana, para, em um segundo momento, apresentar o processo penal cautelar como uma alternativa para a atuação da persecução penal nesse novo registro.

Para desenvolver a investigação, o que procuramos colocar em um primeiro momento foi a necessidade de que tenhamos a devida compreensão de que com a Constituição Cidadã de 1988 realmente entramos em um período radicalmente novo do ordenamento jurídico pátrio, em que todos os institutos de nosso direito, aí incluso o nosso processo penal, devem ser reavaliados com vistas aos princípios constitucionais e, no centro deles, a garantia da dignidade da pessoa humana, de onde, conforme tentamos demonstrar no primeiro capítulo, decorrem todas as demais garantias constitucionais.

Nesse ponto, verificamos a profundidade e importância da posição da dignidade humana no sistema constitucional, que a coloca não apenas como garantia de todo cidadão, mas, além disso, como verdadeiro fundamento da república federativa brasileira, nos termos do artigo 1º, III, da Constituição Federal.

A dignidade da pessoa humana assegura que todos os seres humanos devem ser considerados como fins em si mesmos e, assim, tem direito a condições mínimas para uma existência digna. Daí que a garantia dessas condições se coloca como barreira insuperável para as instituições jurídicas e para a ação estatal: no âmbito da Constituição de 1988, nada que viole essas condições é aceitável, e elas devem ser tratadas sempre como o valor mais importante na ponderação de princípios.

No âmbito do processo penal, a Constituição Cidadã e o papel central nela ocupado pela dignidade da pessoa humana, trouxeram à tona o chamado processo penal constitucional, que nada mais é do que a adequação dos procedimentos processuais penais às regras e princípios inscritos na Constituição.

No processo penal constitucional, mais do que instrumento de persecução penal do Estado, o processo penal se torna instrumento de efetivação das garantias constitucionais, ou melhor, de efetivação das garantias dos cidadãos frente ao movimento de persecução penal estatal.

Para realizar sua função e, nesse sentido, coadunar-se com os ditames constitucionais, o novo processo penal brasileiro pós-Constituição de 1988 trouxe consigo uma série de

princípios que, muitas vezes advindos da doutrina estrangeira ou simplesmente produtos da evolução democrática brasileira, deram novos contornos ao nosso sistema processual penal.

Nesse sentido, procuramos investigar e delinear as principais características daqueles que entendemos serem os principais princípios (principais em razão de serem os mais abrangentes e discutidos, mas, principalmente, em razão de serem os mais característicos e sintomáticos do processo penal constitucional) para a compreensão do novo momento do processo penal brasileiro, a saber, o princípio do devido processo legal (*due process of law*), princípio do contraditório e da ampla defesa, princípio do sistema acusatório e princípio da presunção de inocência.

Além disso, dando um passo além e já preparando a investigação a respeito do novo estatuto da eficiência processual, tentamos apresentar a posição ocupada pelo direito à propriedade no novo contexto constitucional, em que esse direito aparece como garantia assegurada pela Carta Magna.

Em nosso entender, e a partir dos elementos colhidos na pesquisa, esses princípios são os mais importantes para entendermos o processo penal constitucional. A partir daí, munidos desse arcabouço teórico, partimos para uma análise da constituição do processo penal brasileiro e, mais importante ainda para o escopo da presente investigação, para uma apresentação da teoria do garantismo penal e os elementos dele decorrente, em especial a reformulação da ampla defesa e contraditório e a centralidade da exigência de fundamentação das decisões judiciais.

Todo esse primeiro movimento do texto, consubstanciado em seus dois primeiros capítulos, nos serviu para compreender e apresentar aquilo que poderíamos chamar de o "terreno" em que estamos lidando ao falar da eficiência no processo penal constitucional brasileiro.

Com efeito, a discussão a respeito do princípio da dignidade humana e demais princípios dele corolários, bem como o estudo do processo penal brasileiro e da teoria do garantismo penal que está na base desse novo paradigma processual penal, deixa claro que ao tratarmos de eficiência do processo penal não podemos simplesmente voltar nossa atenção para as taxas de encarceramento ou para a relação entre crimes cometidos e crimes efetivamente punidos. Muito pelo contrário, com o papel central ocupado pela dignidade humana no sistema processual penal garantista, o processo penal eficiente deve ser, também, aquele que efetivamente assegura o respeito a essa dignidade e ao devido processo legal insculpido na Constituição.

Justamente a partir disso, procuramos investigar uma chave teórica que nos permitisse pensar o significado de eficiência nas esferas penal e processual penal, questão que, como pudemos verificar, remonta ao próprio surgimento do direito penal moderno, em especial aos trabalhos de Cesare Beccaria e Jeremy Bentham.

De fato, a partir da chave de leitura adotada, verificamos que, desde os primórdios, a busca por um direito penal e processual penal melhor é, igualmente, a busca por um direito penal mais eficiente. Já em Cesare Beccaria está clara a defesa de penas mais comedidas e a ideia de que a punição boa é a punição socialmente útil.

Seguindo essa pista, verificamos que, de fato, Cesare Beccaria e Jeremy Bentham podem ser colocados nas origens de uma certa maneira de pensar o sistema penal a partir da sua eficiência, maneira que, passados alguns séculos, ainda se encontra bastante viva nos estudos jurídicos contemporâneos, dentre os quais podemos destacar a escola funcionalista, de estirpe alemã, e a escola da Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*), criada nos Estados Unidos.

Dessas duas escolas, optamos por levar adiante uma investigação no âmbito da Análise Econômica do Direito porque é esta corrente, sem sombra de dúvida, a que maior centralidade confere à investigação do sentido da noção de eficiência no âmbito do direito, e do direito penal e processual penal em específico, um dos objetivos da presente dissertação.

Mais que isso, porém, o que percebemos com o avanço das investigações foi que a maneira pela qual a Análise Econômica do Direito se propõe a enfrentar o problema da eficiência é incrivelmente afinada com o paradigma do processo penal constitucional garantista, vez que, em trabalhos como o de Richard Posner, coloca como foco de suas pesquisas justamente a tentativa de pensar uma noção de eficiência capaz de compatibilizar a busca da eficiência da persecução penal em sentido estrito com a preservação da dignidade humana e o respeito ao devido processo legal.

Ainda, o que também nos chamou a atenção foi a grande importância dada pelas pesquisas da Análise Econômica do Direito ao aspecto estritamente econômico do fenômeno criminal e persecutório penal, focando na questão de que o crime é ato ineficiente e, portanto, economicamente danosos para a sociedade e para o Estado, assim como uma máquina punitiva penal agigantada é extremamente custosa e pouco eficiente para a Administração Pública.

Com efeito, peça central da investigação aqui desenvolvida foi o entendimento de que, no registro do Estado Democrático de Direito instaurado após o advento da Constituição Federal de 1988, a ideia de eficiência do processo penal não pode ser pensada senão como

uma relação de proporcionalidade e equilíbrio entre punição e respeito à dignidade humana, e, mais que isso, a percepção de que a busca de um processo penal garantista e equilibrado caminha, passo a passo, ao lado da busca de um sistema penal menos custoso e eficiente no sentido econômico-financeiro. Não há um conflito entre os dois termos (eficiência e dignidade humana), como vulgarmente se costuma pensar

Com a absoluta falência do sistema prisional brasileiro e a miríade de prisões cautelares arbitrárias, fica claro que, no atual estágio de desenvolvimento da democracia brasileira, é necessário que se abandone o paradigma punitivista pré-Constituição de 1988 e se assuma uma visão eficiente de processo penal. É de nenhum valor para o Estado e para a sociedade a manutenção de uma enorme massa de pessoas encarceradas em um movimento que, atualmente, só tende a aumentar. Muito mais eficiente é a busca de respostas rápidas, pontuais e que, principalmente no âmbito dos crimes de natureza patrimonial, assegurem ao estado e às vítimas do crime o ressarcimento dos prejuízos por ela sofridos.

Como já advertira o Marquês de Beccaria, a eficiência do sistema penal está muito menos na gravidade de suas penas do que na certeza delas, isto é, na certeza de que aquele que comete o delito será devidamente repreendido.

Tudo que pudemos colecionar a partir das investigações iniciadas pelos pesquisadores da escola da *Law and Economics* aponta no mesmo sentido traçado por Cesare Beccaria e Jeremy Bentham. Mais do que expiação dos pecados, o sistema penal serve para assegurar a paz social, o ressarcimento do Estado (em especial em crimes como o de sonegação fiscal) e das vítimas, e tudo isso sempre agindo limitado pelos ditames do devido processo legal e o respeito à dignidade da pessoa humana.

A partir disso, portanto, que buscamos, no último capítulo, abordar, de maneira geral, os contornos daquilo que se pode chamar de um processo penal cautelar no direito brasileiro e, mais especificamente, as medidas cautelares em espécie, sejam as medidas cautelares diversas da prisão, sejam as medidas cautelares reais, as também chamadas medidas assecuratórias.

No atual paradigma de nosso processo penal constitucional, a utilização do processo penal cautelar mantém relação absolutamente direta com a ideia de eficiência, seja por sua agilidade, seja por diminuir o número de encarcerados (diminuindo, assim, os custos de manutenção do sistema penitenciário), mas, principalmente e em especial no que diz respeito às medidas cautelares reais, em razão de possuírem como escopo fundamental a garantia do processo penal principal (garantindo sua eficiência em sentido estrito) e por seu claro viés econômico-financeiro, que garante respostas absolutamente efetivas: o ressarcimento da

vítima, o ressarcimento do Estado e a garantia de que o criminoso não se beneficiará de eventuais proventos decorrentes dos crimes cometidos.

Em breve síntese, portanto, buscamos, na presente investigação, um argumento claro a fim de desenvolver três movimentos essenciais: (i) a compreensão da posição do direito processual penal brasileiro a partir do advento da Constituição Federal de 1988 e do chamado processo penal constitucional; (ii) a proposta de trazer a noção de eficiência para o centro das discussões do processo penal, bem como a necessidade de se repensar a noção de eficiência nesse novo registro constitucional, compreendendo-a a partir de sua equação com a dignidade da pessoa humana e o devido processo legal; e, por fim, de maneira mais propositiva (iii) a apresentação do processo penal cautelar como possível caminho para um processo penal constitucional eficiente.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, R. L. *Reforma processual penal de 2011, medidas cautelares e presunção de inocência: um estudo à luz dos valores constitucionais*. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/view/2866/2644>>. Acesso em: out. 2016.
- ALVAREZ, A. B. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. In: *Revista Direito, Estado e Sociedade*, vol. 9, n. 29, p. 49 a 68 - jul/dez 2006.
- ANITUA, G. I. *História dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- BADARÓ, G. H. R. I. Medidas cautelares patrimoniais no processo penal. In VILARDI, Celso Sanchez.; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro. *Direito Penal Econômico. Crimes econômicos e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2008,
- BAPTISTA, O. A. *Curso de Processo Civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor
- BARROSO, L. R. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BITENCOURT, C. R. *Tratado de direito penal: parte geral 1*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BOBBIO, N. *Locke e o Direito Natural*. Tradução de Sergio Bath. 2 ed. Brasília: Editora Universitária de Brasília, 1988.
- BONAVIDES, P. *Teoria Constitucional da democracia participativa (Por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma nova política de repolitização da legitimidade)*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BIALSKI, D. L. In: SILVA, Marco Antonio Marques da. *Processo Penal e Garantias Constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- CALAMANDREI, P. *Direito Processual Civil, volume 3*. Campinas: Bookseller, 1993.
- _____. *Introdução ao estudo sistemáticos dos procedimentos cautelares*. Trad. Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.
- CAMARGO, A. L. C. *Culpabilidade e reprovação penal*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 446.
- _____. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. 2.380 p.

FERNANDES, A. S. *Processo Penal Constitucional*. 6ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, L. *Direito e Razão, teoria do Garantismo Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FOUCAULT, M. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 41ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

GIL, F. *Mediações*. Lisboa: Casa da Moeda, 2001.

GOMES, L. F. *Encarceramento (massivo) de presumidos inocentes: 42,9%*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: out. 2016.

GOMES, M. A. de M. A prisão provisória: aspectos constitucionais e infraconstitucionais. In: SILVA, M. Antônio Marques da. *Tratado temático de processo penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. pp. 338-9.

GRECO FILHO, V. *Manual de Processo Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMAS, M. P. *A tutela cautelar no processo penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

LOCKE, J. *Segundo tratado sobre o Governo Civil e outros escritos: ensaios sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

LOPES JUNIOR, A. *Direito Processual Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Investigação preliminar no Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARQUES DA SILVA, G. *Direito Processual Penal Português- Noções Gerais - Sujeitos Processuais e Objecto*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013, p. 16.

MARQUES, J. F. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookselle3, 1998.

MACHADO, A. A. *Prisão cautelar e liberdades fundamentais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2005.

MELLO, C. A. B. de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 38.

MIRÀNDOLA, P. D. *A dignidade do homem*. Tradução, comentários e notas de Luiz Feracine. Editora Escala: São Paulo.

MORAES, M. Z. de. *Presunção de Inocência no Processo Penal: Análise de sua Estrutura Normativa para a Elaboração Legislativa e para a Decisão Judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NUCCI, G. de S. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PACELLI, E.; FISCHER, D. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.306.

PEREIRA, C. J. L. *Proteção Jurídico-Penal e Direitos Universais – Tipo, tipicidade e Bem Jurídico Universal*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PIOVESAN, F. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

POSNER, Richard. A. *Frontiers of Legal Theory*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

_____. *Economic Analysis of Law*. 7. ed. New York: Aspen Publishers, 2007

SÁNCHEZ, J-M. S. *Eficiência e direito penal*. Barueri: Manole, 2004.

SARLET, I. W. Comentário ao art. 1º, III. In: CANOTILHO, J, J. Gomes; STRECK, Lênio L.; MENDES, Gilmar F. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 125-126.

SILVA, J. A. da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20ª Ed. São Paulo: Editora RT, 1990.

SILVA, M. A. M. da. *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*. São Paulo: J. de Oliveira, 2001.

THEODORO JÚNIOR, H. *Processo cautelar*. 23ª Ed. São Paulo: Leud, 2006.

TOCQUEVILLE, A. de. *A democracia na América: sentimentos e opiniões: de uma profusão de sentimentos e opiniões que o estado social democrático fez nascer entre os americano; livro II*. Tradução Eduardo Brandão, 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014 (Paideia).

TORNAGHI, H. *Comentários ao Código de Processo Penal. Vol. 1. t. II*. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

_____. *Instituições de processo penal*. 2ª ed. rev. e atual., 2. v., São Paulo: Saraiva, 1977.

TOURINHO FILHO, F. C. *Processo Penal, volume 1*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Processo penal*. 35ª Ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2013.

TUCCI, R. L. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012

ZAFFARONI, E. R. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Predrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro/RJ: Revan, 1991, 5ª edição, janeiro de 2001, 1ª reimpressão, outubro de 2010, 2ª reimpressão, setembro de 2012, p. 190.