

POR UMA INSTRUMENTALIDADE PRÓPRIA PARA OS PROCEDIMENTOS CAUTELARES DO PROCESSO PENAL

FOR A PROPER INSTRUMENTALITY FOR PRECAUTIONARY PROCEDURES IN THE CRIMINAL PROCESS

Wanderson Gutemberg Soares¹

RESUMO

Piero Calamandrei sistematizou as medidas cautelares para o Processo Civil. Desde então, essas medidas vêm sendo aplicadas no processo penal mantendo suas características civilistas, qual seja, proteção do processo, por meio de uma instrumentalidade. No entanto, a Constituição de 1988, fundada sob o manto democrático, estabeleceu o princípio da presunção de inocência que impossibilita uma antecipação de pena. Assim, amparado pelo direito positivo e em uma literatura especializada, procura-se compreender a adequação da medida cautelar, prisão preventiva, ao princípio da presunção de inocência sob o manto da Constituição de 1988. Entende-se que, numa perspectiva de modelo constitucional de processo, voltado para a garantia dos direitos fundamentais, a prisão preventiva, enquanto medida cautelar concreta, não pode ter como fundamento a garantia de aplicação da lei penal e a garantia da ordem pública. Nesse sentido, busca-se uma instrumentalidade própria para um processo penal democrático, fundado no contraditório como elemento de efetivação da democracia e da liberdade.

Palavras-Chave: Processo Penal. Medidas Cautelares. Presunção de Inocência. Modelo Constitucional de Processo. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

Piero Calamandrei systematized precautionary measures for Civil Procedure. Since then, these measures have been applied in the criminal process, maintaining their civil characteristics, that is, protection of the process, through an instrumentality. However, the 1988 Constitution, founded under the democratic mantle, established the principle of presumption of innocence, which makes it impossible to anticipate the sentence. Thus, supported by positive law and specialized literature, we seek to understand the adequacy of the precautionary measure, preventive detention, to the principle of presumption of innocence under the mantle of the 1988 Constitution. It is understood that, from the perspective of a constitutional model of process, aimed at guaranteeing fundamental rights, preventive detention, as a concrete precautionary measure, cannot be based on guaranteeing the application of criminal law and guaranteeing public order. In this sense, an instrumentality specific to a democratic criminal process is sought, based on contradiction as an element for the implementation of democracy and liberty.

Keywords: Criminal Procedure. Precautionary Measures. Presumption of Innocence. Constitutional Process Model. Fundamental Rights.

¹ Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogado. E-mail: wandersongutemberg@yahoo.com.br.

1 INTRODUÇÃO

As medidas cautelares vêm sendo utilizadas, desde Calamandrei, como meio de proteger o processo por meio de uma instrumentalidade. Essa fórmula foi sistematizada por Calamandrei para ser aplicada ao processo civil.

Sabe-se que os teóricos italianos sofreram forte influência da teoria da relação jurídica em uma conjunção de fortalecimento do papel do Estado na vida social. Nessa perspectiva, as medidas cautelares, típicas do processo civil, foram muito bem aceitas no processo penal, como forte instrumento repressor do Estado, para aplicação das prisões provisórias mantendo o mesmo fundamento civilista, qual seja, proteção do processo por meio de uma instrumentalidade. Tais perspectivas ganharam ainda mais força com o incremento dos argumentos metajurídicos.

Tal fórmula foi muito bem aceita no Brasil por meio do Código de Processo Penal, de origem fascista, no qual demonstra, de forma clara, o seu vínculo com um terreno autoritário.

Com o advento da Constituição de 1988 e amparado por uma literatura especializada dos estudos do processo, desenvolvida na Faculdade Mineira de Direito, busca-se revisitar a instrumentalidade construída por Calamandrei com o objetivo verificar-se a sua adequação aos parâmetros Constitucionais. Para tanto, embebecer-se-á na teoria do modelo constitucional de processo como forma de construir uma instrumentalidade cautelar penal adequada ao Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, iniciaremos analisando a sistematização dos procedimentos cautelares por Calamandrei, bem como seus elementos, buscando compreender o objetivo jurídico de seus institutos.

Após, verificaremos as contrariedades que o instituto das medidas cautelares apresenta na perspectiva de um processo penal atrelado a Constituição de 1988.

Em seguida, abordaremos como os princípios constitucionais influenciam uma nova forma de interpretação das medidas cautelares no processo penal, para, ao final, perceber que a melhor interpretação é aquela que se baseia em um modelo constitucional de processo. Este, por sua vez, formado por uma base principiológica, composta pelo contraditório, ampla argumentação, fundamentação das decisões e terceiro imparcial, que, no processo penal, requer ainda a garantia de princípios específicos como a presunção de inocência e a liberdade, como escolha por um Estado Democrático de Direito.

2 A INSTRUMENTALIDADE CAUTELAR EM CALAMANDREI

A sistematização dos procedimentos cautelares (Barros, 2011), teve como principal importância a busca por elementos comuns que os procedimentos cautelares poderiam possuir (Calamandrei, 2000).

Desses elementos, o primeiro que Calamandrei relata é a provisoriedade. Esta provisoriedade é determinada pela limitação temporal dos efeitos de uma decisão jurisdicional.

A opinião mais difundida, da qual partilham os nossos processualistas mais importantes, é aquela que vê um caráter constante ou ainda um caráter diferencial dos procedimentos cautelares na sua provisoriedade, ou seja, na limitação da duração dos efeitos (declarativos ou executivos) próprios desses procedimentos. (Calamandrei, 2000, p. 25).

Aqui, para Calamandrei (2000), o fator distintivo não é o efeito que a decisão toma, mas sim, sua limitação temporal, o que faz da provisoriedade uma característica fundamental para o procedimento cautelar. Assim, a provisoriedade necessariamente possui termo final, qual seja, a decisão de mérito do procedimento ordinário. Este é o seu ponto fulcral.

Calamandrei explica ainda a ideia de provisoriedade, como sendo “aquilo que é estabelecido para durar até quando não sobrevenha um evento sucessivo” (Calamandrei, 2000, p. 26). Nesse sentido, provisória é uma decisão que somente permanece com seus efeitos enquanto não sobrevenha nova decisão.

Têm duração limitada àquele período de tempo que deverá transcorrer entre o emanar do procedimento cautelar e a promulgação de um outro procedimento jurisdicional, que, na terminologia comum, vem indicado, em contraposição à denominação cautelar dada ao primeiro, com a denominação definitivo. (Calamandrei, 2000, p. 27).

Nesse sistema, organizado por Calamandrei, a decisão cautelar perdura até que outra decisão, àquela advinda do procedimento principal, encerre os efeitos produzidos cautelarmente. Aqui não há uma definição legal do tempo de duração do procedimento cautelar, a não ser o surgimento de uma nova decisão, qual seja, a definitiva de mérito.

Além do mais, a provisoriedade do procedimento cautelar só é possível com a técnica de sumariedade do procedimento de conhecimento.

A provisoriedade, aliada a sumariedade, propõe ao autor um atalho ante a demora do processo de conhecimento. Porém, este atalho só é possível a partir de uma premissa que o sujeito ativo, através das provas que já possui, tem aparência de razão, ou seja, *a priori* é possível perceber que o autor aparentemente é o detentor da verdade.

Veja a apresentação da sumariedade por Calamandrei:

Em certos casos em que o pedido se fundamenta nos meios probatórios particularmente aceitáveis, ou em que a simplicidade ou a fragilidade econômica da relação fazem considerar como improvável a existência a favor do réu de sérias razões para contestar o pedido, a lei permite que o autor, para obter os efeitos do procedimento jurisdicional, percorra, em lugar do longo e dispendioso caminho do conhecimento ordinário, o atalho do conhecimento sumário, o qual chega à mesma meta (título executivo) com maior celeridade e simplicidade, eliminando ou limitando, ou contendo em único grau, o contraditório do réu. (Calamandrei, 2000, p. 29/30).

O procedimento cautelar adota, via sumariedade, um outro caminho para se alcançar o mesmo objetivo do procedimento de conhecimento. Este caminho é especialmente breve em relação ao adotado pelo procedimento de conhecimento.

A celeridade e a superficialidade típicas dos procedimentos sumários provocam, em contrapartida, uma limitação do direito do sujeito passivo.

Cabe ressaltar que a sumariedade está vinculada a provisoriedade, visto que uma decisão oriunda do procedimento superficial só pode ser temporária, pois o resultado do procedimento ordinário faz com que a decisão sumária deixe de existir.

No entanto, o grande objetivo do procedimento sumário é deixar de ser provisório e tornar-se definitivo. Neste caso, podemos dizer que o procedimento sumário se consolidou, visto que se tornou definitivo.

O procedimento sumário é, portanto, um procedimento provisório que aspira a tornar-se definitivo: ele nasce provisório, mas na esperança de perder em um determinado ponto esse seu caráter de provisoriedade, e de tornar-se assim, como se tivesse sido criado no processo ordinário, o procedimento que define irrevogavelmente o mérito. (Calamandrei, 2000, p. 32).

O provimento de um procedimento cautelar está inerentemente ligado à existência de um perigo de dano, identificado pela nomenclatura latina de *periculum in mora*.

Este perigo de dano, segundo Calamandrei, vai além de um simples temor, ele traz consigo um estado de urgência, a fim de evitar que o dano temido se consubstancie em um dano efetivo.

Nessa medida, os procedimentos cautelares possuem objetivo procedimental de constituição decisional rápida.

A função dos procedimentos cautelares nasce, portanto, da relação que se passa entre dois fatores: a necessidade de que o procedimento, para ser praticamente eficaz, seja proferido sem atraso e a ineptidão do processo ordinário para criar sem atraso um procedimento definitivo. (Calamandrei, 2000, p. 38/39).

A rapidez se apresenta como essencial, no entanto, Calamandrei já advertiu que a eficiência poderá ser sacrificada, *“é esse um daqueles casos (a disciplina dos quais constitui talvez o mais antigo e mais difícil problema prático de cada legislação processual) em que a necessidade de ser breve debate-se contra a necessidade de fazer bem feito [...]”* (Calamandrei, 2000, p. 39).

Não obstante as características acima apresentadas, para Calamandrei, o ponto fulcral dos procedimentos é a sua instrumentalidade. Essa instrumentalidade é determinada pela capacidade de assegurar o bom andamento processual, até a decisão última. Nesse sentido, Calamandrei afirma que nos procedimentos cautelares:

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. Se todos os procedimentos jurisdicionais são um instrumento de direito substancial que, através destes, se cumpre, nos procedimentos cautelares verifica-se uma instrumentalidade qualificada, ou seja, elevada, por assim dizer, ao quadrado: estes são de fato, infalivelmente, um meio predisposto para o melhor resultado do procedimento definitivo, que por sua vez é um meio para a aplicação do direito; são portanto, em relação à finalidade última da função jurisdicional, instrumentos do instrumento. (Calamandrei, 2000, p. 42).

Nesse sentido, os procedimentos cautelares se apresentam como um instrumento que visa a proteger o procedimento ordinário, através de uma antecipação dos efeitos definitivos, em virtude do dano que a demora procedimental pode acarretar.

Calamandrei afirma que a relação de instrumentalidade pode assumir diversas formas, no entanto a que nos interessa é a antecipação dos procedimentos decisórios.

o procedimento cautelar consiste mesmo em uma decisão antecipada e provisória do mérito, destinada a durar até que a esse regulamento provisório da relação controversa não se sobreponha o regulamento estável obtido através do mais lento processo ordinário. (Calamandrei, 2000, p. 65).

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Baptista da Silva, vejamos:

Diz o jurista, em significativa passagem de sua obra universalmente prestigiada, que a tutela cautelar pode ser mais facilmente definida por sua *finalidade*, que Calamandrei considera ser a *antecipação dos efeitos da providência principal*, do que propriamente através de sua ontologia: (Baptista da Silva, 2009, p. 34).

Nessa perspectiva, o procedimento cautelar se relaciona com o processo principal em uma instrumentalidade qualificada, qual seja, a antecipação do procedimento final como forma de proteção do processo.

Todas essas características do procedimento cautelar, sistematizado por Calamandrei, foram pensadas para o processo civil. Os procedimentos cautelares, em Calamandrei, possuem uma característica própria.

a sua peculiaridade característica deve ser procurada naquela relação de instrumentalidade que liga inevitavelmente cada procedimento cautelar a um procedimento principal, cujo rendimento prático se encontra, em virtude do primeiro, facilitado e assegurado antecipadamente. (Calamandrei, 2000, p. 200).

O processo civil trabalha, na maioria dos casos, com bens ditos disponíveis. Diferentemente do processo civil, o processo penal trabalha com bens indisponíveis, no qual, o modelo de procedimento cautelar, pautado em uma estrutura civilista, não se apresenta adequado às especificidades do processo penal.

3 IMPROPRIEDADES DO SISTEMA CIVILISTA PARA O PROCESSO PENAL

Barros (2011), nos esclarece que o processo cautelar é impróprio para o processo penal, sendo correto tratar de medidas cautelares, que podem gerar efeitos de ordem probatória, patrimonial e pessoal.

No sistema organizado por Calamandrei o processo cautelar é composto por elementos que o identificam, quais sejam, a provisoriedade, a sumariedade e o *periculum in mora*.

A provisoriedade dos procedimentos cautelares indica que estes permanecerão até que a decisão proferida no procedimento ordinário venha a substituí-la. O limite estabelecido aqui para duração de um procedimento cautelar é uma decisão em um procedimento ordinário que possui lapso temporal normalmente muito longo.

Para o processo civil, este fato já demonstra que, em muitos casos, a medida cautelar funciona como a antecipação da decisão definitiva, visto que mantém aquela situação por período indeterminado, garantindo satisfação e proteção ao pedido principal diante de uma cognição sumária.

No processo penal não é diferente, a decisão de aplicação de uma medida cautelar perdura até que o magistrado pronuncie sua decisão no procedimento ordinário, visto que não há previsão normativa de um prazo de duração da medida. Essa situação deixa de considerar o princípio básico de proteção do indivíduo no processo penal, qual seja, a presunção de inocência. Nesse sentido, a transposição pura e simples desse conceito ao processo penal vai acarretar o mesmo efeito para o qual ele é utilizado no processo civil, antecipação de tutela.

Isso acarreta uma série de problemas de ordem prática, tendo em vista que, ao final do procedimento ordinário podemos chegar a uma decisão absolutória, além é claro, de que em muitos casos, o réu, preso provisoriamente e ainda não condenado, tem que ficar buscando institutos jurídicos típicos da execução penal, tais como progressão de regime, para alcançar um direito fundamental à liberdade.

Ademais, o entendimento jurisprudencial aplicado às medidas cautelares diante dos procedimentos penais, apesar de preverem um prazo (resultante da soma dos prazos legalmente previstos diante de cada procedimento), vem sendo amplamente relativizado, sendo alterado de forma subjetiva em aplicações em casos concretos, causando prejuízos à defesa e ao acusado, em detrimento do princípio da presunção da inocência.

A sumariedade construída a partir de uma visão civilista é o meio de abreviação temporal do procedimento ordinário até que a decisão final seja proferida. Porém este caminho é baseado, *a-priori*, na razão que o autor possui em face do réu.

Iniciar o processo penal com a premissa que o autor é o sujeito dotado de razão em desfavor do réu gera um conflito constitucional. A celeridade e superficialidade de procedimentos sumários, no procedimento penal ordinário, se apresentam de forma extremamente perniciosa frente à principiologia constitucional. Aqui, mais do que em qualquer outro procedimento, o que vale não é decidir rapidamente, mas sim da forma correta e que menos trará prejuízos sociais e individuais ao acusado.

A teoria do processo como relação jurídica, construída sob o crivo privatista do séc. XVIII se apresenta completamente anacrônica, frente às vertentes construídas para o alcance de um processo penal constitucional. Além do mais, a prisão preventiva é decretada a partir da análise do que foi produzido nos autos até aquele momento, de forma unilateral pela acusação.

O *periculum in mora*, que fundamenta a prisão preventiva, está inerentemente ligado à sumariedade do procedimento cautelar. É o perigo da demora que faz com que o procedimento sumário seja utilizado para decretação da prisão preventiva. No entanto, quando o réu é processado criminalmente, na maioria dos casos, o dano já ocorreu. Não há aqui uma urgência que justifique uma prisão preventiva. A demora se apresenta, muito mais por um clamor social de “justiça” do que pelo respeito ao tempo razoável para o processo de construção do conhecimento judicial.

Além do mais, o tempo de demora do processo não pode ser medido por uma única perspectiva, qual seja, cronológica, há ainda que se considerar outras perspectivas temporais para se fundamentar um tempo devido (Coutinho, 2012). Não se pode permitir que a compreensão de prazo razoável ocorra pela visão de mundo única e exclusiva do juiz.

A ausência de um prazo legal de duração da prisão preventiva gera para o preso preventivo uma sensação de injustiça que, na maioria das vezes, é suportado pelo acusado.

Ponto de forte impacto no procedimento penal é a questão da instrumentalidade. Desde a sistematização dos procedimentos cautelares por Calamandrei que a instrumentalidade, de caráter privatista, é aplicada ao processo penal. A instrumentalidade busca a proteção do processo por via de um procedimento sumário que antecipa, de forma mais próxima possível, a decisão cautelar da final.

A função instrumental explica-se, portanto, nesse grupo, por dar à controvérsia, na espera do procedimento definitivo, uma solução provisória que presumivelmente mais se aproxima daquela que será a decisão definitiva, de modo que esta, operando *re adhuc* integra e sem solução de continuidade, possa ter sobre a relação substancial a mesma eficácia prática que teria se tivesse sido emanada sem atraso [...]. (Calamandrei, 2000, p. 68).

É a decisão provisória que caracteriza a instrumentalidade do procedimento cautelar. É ela que manterá o processo íntegro durante a longa marcha do procedimento ordinário.

Pelo exposto acima, a decisão provisória deve ser aquela que mais se aproxima com a decisão final, trata-se de um elaborado processo de adivinhação do magistrado, que no processo penal, diante da prisão cautelar, se apresenta com uma antecipação de culpa, quando fundamentadas exclusivamente e de forma generalista e abstrata nos fundamentos da ordem pública e da aplicação da lei penal.

Para alguns procedimentos cíveis, talvez, isso se apresente como plenamente compreensível e até mesmo necessário. Porém, para o procedimento penal, tal fato gera um conflito com a norma superior, qual seja, a Constituição.

A Constituição de 1988 estabelece a presunção de inocência e o conflito está exatamente na instrumentalidade que parte de um pressuposto que o réu é culpado. Assim, imperioso repensar uma instrumentalidade que retire essa carga de culpa provisória do réu.

4 A CAUTELARIDADE PRINCIPIOLÓGICA NO PROCESSO PENAL

Busca-se uma nova cautelaridade fundada em uma estrutura procedimental pautada por princípios constitucionais próprios do processo penal, tais como o contraditório, ampla defesa, fundamentação das decisões, imparcialidade do juiz, presunção de inocência, e a liberdade individual.

Essa estrutura de cautelaridade requer novos elementos, quais sejam, excepcionalidade, necessidade, inexistência de satisfatividade e previsão normativa (Barros, 2011), que deverão ser demonstrados de forma concreta, excluindo-se as especulações ou imaginações do julgador.

O princípio do contraditório deve ser interpretado como a possibilidade de construção participada, influência e não surpresa, no provimento final (Nunes, 2012). Por este, “as medidas cautelares pessoais devem ser submetidas a contraditório prévio, sempre que possível, ou postergado, no caso de urgência ou risco a ineficácia da medida [...]” (Barros, 2011, p. 37).

Pelo princípio da ampla defesa, corolário do contraditório, deve-se oportunizar que o acusado possa demonstrar, que os fatos que ensejaram a sua prisão, são inverídicos ou que não mais persistem.

O princípio da fundamentação das decisões, atrelado ao contraditório, serve como parâmetro de controle da função jurisdicional. É por esse princípio que a defesa poderá verificar se a medida cautelar foi decretada com base em fatos concretos do processo, evitando-se que o magistrado ocupe a antiga função dos oráculos gregos, bem como oportunizando recursos devidamente adequados.

Nos termos ainda do art. 129, I, da Constituição de 1988 (Brasil, 1988), o Ministério Público ocupa a função de acusador no processo penal. Assim, pelo princípio acusatório é vedado ao magistrado toda e qualquer decisão de ofício. Segundo Barros (2011, p. 38), no processo penal, quando o julgador decreta uma medida cautelar de ofício, “estaria ele antecipando o seu julgamento, destoando, portanto, da sua figura de terceiro imparcial”.

A cautelaridade, a partir da principiologia constitucional, requer que a decretação de prisão preventiva seja precedida da análise dos requisitos do art. 312, do Código de Processo Penal (Brasil, 1940), materialidade e os indícios suficientes de autoria aliados a, pelo menos, um dos fundamentos, quais sejam, garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Nesse sentido, Lopes Junior (2005), propõe-se o abandono dos fundamentos civilistas do *fumus boni iuris*, fumaça do bom direito, e *periculum in mora*, por, respectivamente, *fumus commissi delicti*, probabilidade do cometimento do delito, e *periculum libertatis*, perigo de liberdade.

Para Barros (2011, p. 42), o *fumus commissi delicti* se manifesta na verossimilhança das alegações, entendido estes como “conjunto probatório até então apresentado, devendo eles ser precisos e concordantes, a fim de justificar a decretação de medida cautelar pessoal”. Certo é que deve haver, até o momento em que se decreta uma medida cautelar, demonstração efetiva de materialidade e autoria.

O *periculum in mora* como fundamento das medidas cautelares penais se mostra inadequado ao processo penal. Aqui, o direito a ser protegido é o da acusação e decretar uma prisão como base no *periculum in mora* é adotar uma antecipação de pena. Ou seja, há um conflito claro entre o fundamento civilista e o fundamento constitucional.

Na medida cautelar pessoal do processo penal com a nova lei, o dano iminente se infere na hipótese de risco demonstrado de fuga do investigado, ou do acusado, ou da necessidade de preservar as fontes de prova. Logo, é o dano iminente ao direito da acusação ao processo que justifica a necessidade da limitação da liberdade do acusado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. (Barros, 2011, p. 43).

Nessa perspectiva, não cabe a utilização das medidas cautelares como meio de proteção do processo. A medida cautelar de prisão preventiva, adequada ao modelo constitucional de processo, deve resguardar o direito de acusação respeitando todos os princípios constitucionais que estão na sua base, quais sejam, contraditório, ampla defesa, fundamentação das decisões, imparcialidade do juiz, bem como os princípios específicos do processo penal, presunção de inocência, e a liberdade individual.

5 POR UMA INSTRUMENTALIDADE PRÓPRIA PARA O PROCESSO PENAL

O fator mais trabalhoso não é construir ou adotar uma teoria própria para os procedimentos cautelares do processo penal. Talvez o caminho mais difícil seja mudar o inconsciente coletivo, tanto dos julgadores, como da sociedade em si, que vê o acusado como um objeto, e como, tal destituído de direitos.

O processo como relação jurídica nasceu no século XIX, na Alemanha, e seguiu para a Itália, onde influenciou os teóricos italianos, “Carnelutti recorda que a intuição da conexão entre relação jurídica e processo, tendo germinado na Alemanha e se transportado para a Itália, continuou sendo cultivada”. (Gonçalves, 2012, p. 61).

O modelo de relação jurídica, construído a partir de um vínculo entre duas pessoas, gera para o sujeito ativo um poder de exigir do sujeito passivo o cumprimento de um dever jurídico (Gonçalves, 2012).

A teoria da relação jurídica não se distinguiu, em suas bases fundamentais, das construções do Direito privado do século XIX, impregnadas das concepções individualistas da época. [...]

Não se vislumbrava outra forma de se organizarem as relações sociais e humanas senão pela opressão, pelos elos de uma tirânica dominação de que, conforme diz, nem o Direito de família com seu conteúdo ético e afetivo escapava. (Gonçalves, 2012, p. 62/63).

Com Windscheid o vínculo tornou-se mais forte, visto que este agora é normativo *que “liga sujeitos, em dois polos, passivo e ativo, atribuindo ao sujeito ativo o poder de exigir do sujeito passivo uma determinada conduta e impondo a este o dever de prestá-la”*. (Gonçalves, 2012, p. 65). Ainda de acordo com o autor, cumpre ressaltar que esta teoria foi transportada do Direito Privado para o Direito Público mantendo o vínculo normativo entre os sujeitos, bem como a exigibilidade da prestação.

Das dificuldades que a doutrina encontrou para sustentar essa tese, perante situações que exigem proteção em razão de seu fim social e que devem ser garantidas pelo Direito, mesmo sem a existência de qualquer relação entre pessoas [...]. (Gonçalves, 2012, p. 67).

Nesse sentido, o direito punitivo estatal, fundado sob o crivo privatista/subjetivista, se manifesta como um direito absoluto do sujeito ativo, frente ao direito relativo do sujeito passivo.

O procedimento cautelar, a partir do conceito de relação jurídica, visa, meramente, a proteção do processo com o acautelamento do acusado, a partir de um vínculo subjetivo que liga autor e réu. O fundamento normativo encontra-se, atualmente, no art. 312 do Código de Processo Penal, mais especificadamente, na garantia da ordem pública e na garantia da aplicação da lei penal. O problema se agrava quando se soma ao conceito de processo como relação jurídica os argumentos fundados nos *fins do próprio Estado* (Dinamarco, 2009, p. 178), tais como, justiça social e pacificação social.

Não há nada mais desigual, assimétrico e antidemocrático do que o procedimento cautelar no processo penal. Neste, o acusado passa todo o procedimento ordinário recolhido a uma cela, enquanto o sujeito ativo dispõe de todo aparato estatal para formar a convicção do magistrado. E o problema se agrava quando tal prática se torna uma política de Estado, através de uma instrumentalidade metajurídica, na qual a prisão preventiva é o procedimento

adotado pela legislação para instrumentalizar uma prática autoritária, consubstanciada em uma ideologia de proteção social em detrimento do indivíduo.

O procedimento realizado sob o crivo do contraditório visa regular o exercício da jurisdição sob bases democráticas (Gonçalves, 2012). A finalidade do processo jurisdicional é a preparação do provimento final e como tal deve assegurar a participação em simétrica paridade de todos os sujeitos processuais, quiçá, o sujeito passivo (sujeito de direitos).

Essa preparação ocorre em um procedimento, no qual, a sua essência, se manifesta no contraditório, entendido este como participação em simétrica igualdade daqueles que sofrerão com o provimento final.

Perceba que a instrumentalidade do procedimento cautelar, sistematizada em Calamandrei e aplicada até hoje aos procedimentos penais, instituem uma celeridade e simplicidade, no qual torna-se inaplicável o contraditório e, conseqüentemente, a ampla defesa.

A instrumentalidade técnica do processo, nessa perspectiva do Direito contemporâneo, não poderia, jamais, significar a técnica se desenvolvendo para se produzir a si mesma. A instrumentalidade técnica do processo está em que ele se constitua na melhor, mais ágil e mais democrática estrutura para que a sentença que dele resulta se forme, seja gerada, com a garantia da participação igual, paritária, simétrica, daqueles que receberão os seus efeitos. (Gonçalves, 2012, p. 150).

A Constituição clama por uma instrumentalidade democrática que visa proteger não o processo em si, como quer a teoria da relação jurídica, mas sim a proteção a direitos e garantias individuais.

Busca-se um procedimento no qual o contraditório se apresenta como elemento típico da democracia. Nessa esteira, entende-se que uma instrumentalidade processual penal adequada ao Estado Democrático de Direito deve ter como base o conceito de contraditório pós-fazzalariano, entendido este, como a construção participada das decisões (Nunes, 2012). Tal procedimento garante proteção a uma série de princípios fundantes do processo penal, denominados de base principiológica (Barros, 2011) que fortificam a efetividade de uma estrutura de conhecimento fundada na democracia.

Logo, percebe-se que os estudos de cautelaridade partem do processo civil, com a necessária advertência das características próprias do processo penal como um microsistema específico, que tem na presunção de inocência o princípio delimitador de uma interpretação específica para as medidas cautelares pessoais. (Barros, 2011, p. 14).

Nessa esteira, o modelo constitucional de processo (Andolina; Vignera, 1997), formado por uma base principiológica geral (Barros, 2009), contraditório, ampla argumentação, fundamentação das decisões e terceiro imparcial, se especifica em um microsistema que atendem as especificidades do processo penal pelos princípios da presunção de inocência e pela garantia da liberdade individual.

É certo que nos procedimentos cautelares, o contraditório se manifesta de forma diferenciada. Os procedimentos cautelares são determinados pela urgência, o que dificulta, em muitos casos, a aplicação do contraditório. No entanto, este não deve ser suprimido, “não se pode excluir a possibilidade da parte influir na decisão do juiz sobre a decretação das medidas cautelares, mesmo que em contraditório postergado” (Barros, 2011 p.27/28). Até porque, no contraditório, mesmo que

postergado, deve haver a abertura para que o sujeito processual possa influenciar na decisão do magistrado.

Por essa nova estrutura apresentada acima, o fundamento de prisão preventiva na garantia da aplicação da lei penal não deverá estar atrelado ao conceito de processo como relação jurídica, mas sim, atender a uma nova instrumentalidade, própria do processo penal, qual seja, garantia dos direitos individuais e fundamentais. No caso do procedimento cautelar, efetividade do princípio da presunção de inocência e da liberdade individual dos sujeitos.

Hoje, a instrumentalidade técnica do processo requer mais do que a garantia de participação das partes. Requer que essa participação se dê em contraditório, com igualdade de oportunidades, e que dela resulte essa consequência cujo alcance necessita ser apreendido em toda sua extensão, que é a participação dos destinatários da sentença em sua própria formação. (Gonçalves, 2012, p. 152).

Manter o elemento de aplicação da lei penal como fundamento da prisão preventiva, é retirar do procedimento o elemento configurador da democracia, qual seja, a liberdade estruturada no contraditório.

A aplicação da lei penal como fundamento da prisão preventiva, sob a ótica da relação jurídica, nada mais é, que uma medida antecipatória da decisão final, o que se apresenta em dissonância como o modelo constitucional de processo em seu microssistema processual penal, caracterizado pela supervalorização da presunção de inocência e da liberdade.

Ainda, o Código de Processo Penal, sob o fundamento da garantia da ordem pública, sustenta como necessária a prisão preventiva sempre que há um risco para a sociedade. Considerando que o contexto social que originou nosso CPP foi o fascismo italiano, sustentado no poder do Estado sobre o indivíduo, é possível entender a proteção que o procedimento cautelar, à época, engendrou para a maioria da sociedade.

O discurso autoritário buscou um conceito genérico e abstrato, de proteção da maioria, para fundamentar sua própria ideologia.

No entanto, a democracia não é fundamentada no direito da maioria (Martins; Mituzani, 2011), isto já está superado. A democracia é a proteção dos direitos individuais e fundamentais e é, justamente, na estrutura jurisdicional, a partir do contraditório, ampla argumentação, fundamentação das decisões e terceiro imparcial que se deve garantir o maior fundamento da democracia, qual seja, a liberdade.

O direito das minorias representa, portanto, direitos fundamentais de parcelas da sociedade eleitas como minorias a partir de parâmetros de marginalização histórica. A marginalização desses grupos deu-se por meio de discriminação social, representação política deficiente ou inexistente, subvalorização cultural, omissão – ou mesmo violência – das instituições estatais, para citar as principais causas de desprestígio em relação às minorias. O termo, ressalte-se, não está associado a uma minoria quantitativa necessariamente: os grupos minoritários podem ser compostos de parcelas consideráveis da sociedade. (Martins; Mizutani, 2011, p. 335).

Acredito que isso põe fim a ideia de que a tutela antecipada, sob o fundamento da garantia da ordem pública, estruturada sob a teoria da relação jurídica, deve proteger a sociedade em detrimento do indivíduo. É aqui que se verifica a fundamental importância que o princípio da presunção de inocência e da

liberdade individual do sujeito, balizados em um modelo constitucional de processo, gera para a proteção dos direitos individuais. A função do judiciário é proteger os direitos individuais e fundamentais, ou seja, a democracia deve, também, proteger as minorias, configurada na liberdade individual. Esta que deve ser a nova instrumentalidade própria para o processo penal, esse é o ganho trazido pela democracia.

6 CONCLUSÃO

Verificou-se que a instrumentalidade sistematizada por Calamandrei possuía o objetivo precípua de proteção do processo. Tal meta é alcançada por uma união da provisoriedade com a sumariedade como forma de atalho para se chegar a uma decisão que substitua a sentença. Esse atalho só é possível a partir de uma premissa que o sujeito ativo, através das provas que já possui, tem aparência de razão, ou seja, *a priori*, é possível perceber que o autor aparentemente é o detentor da verdade e, conseqüentemente, de um direito.

Nesse sentido, os procedimentos cautelares se apresentam como um instrumento que visa a proteger o procedimento ordinário, através de uma antecipação dos efeitos definitivos, em virtude do dano que a demora procedimental pode acarretar.

Considerando-se que o processo penal trabalha com bens indisponíveis, percebe-se que o modelo de procedimento cautelar, pautado em uma estrutura civilista, não se apresenta adequado às especificidades do processo penal. A decisão de aplicação de uma medida cautelar, no processo penal, perdura até que o magistrado pronuncie sua decisão no procedimento ordinário, visto que não há previsão normativa de um prazo de duração da medida. Essa situação deixa de considerar princípios básicos de proteção do indivíduo no processo penal, qual seja, a presunção de inocência e a liberdade. Assim, os efeitos de antecipação de tutela dos procedimentos cautelares do processo civil são também verificados no processo penal.

Isso ocorre em razão da adoção da teoria do processo como relação jurídica, no qual, há uma primazia do autor frente ao réu. Tal concepção foi fortalecida por argumentos metajurídicos como justiça social e pacificação social fundamentando um discurso ideológico típico de Estados autoritários. Esse discurso é verificado, quando da aplicação das medidas cautelares, em um elaborado processo de adivinhação do magistrado, que se apresenta com uma antecipação de culpa, quando fundamentadas exclusivamente e de forma generalista e abstrata nos fundamentos da ordem pública e da aplicação da lei penal. Nessa esteira, o direito punitivo estatal, fundado sob o crivo privatista/subjetivista, se manifesta como um direito absoluto do sujeito ativo, frente ao direito relativo do sujeito passivo, não havendo, entre as partes, uma relação de igualdade.

Tendo em vista a promulgação da Constituição de 1988 e os estudos do processo enquanto procedimento em contraditório, pós-Fazzalari, acredita-se que, só podemos falar em uma instrumentalidade cautelar, quando esta estiver amparada por um modelo constitucional de processo, consubstanciada por uma base principiológica constitucional que garanta o contraditório, ampla defesa, fundamentação das decisões, imparcialidade do juiz, bem como por uma principiológica específica do processo penal, que se manifesta na presunção de inocência e na liberdade individual.

O procedimento realizado sob o crivo do contraditório, ampla argumentação, fundamentação das decisões, juiz imparcial, presunção de inocência e liberdade visa regular o exercício da jurisdição sob bases democráticas. Essas são as mudanças que a Constituição de 1988 e os avanços dos estudos processuais impõem em um cenário democrático.

REFERÊNCIAS

ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale Del processo civile italiano: corso di lezioni**. Torino: G. Giappichelli, 1990.

BAPTISDA DA SILVA, Ovídio. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas a partir da Constituição**. In: CATTONI DE OLIVERIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, F.D.A. (Orgs.). **CONSTITUIÇÃO E PROCESSO: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. **Prisão e medidas cautelares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União, Brasília, 05 Out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 04 out. 2020.

BRASIL. **Decreto n.º 2848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro/RJ, Presidência da República, 07 dezembro de 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15 set. 2022.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Trad. Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.

COUTINHO, Carlos Marden Cabral. **Reformas processuais e a duração razoável do processo: uma análise à luz do conceito de tempo kairológico**. In: José Fernando de Castro Farias; Enoque Feitosa Sobreira Filho; José Alcebíades Oliveira Jr. (Org.). **Filosofia do Direito**. 1ed. Florianópolis: FUNJAB, v. 1, p. 336-356. 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. Ed. Ver. E atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

LOPES JUNIOR; Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 3ª ed. 2005.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreita; MITUZANI, Larissa. **Direito das minorias interpretado: o compromisso democrático do direito brasileiro**. Santa Catarina, v.32, n.63. 2011. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/2177-7055.2011v32n63p319/21068>. Acesso: em 26 jun. 2024.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. 4ª Reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.