

E quando a liberdade se torna um problema? Breves considerações sobre o criativo inconformismo acusatório

Eduardo Januário Newton¹

Marcos Augusto Ramos Peixoto²

Na atual fase do capitalismo, a sociedade do espetáculo, o ter se encontra superado pela aparência do possuir, o consumo alimenta as necessidades e o falso adquire conotação de verdadeiro, tudo isto sem desprezar o papel da mídia na construção unilateral da verdade.

Se não bastasse isso, no caso brasileiro, não se pode desconsiderar o fato de que o pensamento autoritário não só foi constitutivo do processo histórico, mas também se apresenta como um elemento sabotador do projeto democrático instituído legitimamente no dia 05 de outubro de 1988.

O uso de um discurso sensacionalista pelos diversos canais de comunicação não é, portanto, fruto do acaso neste país-continente. Longe disso, por meio de uma lógica de deformação e desinformação da sociedade, as liberdades fundamentais se encontram seriamente ameaçadas. Diga-se que esse risco não é putativo ou fruto de um raciocínio alarmista, tanto que já se mostram comuns as vezes em que órgãos jurisdicionais lançam notas públicas para justificar as suas decisões que não agradam a dita opinião publicada³. Em geral, essas justificativas têm em comum o fato de “simplesmente” terem cumprido o Texto Constitucional.

Em uma sociedade do espetáculo com forte tradição autoritária, a defesa das garantias fundamentais passa a ser vista como dispensável estorvo. Na verdade, o devido processo legal é taxado como um enfadonho e desnecessário ritual para formalizar juízos condenatórios previamente firmados pelo órgão acusatório, quando

¹ Defensor Público do estado do Rio de Janeiro

² Juiz de Direito do estado do Rio de Janeiro.

³ O mais recente caso é aferido na nota pública lançada pelo juiz de direito Roberto Luiz Corcioli Filho, que relaxou prisão ante ausência da audiência de custódia. A nota e a repercussão nos canais da mídia foram objetos de matéria publicada no sítio eletrônico justificando. <http://justificando.com/2016/04/08/juiz-que-soltou-presos-por-falta-de-audiencia-de-custodia-se-defende-de-criticas-da-midia/>

não pelo órgão jurisdicional. Nesse instante, mostra-se oportuno recorrer ao entendimento esposado por Rubens Casara sobre o tema:

“O problema é que o processo penal, instrumento de racionalização do poder penal, para atender à finalidade de entreter, acaba por sofrer uma mutação. No processo penal voltado para o espetáculo, não há espaço para garantir direitos fundamentais. O espetáculo, como percebeu Debord, ‘não deseja chegar a nada que não seja ele mesmo’. A dimensão de garantia, inerente ao processo penal no Estado Democrático de Direito (marcado por limites ao exercício do poder), desaparece para ceder lugar à dimensão do entretenimento”⁴.

Diante desse cenário, do ator jurídico é – ou deveria ser – exigida maior responsabilidade, pois a sedução causada pelos mais diversos discursos autoritários e midiáticos não pode(ria)m afastá-lo da ordem constitucional.

É sabido que a decisão que revoga a prisão preventiva, indefere o pedido de prisão preventiva ou concede a liberdade provisória, quando proferida por juízes de 1º grau, pode ser impugnada por meio do recurso em sentido estrito (RESE) - vide o contido no artigo 581, inciso V, Código de Processo Penal.

O eventual inconformismo do órgão acusador frente a uma decisão que implica na liberdade de alguém pode ser compreendido. Todavia, até mesmo essa irresignação deverá se pautar pelos limites de legalidade e do devido processo legal. Estes são os bônus (enxergados por alguns como ônus) da democracia.

É a partir dessa premissa que se examina a situação vivenciada na realidade forense fluminense, qual seja, a interposição do RESE aliado ao uso de medida cautelar inominada (o mandado de segurança anda *démodé*...) para conferir, mediante liminares, efeito suspensivo a um recurso que não o possui porque assim

⁴ CASARA, Rubens R. R. *O processo penal do espetáculo. Ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. pp. 11-12.

preferiu o legislador. O que se visa, dessa forma, é impedir a pronta e imediata reinserção no concerto comunitário daquele que, querendo ou não, é tido como inocente pelo Texto Constitucional, ou seja, pretende-se conferir pressa ao que deveria ser analisado com vagar e, sobretudo, com a indispensável oitiva da defesa.

Antes mesmo de examinar a questão sob o prisma jurídico, é oportuno não menosprezar o sofrimento causado pela prisão (em seu estado inconstitucional de coisas reconhecido pelo Supremo – o que aqui se coloca entre parênteses porquanto a cada dia mais “esquecido” aquele julgado, em breve mera nota de rodapé perdida em alguns manuais), ainda mais quando as próprias autoridades públicas as consideram como *masmorras medievais*. Destarte, essa medida extrema deve ser manejada com prudência e cautela, somente sendo admitida em último caso. A sua banalização, tal como se sucede hodiernamente, potencializa os riscos de danos àqueles que são submetidos à prisão provisória. No que se refere a relação existente entre os malefícios e a prisão cautelar, nada mais apropriado do que recorrer à pena de Graciliano Ramos:

“(...) depois de submeter-se a semelhante regime, um indivíduo é absolvido e mandam-no embora. Pouco lhe serve a absolvição: habituado a mover-se como se o puxassem por cordéis, dificilmente se libertará. Condenaram-no antes do julgamento, e nada compensa o horrível dano. Talvez as coisas devam ser feitas assim, não haja outro meio de realizá-las. De qualquer modo isso é uma iniquidade — e a custo admitiremos que uma iniquidade seja indispensável”.⁵

Resta, estabelecidos estes pontos de partida, examinar a compatibilidade constitucional do uso de cautelar inominada para a concessão de efeito suspensivo ao RESE que indefere pedido de decretação de prisão preventiva, revoga a prisão preventiva ou concede a liberdade provisória.

⁵ RAMOS, Graciliano. *Memórias do cárcere*. São Paulo: Record, 2014. p. 43.

Como consectário da concepção de que o processo é instrumento de limitação do poder estatal, o que é evidenciado no processo penal, a forma deve ser necessariamente compreendida como garantia. Para a efetivação de um processo justo e legal, há de se observar as regras procedimentais e processuais, sendo imprescindível ater-se à legalidade estrita e ao princípio da taxatividade.

É necessário prosseguir: o reconhecimento da forma como garantia ganha ainda maior relevo em matéria de medidas que, de uma forma ou de outra, delimitam ou restringem as liberdades do cidadão. Por conta do princípio constitucional da presunção de inocência, que caracteriza a imputação inicial como mera hipótese até o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória, somente é possível cercear um direito do acusado quando o legislador expressamente o permitiu, não se aplicando neste campo o artigo 3º do Código de Processo Penal (que permite a aplicação de analogia e interpretação extensiva em matéria processual penal) já que as cautelas penais são normas híbridas, de conteúdo processual mas também penal, justamente por limitarem direitos com base na possibilidade de que tenha um cidadão praticado infração penal.

A natureza das medidas cautelares não se confunde com a de antecipação de pena (embora, alguns, na prática, não façam valer esta distinção, o que implica em reconhecer a possibilidade de se iniciar o cumprimento de uma pena cujo cumprimento sequer se sabe se é devido por quem ainda é inocente), mas não é menos certo que ao limitar direitos com base em cautelas processuais penais (até chegar ao extremo de eventual decretação de prisão provisória, cerceando assim o fundamental direito de liberdade do imputado) o faz o juízo penal com base em hipóteses que poderão, ao final, ser consideradas improcedentes, sendo que tal sentença não mudará para o réu o fato de que permaneceu preso, ou impedido de comparecer a determinados lugares, ou obrigado a comparecer periodicamente a Juízo (etc.), fatores concretos e por vezes profundamente gravosos, que se assemelham a verdadeiras penas e que não serão alfin modificados, nem atenuados pela absolvição.

Portanto, ainda que não se confundam com antecipação de pena, as cautelares penais, mesmo as menos gravosas, constituem “penas” em si mesmas, extrapolando os limites endoprocessuais para extravasarem os autos e incidirem

diretamente na vida daqueles cuja culpa ainda não se encontra formada, que são processados com base numa hipótese, e que podem ser absolvidos.

Não sendo penas (entendidas estrito senso), mas, como visto, gravames, por vezes drásticos, em matéria penal e processual penal é absolutamente inadmissível que se amplie o rol taxativo legal para se criar medidas cautelares inominadas já que, desta feita, se estaria violando os princípios do devido processo legal, da legalidade (taxatividade) e, enfim, aviltando a presunção de inocência.

A respeito da necessidade de observância do princípio da legalidade no âmbito das medidas cautelares do processo penal, Gustavo Badaró traz precisa lição:

“(...) o princípio da legalidade também se aplica às medidas cautelares. No processo penal, mormente em tema de prisão processual, não existem medidas cautelares atípicas. Não há, como no processo civil, a previsão de um poder geral de cautela do juiz que o autorize a decretar medidas cautelares não previstas em lei. Como explica Magalhães Gomes Filho: ‘não se pode cogitar em matéria criminal de um “poder geral de cautela”, por meio do qual o juiz possa impor ao acusado restrições não expressamente previstas pelo legislador, como sucede no âmbito da jurisdição civil; tratando-se de limitação da liberdade, é imprescindível a expressa permissão legal para tanto, pois o princípio da legalidade dos delitos e das penas não diz respeito apenas ao momento da cominação, mas à “legalidade da inteira repressão”, que põe em jogo a liberdade da pessoa desde os momentos iniciais do processo até a execução da pena imposta’ ”⁶.

⁶ BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012. p. 708.

E, caso se mostre necessário apelar para outros autores de renome com o intuito de asseverar que não se trata de postura isolada, no que toca à irrestrita necessidade de observância do princípio da legalidade para as medidas cautelares no processo penal, nas linhas que se seguem são transcritos os entendimentos adotados, respectivamente, por Marcos Paulo Dutra Santos e André Nicolitt, que vão ao encontro do que ora se afirma.

“(...) a intenção do legislador foi abastecer o juiz de um arsenal variado de medidas cautelares igualmente pessoais, mas sem a necessidade de privar-lhe a liberdade inteiramente. Diante disso, não possui mais aplicabilidade a teoria dos poderes implícitos, pautado no surrado adágio quem pode o mais pode o menos, haja vista que o legislador especificou qual será esse ‘menos’ nos artigos 319 e 320 do CPP. Contemplar outras medidas cautelares além das atuais não mais encerrará uma exegese ontológica (compreensiva) daquelas já existentes, e sim inovadora (legiferante), em afronta ao princípio da separação e independência dos Poderes da República (art. 2º da CRFB/88), afastando-se dos limites fixados à atuação jurisdicional pelo devido processo legal (art. 5º, LIV da CRFB/88).”⁷

“Em razão do ‘due process’, bem como do fato de as cautelares representarem restrições a direitos fundamentais, no processo penal, não se pode falar em poder geral de cautela do juiz, havendo verdadeira taxatividade no rol de medidas cautelares.

No processo civil, dispõe o art. 798: ‘Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar

⁷ SANTOS, MARCOS Paulo D. *O novo processo penal cautelar*. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 21.

adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação’.

No processo penal, o ‘due process of law se estrutura a partir da legalidade, sendo uma de suas dimensões o respeito às formas legais, que funcionam como limite ao poder e garantia para o réu. Destarte, a ideia de poder geral de cautela no processo penal é incompatível com a exigência de tipicidade processual decorrente da cláusula do devido processo’⁸. .

A invocação de um poder geral de cautela no processo penal somente se justifica com a adoção de uma premissa equivocada, qual seja, o reconhecimento de que existe uma teoria geral do processo. A forma de solução das questões patrimoniais não segue a mesma lógica daquela em que a liberdade ambulatoria se encontra ameaçada.

Em assim sendo, os autores deste texto se opõem, e de maneira precisa, fundamentada e enérgica, quanto ao uso de uma medida cautelar inominada para a concessão de efeito suspensivo nos RESEs interpostos com lastro no artigo 581, inciso V, Código de Processo Penal.

Mas não termina aqui a tormentosa questão, cabendo indagar aos que aceitam esta famigerada via o seguinte ponto: tramitando ainda em primeiro grau o RESE interposto, por exemplo, contra a decisão concessiva de liberdade, a quem compete apreciar a medida cautelar inominada que visa sustar os efeitos da decisão impugnada? Tão corriqueiro, impensado, quanto equivocado tem sido o posicionamento no sentido da competência do segundo grau de jurisdição, o que entretanto relegaremos a um segundo texto a ser elaborado.

A chamada doutrina brasileira do *habeas corpus* é a prova inconteste da criatividade dos atores jurídicos pátrios. No entanto, até mesmo esse poder de inovar possui no devido processo legal o seu limite, ainda mais quando implica na restrição

⁸ NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. São Paulo: RT, 2014. p. 714.

de direito fundamental. Em um cenário em que o espetáculo adquire relevância e alguns visualizam o processo penal como um – péssimo – entretenimento para a população, resta se insurgir contra essa postura; afinal, o gozo da liberdade de quem é tido como inocente jamais pode(ria) ser visto como um problema a ser urgentemente corrigido, em prejuízo da Constituição.