

A QUEBRA POSITIVA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO PROCESSO PENAL

Marcos Bandeira

Juiz de Direito. Professor da UESC. Coordenador Estadual da Associação Brasileira dos Magistrados da Infância e Juventude (ABRAMINJ). Membro da Associação Internacional de Magistrados da Juventude e da Família. Membro da Coordenadoria Estadual da Infância e Juventude do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Membro do Grupo de Monitoramento e Fiscalização de Presídios e Unidades Socioeducativas do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Bacharel em Direito pela UESC. Especialista em Direito Processual Civil pela UESC. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade do Amazonas. Doutorando em Direito pela Universidad Nacional Lomas de Zamorra, Argentina.

Resumo. O presente trabalho procura demonstrar a concretização do princípio constitucional da presunção da inocência com o advento da nova Lei das Prisões e Medidas Cautelares – Lei nº 12.403/2011 –, vislumbrando tecnicamente a possibilidade da quebra do princípio da igualdade jurídica entre acusação e defesa, desde que seja para beneficiar o acusado, parte mais frágil da relação processual, principalmente quando se trata de proteger direitos fundamentais, como o direito de ir e vir, que só deve ser atingido em situações excepcionais ditadas por necessidade de ordem cautelar. *Contrario sensu*, quando se trata de assegurar a liberdade, admite-se que o juiz, mesmo sem ouvir o Ministério Público, conceda liberdade provisória sob o fundamento da quebra positiva do princípio da igualdade.

Palavras-Chave: Prisão. Medidas cautelares. Igualdade. Quebra positiva. Liberdade provisória. Princípio. Presunção da inocência.

1. Introdução

A entrada em vigor no Brasil da Lei nº 12.403/2011 trouxe inúmeros questionamentos alardeados pela mídia sensacionalista que distorciam a sua essência, (des)informando a sociedade sobre os verdadeiros propósitos dela. Logo após o advento da Lei das Medidas Cautelares, as reportagens veiculadas em jornais e canais de televisão transmitiam uma sensação de insegurança à população sob o discurso falacioso de que a nova lei colocaria nas ruas milhares de bandidos e que a mesma trazia consigo a pecha da impunidade. É verdade que tais comentários se ressentiam de uma abordagem técnica mais elaborada ou aprofundada, ou como se verificou em alguns casos, sem qualquer análise técnica da nova lei.

O presente trabalho, sem qualquer objetivo mais ambicioso, buscará delinear o verdadeiro espírito da lei das medidas cautelares estribado no princípio constitucional da presunção

ENTRE ASPAS

da inocência – art. 5º LVII da CF –, delimitando, entretanto, a temática aos poderes de iniciativa do juiz na concessão da liberdade provisória ou na decretação da prisão preventiva na fase investigatória da apuração do fato delituoso, sob a perspectiva do sistema acusatório e do princípio da igualdade jurídica das partes no processo penal materializado na paridade de armas.

2. O contexto da nova lei

O advento da Lei nº 12.403/2011 contrastou com o cenário de violência experimentado em todo o Brasil, no qual o discurso da lei e da ordem grassava de norte a sul pugnando pelo endurecimento das penas e a valorização da pena privativa de liberdade. No Brasil, segundo dados do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do CNJ¹, havia cerca de 500.000 pessoas encarceradas, sendo que 44% (220.886) eram de presos provisórios, havendo um aumento de 1.252% de presos provisórios no período de 1990 a 2010, enquanto o aumento de presos definitivamente condenados aumentou apenas 278% no mesmo período. As cadeias e os presídios espalhados pelo país são normalmente superlotados, fétidos e sem condições mínimas de desenvolver um projeto de socialização dos presos. Contaminados com esse discurso da lei e da ordem, alguns juízes criminais de primeiro grau passaram a transformar a prisão preventiva em instrumento de políticas públicas², praticamente desfigurando-a no afã de ressuscitar a prisão preventiva obrigatória do Código de Processo Penal de 1941, e assim conter simbolicamente a insegurança na comunidade³. A aplicação da prisão preventiva como antecipação indevida da pena fere frontalmente várias garantias e princípios constitucionais, principalmente o princípio reitor, que é da inocência ou da não culpabilidade. Nesse particular, alguns magistrados utilizam conceitos abertos e genéricos como “Ordem Pública” para justificar prisões que nada têm a ver com a instrumentalidade do processo. Discorrendo sobre a prisão preventiva e o princípio da inocência, o jurista Santiago Vegezzi⁴, valendo-se da lição de Vélez Mariconde, de forma categórica, preleciona:

ES por ello, que entiende que “La coerción personal Del imputado ES legítima cuando tiende a hacer posible Y a asegurar el ejercicio regular de La función judicial que La norma constitucional prevé, así como será ilícita La conducta de aquél toda vez que impida o ponga em peligro tal ejercicio” y concluye: “La libertad personal Del imputado solo puede ser restringida a título preventivo, cautelar y provisional, em la medida indispensable paa hacer posible El ejercicio regular de la función judicial Del Estado”. Por lo tanto, según esta postura, la prisión preventiva, cuando não persigue fines procesales, vulnera El principio de inocência.

Como é curial, a prisão preventiva no âmbito de um Estado Democrático de Direito somente se justifica se houver exigências processuais de natureza acautelatória, pois assim estaria respeitando o princípio constitucional da presunção da inocência, em face de uma necessidade instrumental do processo. Nesse sentido, é lapidar a lição de Fernando da Costa Tourinho Filho⁵, com apoio da doutrina de José Castro de Souza, senão vejamos:

É verdade – e não se pode olvidar – que, se de um lado está o réu, presumidamente inocente, do outro, estão os demais valores constitui-

onais que representam direitos, liberdades, garantias, enfim, a sociedade interessada na repressão. Assim, em face desse binômio “interesse social” versus “presunção de inocência”, chegou-se à conclusão de que somente exigências processuais de natureza cautelar podem justificar uma limitação, total ou parcial, à liberdade das pessoas.

Todavia, o que se verificava na realidade forense brasileira era precisamente o oposto dessa construção teórica de inspiração constitucional, pois os juízes criminais, de uma forma geral, ao receberem a Denúncia pela prática de crimes graves, como homicídio, roubos, estupro, dentre outros, já despachavam o processo conjuntamente com a decisão aformulária de decretar a prisão preventiva, seja a requerimento do Ministério Público, seja por representação da autoridade policial, seja *ex-officio*. Essa era a orientação dada aos estagiários e aos assessores de plantão, restabelecendo assim sutilmente o princípio da presunção da culpabilidade do Código de Processo Penal de 1941, com a transformação da prisão preventiva em prisão obrigatória para determinados crimes graves⁶, como ocorria entre nós sob o jugo de um regime totalitário. Com efeito, o que se constatou na prática foi uma profusão de prisões provisórias no Brasil, superlotando ainda mais o nosso combalido sistema penitenciário que em dezembro de 2010 já atingia o extraordinário número de 500 mil presos, dos quais 44% eram de presos provisórios⁷. Banalizava-se o instituto da prisão preventiva, principalmente, quando a decretação se apoiava na necessidade de garantir a ordem pública. O conceito aberto e genérico de “ordem pública”, a exemplo do remédio salsa parrilha, servia para tudo, mormente quando o juiz não encontrava elementos concretos e idôneos para decretar uma prisão preventiva e necessitava de dar uma “satisfação à mídia ou a sociedade” para prender algum indivíduo que cometeu um crime grave. Na vala larga da “ordem pública” cabia tudo para justificar a prisão preventiva, como motivação de “comoção social”, “credibilidade da Justiça”, “perigosidade do réu”, “os espalhafatos da mídia”⁸, banalizando o instituto e transformando-o num verdadeiro instrumento de opressão e de política pública nas mãos de um juiz criminal, violando assim, frontalmente, o princípio constitucional da presunção de inocência insculpido no art. 5º, LVII da CF de 1988. Nesse sentido, é lapidar a lição de Tourinho Filho⁹, senão vejamos:

Quando se decreta a prisão preventiva como “garantia da ordem pública”, o encarceramento provisório não tem o menor caráter cautelar. É, datíssima maxima vênica, um rematado abuso de autoridade e uma indisfarçável ofensa à nossa Lei Magna, mesmo porque a expressão “ordem Pública” diz tudo e não diz nada... A ordem pública nada tem que ver com o processo. Há cem léguas de distância entre ela e a garantia de um processo justo. Admitia-se a prisão preventiva, como garantia da ordem pública, numa época totalitária, ao tempo em que a presunção de inocência não havia sido guindada à posição de cláusula pétrea de nossa Lei Fundamental. Sem embargo, já se decretou prisão preventiva para não afetar a credibilidade da Justiça (RT, 768/573), para assegurar a integridade da vítima (JSTJ, 2/263), para cessar constrangimento contra a vítima (RT, 774/683), pela repulsa gerada no meio social (JSTJ, 73/84), pela periculosidade evidenciada no crime (RT, 648/347) etc. Trata-se, a nosso Juízo, de decisões que afrontam a Lei Maior. Simples pretextos para exibição de força e poder.

Como se depreende, esse era o cenário brasileiro quando entrou em vigor a Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, denominada Lei da Prisão e das Medidas Cautelares. Na verdade, como se pode observar, a realidade forense entoava o Hino da Lei e da Ordem, inspirada na tolerância zero e sustentada na ressuscitação do princípio da presunção da culpabilidade do Código de Processo Penal de 1941, de triste memória. Destarte, a consequência dessa prática cotidiana brasileira nos fóruns criminais não poderia ser outra senão a banalização da prisão preventiva com o aumento extraordinário e assustador dos presos provisórios e o “inchaço” dos presídios no Brasil, com a violação sistemática do princípio da presunção de inocência e outros direitos fundamentais do cidadão. O legado deixado por essa prática é estarrecedor: rebeliões sucessivas deflagradas em vários presídios brasileiros, mistura de presos provisórios e aqueles definitivamente condenados, tratamento cruel e desumano, inexistência de qualquer projeto educativo ou de ressocialização dos presos, violação sistemática dos direitos dos presos previstos na Lei de Execução Penal, na Constituição Federal e nas Convenções Internacionais, enfim a prática autoritária concretizada por alguns juízes criminais brasileiros transformaram os cárceres brasileiros em “depósito de seres humanos” ou “fábrica de bandidos”, já que no seu interior predomina a lei do mais forte ou do código penal não escrito, pelo qual as facções criminosas estabelecem e executam as próprias regras, arregimentando verdadeiros exércitos para engrossar as suas fileiras, principalmente entre os presos provisórios. O preso provisório, segregado por força de uma prisão preventiva, ainda não foi julgado, podendo, inclusive, como já ocorreu em várias situações¹⁰, ser considerado inocente e absolvido da imputação que lhe irrogaram. Todavia, o preso condenado definitivamente pela prática de crimes hediondos, eventual integrante de alguma facção criminosa e já familiarizado com a criminalidade há algum tempo, acaba cooptando o preso provisório para suas fileiras, aproveitando do exercício de poder que exerce no interior do presídio e da fragilidade e vulnerabilidade do preso provisório. Essa situação anômala com relação ao tratamento dos presos provisórios já chamou a atenção da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, conforme nos informa o jurista Geraldo Prado, aduzindo que o informe 35/07 da referida comissão estipulou regras para os Estados signatários da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, incluindo o Brasil, estabelecendo regras acerca dos critérios desenvolvidos para a validade jurídica das prisões preventivas. Prado finalmente argumenta:¹¹ **“São sinais expressivos, que não se pode ignorar: a angústia penalista, os números de presos provisórios em expansão permanente e geométrica e a decisão no contexto da Corte Interamericana de Direitos Humanos”**. Destarte, esse cenário sombrio verificado em todo o Brasil, com a expansão geométrica da prisão preventiva e a superlotação dos presídios brasileiros, pavimentou o terreno para a modificação desse cenário normativo, com o advento da Lei nº 12.403/2011, também conhecida como a nova lei das prisões e medidas cautelares.

3. A Lei nº 12.403/2011

Diante do cenário sombrio de nossa realidade forense, no qual as pessoas cumpriam penas antes mesmo de serem julgadas definitivamente com as garantias do contraditório e da ampla defesa, por força da banalização da prisão preventiva utilizada como instrumento de antecipação de pena, sem dúvida, que a nova Lei – 12.403/2011 – trouxe perplexidade, inquietude e insegurança a parte significativa de nossa sociedade. Ressalte-se, entretanto, que a nova lei veio precisamente concretizar o princípio reitor do processo penal brasileiro insculpido no art.

5º, LVII da CF, que é o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, ajustando-se assim a legislação infraconstitucional aos cânones constitucionais. O jurista Geraldo Prado, de forma engenhosa e didática, discorre sobre a simetria da Lei nº 12.403/2011 e o princípio da presunção da inocência estabelecido em nossa Constituição Federal, como se pode observar:

Proponho que vejamos a Constituição como um grande plano arquitetônico, algo como o projeto de Brasília, obra de Oscar Niemeyer e Lúcio Costa. Mesmo o gênio de ambos não demitiu os responsáveis pela execução do projeto da (árdua) tarefa de transportar para o real aquilo que fora imaginado. E no traslado da idéia ao concreto outros microprojetos são demandados.

Os arquitetos responsáveis pelo “detalhamento” do projeto funcionam como legislador ordinário. Estes arquitetos foram importantes como o Congresso é relevante na mediação Constituição/leis, pois articularam “imagem” e “real” tomando por base o macroprojeto (na metáfora, a Constituição), mas com evidente liberdade de conformação que, respeitados os traços mais abrangentes, ajustam a obra concreta às condições de vida planejada, tal seja orientada ao futuro.

[...] Em outras palavras, o congresso (pela Lei nº 12.403/11) minuncia o projeto geral inscrito na Constituição e oferece aos profissionais (Delegados, MP, Juízes, Defensores, etc.) a indicação precisa dos materiais, ferramentas e itinerários a serem empregados e seguidos quando o tema consiste em intervenção provisória sobre liberdade e os bens de pessoas titulares do princípio da presunção de inocência(art. 5º, LVII da CF).¹²

Como se depreende, o sistema processual brasileiro que sempre se caracterizou pela bipolaridade¹³ – prisão ou liberdade – agora com o advento da nova lei se ajusta ao princípio constitucional da presunção de inocência e oferece ao juiz várias alternativas descarcerizadoras, de natureza cautelar, capazes de assegurar a efetividade do processo, ficando a prisão preventiva como a “ultima ratio”. Luiz Flávio Gomes,¹⁴ na obra citada, explicita:

As medidas cautelares não possuem um fim em si mesmas. Não são penas. Elas existem para assegurar a aplicação da lei penal ou a eficácia do processo penal ou da investigação ou para evitar novas infrações penais. O processo penal serve para a tutela da liberdade assim como para a efetivação do direito de punir do Estado.

No plano doutrinário, grassa sérias divergências com relação à unicidade processual, fenômeno que precisa ser descortinado para a efetiva acomodação das medidas cautelares. Boa parte da doutrina, máxime apoiada no pensamento de Jacinto Coutinho e Aury Lopes¹⁵, nega a existência de uma teoria unitária do processo, sob o fundamento de que a forma é a garantia do processo penal e o princípio da legalidade é o reitor de todas as atividades desenvolvidas pelo juiz criminal. Todavia, com a devida vênia do pensamento esposado pelos ilustres doutrinadores, entendo que a ciência processual é simbolizada como uma grande árvore,

ENTRE ASPAS

cujos ramos diversos – penal e não penal – não infirmam à sua origem e essência, ensejando assim que se elabore cientificamente uma teoria geral do processo, já que vários princípios e institutos são comuns ao direito processual cível e penal, com algumas variáveis que não chegam a infirmar o seu caráter unitário. Nesse sentido, é lapidar a lição de Ada Pellegrini Grinover¹⁶, senão vejamos:

Como é uma a jurisdição, expressão do poder estatal igualmente uno, uno também é o direito processual, como sistema de princípios e normas para o exercício da jurisdição. O Direito Processual como um todo decorre dos grandes princípios e garantias constitucionais pertinentes e a grande bifurcação entre processo civil e processo penal corresponde apenas a exigências pragmáticas relacionadas com o tipo de normas jurídico-substancial a atuar... A própria Constituição Federal, discriminando a competência legislativa da União e dos Estados (concorrentes) refere-se ao direito processual, unitariamente considerado, de modo a abranger o direito processual civil e o direito processual penal (Arts. 22, Inc. I e, 24 inc. XI). E, com efeito, os principais conceitos atinentes ao direito processual, como os de jurisdição, ação, defesa e processo, são comuns àqueles ramos distintos, autorizando assim a elaboração científica de uma teoria geral do processo.

Assim, embora concebendo como ponto de partida uma teoria unitária do processo, entendemos que o processo cautelar nos moldes preconizados pelo direito processual cível não se aplica ao direito processual penal. Nesse ponto, concordamos com o jurista Aury Lopes¹⁷, quando assevera que, no processo penal, em razão da forma e do princípio da legalidade, não existem medidas cautelares inominadas e o juiz criminal não possui o poder geral de cautela. Na verdade, não existe processo penal cautelar deflagrado com uma petição inicial, seguida de uma contestação e instrução, finalizando-se com uma sentença cautelar, conforme ocorre no âmbito do processo cível. O jurista José Frederico Marques¹⁸ preleciona categoricamente:

É preciso não transformar em modalidade de ação penal simples incidentes processuais nascidos no curso da relação processual. Só se poder falar em ação quando, com o pedido que nela se contém, se instaura uma relação processual. Outras atividades postulatórias, e são muitas, que qualquer dos sujeitos exerça, refogem do conceito de ação.

Nesse mesmo sentido é o posicionamento do jurista Rogério Lauria Tucci¹⁹, senão vejamos:

As medidas cautelares no processo penal são pleiteadas mediante simples requerimento, e concedidas até independentemente de iniciativa do interessado, no mesmo iter procedimental; sem necessidade, portanto, de petição inicial e de correspondente sentença, feita resposta do juiz ao pedido do autor.

Desta forma, podemos afirmar que existe, no processo penal, uma tutela de natureza

cautelar que não se confunde com processo cautelar, e que se consubstancia nas medidas cautelares, que devem ser aplicadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento do interessado, com estrita observância do princípio da legalidade e da necessidade de efetividade instrumental do processo. Segundo a classificação doutrinária bem aceita²⁰, as medidas cautelares no processo penal podem ser divididas em: a) medidas cautelares pessoais (relacionadas com o suspeito, acusado); b) medidas cautelares de natureza civil ou reais (relacionadas a reparação do dano); c) medidas cautelares relativas às provas. Como é cediço, já existia o arresto, sequestro e especialização do registro da hipoteca legal como medidas cautelares de natureza patrimonial, bem como a prisão preventiva e outras medidas relacionadas à prova, como a antecipação da inquirição da prova testemunhas e as interceptações telefônicas, todavia, agora com o advento da nova lei, foram criadas medidas cautelares pessoais diversas da prisão carcerária, oferecendo assim um leque de opções ao juiz criminal. Vejamos o que estabelece o art. 319 do CPP, “in verbis”:

Art. 319. 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

§ 1º revogado

§ 2º revogado

ENTRE ASPAS

§ 3º revogado

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

Como se inferem as medidas cautelares estabelecidas no art. 319 do CPP, aliadas às outras que já existiam, incluindo a prisão preventiva e a temporária, constitui o conjunto da tutela cautelar de que dispõe o juiz criminal para a garantia e regular desenvolvimento do processo penal e a efetividade do “jus puniendi”²¹, valendo ressaltar que a prisão preventiva, em face de ser uma medida cautelar extrema que priva o investigado ou acusado do direito de ir e vir sem a formação de culpa concluída, deve ser a “ultima ratio”, ou consoante expressão do jurista Luiz Flávio Gomes, “extrema ratio da ultima ratio”²². Seguindo esse mesmo posicionamento com relação à natureza instrumental da prisão preventiva, Santiago Vegezzi²³ argumenta que

El mérito sustantivo no tiene peso próprio para El dictado de la prisión provisional, porque siempre se deben presentar, además, la existência de otros requisitos que habilitarían su procedência, entre los que se destacan la comprobación efectiva de los peligros processales – peligro de fuga o entorpecimiento de la acción de la justicia – como requisito ineludible. Sin la verificación de la existência de algún peligro procesal, la prisión preventiva no tendría ningun viso de legitimidad – exista o no mérito sustantivo.

Com efeito, o juiz criminal, utilizando-se do princípio da proporcionalidade, aferirá em cada caso concreto qual a medida cautelar mais adequada para preservar a higidez e os fins alvitados pelo processo principal. É verdade que, em alguns casos, em face da gravidade do fato delituoso e do perfil do investigado ou acusado, a prisão preventiva será a medida mais adequada, bem como nos casos de descumprimento injustificável de uma medida cautelar diversa da prisão decretada anteriormente, todavia, com o advento da nova lei, não se deve mais banalizar o instituto da prisão preventiva, de sorte que o juiz, ao verificar que ao final do processo não haverá qualquer possibilidade de decretar a pena de prisão, não deverá, em hipótese alguma, decretar prisão preventiva. A gravidade do fato delituoso por si só não é suficiente para justificar a decretação de prisão preventiva. Além do pressuposto do “*fumus comissi delicti*”, exige-se a necessidade apurada com base em fatos concretos extraídos dos autos que ditem razões de ordem cautelar de segregar o indicado ou acusado preventivamente - “*periculum libertatis*”. A nova lei, de uma forma bastante clara, veio para se ajustar aos cânones do princípio constitucional da presunção da inocência – art. 5º, LVII da CF –, evitando a decretação de prisão provisória como antecipação de pena, sem qualquer sinal de cautelaridade.

Diante dessas premissas que cristalizam o espírito da nova lei, indaga-se: O juiz criminal pode decretar de ofício a prisão preventiva na fase investigatória mesmo tendo elementos que justifiquem a sua necessidade? A resposta negativa se impõe, pois a atuação do juiz na fase investigatória sem a provocação das partes viola o sistema acusatório consagrado em nossa Constituição Federal (art. 129, I) atingindo direitos fundamentais do investigado. O jurista Aury Lopes assevera: “é inegável que o juiz que decreta uma prisão preventiva de ofício viola os limites impostos pelo sistema acusatório, sendo, portanto, substanci-

almente inconstitucional a decisão. Mais do que isso, fulmina estética de imparcialidade, tornando-o impedido de continuar no processo”²⁴. O pensamento do insigne jurista, apoiado nos ensinamentos de Jacinto Coutinho, se nos afigura exagerado quando transportado para o campo do processo, pois entendemos que o juiz no processo penal não é um mero espectador do processo, mas protagonista, e como corregedor permanente do processo, deve expurgar todos os vícios ou irregularidades que possam comprometer a sua higidez, bem como adotar medidas cautelares para resguardar a sua efetividade e os próprios objetivos do processo penal, mesmo de ofício. Todavia, na fase pré-processual, no âmbito da investigação criminal, existem outros atores que se encontram legitimados para tal mister, e o juiz só deve exercer a sua reserva de jurisdição para determinar providências cautelares, quando provocado pela autoridade policial, pelo querelante ou Ministério Público, ou pelo próprio acusado quando a sua intervenção for necessária para proteger direitos fundamentais. O jurista Geraldo Prado,²⁵ discorrendo sobre o sistema acusatório, assinala de forma mais coerente a participação do juiz na fase investigatória, senão vejamos:

Portando, a coerência com os ditames do princípio acusatório, à vista da implicação de um devido processo penal cautelar, em fase anterior ao processo de conhecimento condenatório, exigirá a iniciativa dos encarregados da investigação ou do titular do direito de ação, até que o juiz deverá permanecer inerte, sob pena de quebra da imparcialidade... portanto é estranho ao sistema acusatório, porque incompatível com o princípio acusatório, o poder do juiz, por exemplo, de ofício decretar a prisão preventiva do indiciado (art. 311 do Código de Processo Penal).

Como se depreende, o sistema acusatório se caracteriza fundamentalmente pela separação das funções de acusar, defender e julgar, bem como pela gestão das provas nas mãos das partes. Pelo referido sistema, a persecução penal se realiza sob o império da oralidade, publicidade e do princípio da paridade de armas, constituindo-se o processo num verdadeiro instrumento de defesa dos direitos fundamentais do acusado diante do arbítrio do Estado. Giovanni Leone apud de Geraldo Prado, na obra já citada²⁶, acrescenta que, “deduzida a acusação, o magistrado se libera da vinculação às iniciativas do autor, impulsionando oficialmente a persecução penal, que se desenvolverá conforme os princípios do contraditório, com paridade de armas, oralidade e publicidade”. Evidentemente que o nosso ordenamento jurídico não adotou o sistema acusatório em toda a sua pureza teórica, como já tivemos oportunidade de discorrer sustentando a figura do juiz protagonista-não inquisidor²⁷, que pode produzir provas suplementar às partes, como autoriza o art. 156 e 497, XI do CPP. Todavia algumas linhas mestras do sistema acusatório devem ser respeitadas, como, por exemplo, o afastamento do juiz da fase investigatória ou pré-processual, só exercendo a sua reserva jurisdicional quando provocado para aplicar uma medida cautelar ou preventiva, ou para resguardar direitos fundamentais do indiciado ou investigado.

4. Quebra positiva do princípio da igualdade

Urge, antes de adentrarmos no tema propriamente dito, discorrermos algumas linhas sobre a prisão em flagrante, no sentido de desvelar a sua verdadeira natureza jurídica. No

Brasil, a prisão em flagrante ficou consagrada como espécie de prisão cautelar, já que uma vez verificada à sua regularidade e acomodação aos imperativos legais do art. 302 do CPP, o sujeito permanecia custodiado provisoriamente até o final do processo. O juiz criminal normalmente ao ser comunicado da prisão em flagrante de alguém despachava simplesmente dando ciência do ato e mandando aguardar a denúncia para que se procedesse a juntada posterior do auto de prisão em flagrante ao respectivo processo. Nada mais, nenhuma linha de fundamentação. Na verdade, a prisão em flagrante valia por si mesmo, e o sujeito permanecia detido por ser provavelmente culpado. Como se infere nada havia de cautelar, e a prisão em flagrante foi tolerada muito tempo no Brasil como antecipação de pena e com base no princípio da presunção da culpabilidade de 1941.

O jurista italiano Francesco Carnelutti, citado por Aury Lopes,²⁸ explicita que concepção de *Flagrância* está diretamente relacionada a “la llama, que denota con certeza la combustión; cuando se vê la llama es indudable que alguna cosa arde”. Com efeito, essa certeza visual do delito – “*fumus comissi delicti*” obriga a administração pública a agir para evitar a consumação do fato delituoso ou atenuar as suas consequências podendo inclusive fazer a detenção do autor do fato. O que é obrigação para os órgãos do Estado, principalmente para a polícia, é faculdade para o particular. Logo, a prisão em flagrante, sem embargo da “visibilidade do delito” de que nos fala Francesco Carnelutti²⁹, é um ato precário e que não dirigida a assegurar a eficácia do processo, razão pela qual, necessitada da chancela judicial para ser transformado em prisão preventiva (caráter cautelar) ou liberdade provisória. Trata-se, na verdade, de uma mera medida pré-cautelar e que não sobrevive por si só, pois destina-se precipuamente a deixar o flagranteado à disposição da autoridade judicial para que o mesmo converta em prisão preventiva ou conceda ao indiciado liberdade provisória. Nesse sentido, é lapidar a lição de Aury Lopes:

A prisão em flagrante está justificada nos casos excepcionais, de necessidade e urgência, indicados taxativamente no art. 302 do CPP e constitui uma forma de medida pré-cautelar pessoal que se distingue da verdadeira medida cautelar pela sua absoluta precariedade.

Nesse mesmo sentido, Ferraioli e Dalia citados por Aury,³⁰ na mesma obra, explicitam categoricamente: “*T'arresto in flagranza é una misura pre-cautelari personali*”. Por isso, a nova lei das prisões e cautelares – Lei nº 12.403/2011 – veio colocar a prisão em flagrante em seu devido lugar, como medida de caráter pré-cautelar e que deve passar pelo crivo do judiciário para sua conversão em prisão cautelar, ou substituição por alguma das medidas cautelares diversa de prisão.

Nessa mesma perspectiva, no âmbito do sistema acusatório, indaga-se: pode o juiz ao receber o auto de prisão em flagrante conceder liberdade provisória sem a ouvida do Ministério Público? A resposta positiva se impõe, pois o indiciado ou acusado por ser a parte mais vulnerável na relação processual e na esteira dos princípios da presunção da inocência e do favor rei, justifica-se a quebra do princípio da igualdade simbolizado na “*par conditio*” – paridade de armas – para tutelar o *jus libertatis*, que é a regra em nosso ordenamento jurídico. Nesse mesmo sentido, posiciona-se Geraldo Prado³¹, prelecionando que “a exceção é pertinente à tutela da liberdade, mediante determinação, de ofício, da liberdade provisória, em consideração ao princípio do favor rei, à presunção da inocência e ao papel garantista do princípio acusatório na sua harmonia com os demais princípios”. Reforçando essa assertiva, Aury Lopes, discorrendo sobre o apenado, mas cujas fundamentações teóricas têm plena atividade em todo o processo penal, assim preleciona:

Ademais, a eventual quebra de igualdade que se estabelece entre as partes é explicada pela teoria da quebra positiva da igualdade jurídica. O sistema admite que o juiz atue, mas deverá fazê-lo necessariamente em benefício do hipossuficiente, logo, do apenado. Jamais atuar de ofício no sentido de auxiliar o Ministério Público ou suprir sua inércia.

Se for para quebrar a igualdade, que seja uma quebra positiva, em benefício do hipossuficiente, que será sempre o apenado.

É a quebra positiva da igualdade quando um ato aparentemente desigual gera, na verdade, uma igualdade. Em definitivo, a única quebra da igualdade que o sistema admite é a quebra positiva, em favor do hipossuficiente, como forma de gerar uma igualdade jurídica.

O princípio da igualdade previsto no art. 5º da CF é transporte para o processo penal pela garantia de paridade de armas – *par conditio* –, no sentido de igualar as armas da defesa e da acusação. A verdade processualmente possível deve ser buscada na esteira do sistema acusatório, respeitando-se o devido processo legal com todos os seus consectários, como juiz natural, ampla defesa, contraditório, dispensando às partes tratamento igualitário. Todavia, o sistema admite exceções, que deve sempre beneficiar a parte mais frágil dessa relação processual. Nesse sentido, é lapidar a lição de Antonio Scarance Fernandes³²:

Mas quando se afirma que as duas partes devem ter tratamento igualitário, isso não exclui a possibilidade de, em determinadas situações, dar-se a uma delas tratamento especial para compensar eventuais desigualdades, suprindo-se o desnível da parte inferiorizada a fim de, justamente, resguardar a paridade de armas.

O tratamento diferenciado no processo penal entre acusação e defesa, em favor desta, está justificado por alguns princípios relevantes: *in dúbio pro reo*; favor rei.

Sem embargo da igualdade formal de todos perante a lei, o sistema engendra pela profundidade da igualdade material como forma de realização de justiça humana, na medida que procura igualar ou diminuir as diferenças dos desiguais na medida de suas desigualdades. O jurista José Afonso da Silva assim se posiciona: “porque existem desigualdades, é que se aspira à igualdade real ou material que busque realizar a igualização das condições desiguais”³³. Essa desigualdade se manifesta no processo penal, no qual o órgão acusador, com base nas provas produzidas em regra pela polícia judiciária, sustenta uma tese acusatória. O acusado, na maior parte dos processos penais, não dispõe de condições suficientes para constituir um advogado particular, ensejando assim que a defesa técnica seja patrocinada pela defensoria pública, cuja estrutura se mostra deficiente em vários estados da federação. O juiz, como sujeito equidistante às partes, deve conduzir o processo com imparcialidade, assegurando-se ao acusado a ampla defesa e o contraditório, objetivando alcançar-se a verdade processualmente possível. Na seara das medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, o juiz deve procurar a medida menos gravosa para o acusado e que seja adequada para atingir os escopos do processo penal. Essa é a regra da quebra positiva do princípio

da igualdade jurídica, pela qual o juiz, em determinado caso concreto, poderá aplicar quaisquer das medidas cautelares, de ofício, desde que seja a mais adequada para resguardar a eficácia do processo penal. Em outras palavras, o juiz, valendo-se do princípio da proporcionalidade, deve, em cada caso, aplicar a medida menos gravosa ao indiciado ou acusado, desde que seja suficiente para resguardar os escopos instrumentais e acautelatórios do processo.

Desta forma, no âmbito do processo penal brasileiro, a quebra do princípio da igualdade é justificada para compensar a condição de hipossuficiente ou de fragilidade do acusado diante da acusação que lhe é imputada pelo aparato do Estado-acusação, e também como forma de assegurar direitos fundamentais, principalmente, a liberdade de ir e vir, que é o mais valioso bem que desfrutamos depois do direito à vida e que deve ser a regra a imperar num verdadeiro Estado Democrático de Direito. Assim, podemos afirmar que o juiz não só pode como deve quebrar a regra da igualdade para conceder liberdade provisória ao acusado, de ofício, toda vez que se convencer de que inexistem os motivos para a decretação da prisão preventiva e que o acusado reúne, portanto, os requisitos para responder o processo em liberdade, aplicando-se no que couber, e de conformidade com o princípio da proporcionalidade, outras medidas cautelares diversas da prisão. O *discrimen* se justifica pela proteção dos direitos fundamentais da parte mais frágil da relação processual e também pela própria reafirmação do princípio constitucional da presunção da inocência.

5. Considerações finais

Como restou claro, a nova Lei – 12.403/2011 – veio para concretizar o princípio constitucional da presunção de inocência estabelecido no art. 5º, LVII da CF, oferecendo ao juiz um leque de variadas medidas cautelares voltadas para a efetividade do processo e para assegurar a máxima tutela dos direitos fundamentais, principalmente, da liberdade individual do indiciado ou acusado, considerando que a prisão preventiva só deve ser decretada como “ultima ratio”. É natural que a nova lei atinja em cheio a cultura consolidada da banalização da prisão preventiva, fazendo exsurgir o discurso falacioso da impunidade, todavia, o que se infere, na verdade, é que o princípio basilar do processo penal, isto é, o princípio da presunção de inocência está não somente preservado, mas fortalecido, pois o constituinte de 1988 elegeu o Estado Democrático de Direito como modelo de Estado, no qual o normal é a liberdade do ser humano nas suas várias manifestações, inclusive no direito de ir e vir, que só deve ser cerceada em situações excepcionáíssimas, devidamente comprovadas e justificadas por motivos de ordem instrumental/processual.

A rigor, ninguém deve cumprir pena, antes do devido processo legal, através do qual o Estado eticamente possa submeter um acusado a cumprir uma sentença condenatória transitado em julgado. A liberdade de ir e vir deve não apenas ser preservada, mas prestigiada, de sorte que o princípio da igualdade só deve ser quebrado para beneficiar o lado mais fraco da relação processual, que é o indiciado ou acusado, assegurando-lhe direitos fundamentais.

O juiz criminal, como garantidor das promessas do constituinte, deve conceder liberdade provisória, de ofício, assim que receber o auto de prisão em flagrante encaminhado pela autoridade policial, toda vez que se convencer que é a medida mais adequada. Deve também assim proceder com as demais medidas cautelares. O juiz criminal, assim procedendo, estará concretizando o princípio da presunção de inocência e quebrando positivamente o princípio da igualdade jurídica para beneficiar a parte mais fraca da relação processual e assim homenagear a liberdade humana, que é, de fato, um dos mais caros direitos do ser humano.

Referências

- BANDEIRA, Marcos Antonio Santos. *Os poderes instrutórios do juiz no processo penal: juiz espectador ou juiz protagonista?* Revista do Magistrado. Ano IV. n. 4, 2007.
- BIANCHINI, Alice. et al. *Prisão e Medidas Cautelares: comentários a Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011*; Coordenação Luiz Flávio Gomes, Ivan Luís Marques. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O paradoxo do risco e a Política contemporânea. In: *Direito Penal Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Tomo II. Buenos Aires, 1950.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Dinamarco. *Teoria Geral do Processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- PRADO, Geraldo. Apresentação do tema e “do preso”! Disponível em: <<http://espacodefensor.blogspot.com.br/2011/10/texto-do-desembargador-geraldo-prado.html>>. Acesso em: jul. 2012.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.
- GOMES, Flávio et al. *Prisão e Medidas Cautelares*. 2. ed. São Paulo: Ed. Tribunais, 2011.
- LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual e sua conformidade Constitucional*. vol. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.
- MACIEL, Silvio et al. *Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processo Penal*. v. II. São Paulo: Saraiva, 1980.
- PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da Prisão Provisória – Comentários aos artigos 311 – 318 do CPP, na redação da Lei nº 12.403/11. In: FERNANDES, Org. *Medidas Cautelares no Processo Penal, Prisões e suas Alternativas – Comentários à Lei nº 12.403 de 04.05.2011*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.
- PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- TÁVORA, Nestor Távora; ANTONINI, Rosmar. Antonini. *Curso de Direito Processual Penal*. 3. ed. Salvador: Ed. Jus Podvm, 2009.
- TOURINHO FILHO, Fernando Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. v. I. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Sequestro Prévio e Sequestro no CPC: distinção*. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 5, 2005.

VEGEZI, Santiago. *Los Fines Processales de la prisión Preventiva*.

Notas

1. BIANCHINI, Alice et al. *Prisão e Medidas Cautelares: comentários a Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011*; Coordenação Luiz Flávio Gomes, Ivan Luís Marques. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 28.
2. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O paradoxo do risco e a Política contemporânea. p. 127/128: “É deste sentimento de impotência diante de expectativas frustradas que surge – consciente ou inconscientemente – a estratégia de alguns magistrados de antecipar os efeitos das decisões judiciais definitivas pela aplicação de medidas cautelares. Na ânsia de responder às demandas por efeitos concretos da prestação jurisdicional, e diante da incapacidade de torná-la efetiva em curto espaço de tempo, passam alguns magistrados a usar de expedientes tipicamente processuais para satisfazer tais expectativas, como prisões temporárias, preventivas e medidas de execução provisória...”
3. Idem. p. 127: “A caracterização do Judiciário como agente de política criminal faz que as expectativas sociais de promoção e efetivação da segurança pública se voltem para a atuação jurisdicional”.
4. VEGEZI, Santiago. *Los Fines Processales de la prisión Preventiva*. p. 528.
5. TOURINHO FILHO, Fernando Costa. *Código de Processo Penal Comentado: v. I*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 843.
6. Segundo Nestor Távora e Rosmar Antonini, “Não mais existe hipótese de segregação preventiva obrigatória, onde o criminoso, por imposição legal, desmerecendo-se a aferição da necessidade, responderia a persecução penal preso, em razão da gravidade do delito, quando a pena de reclusão cominada fosse igual ou superior a dez anos (era a antiga previsão do art. 312, CPP)”. In: *Curso de Direito Processual Penal*. 3. ed. Salvador: Ed. Jus Podvm, 2009. p. 479.
7. BIANCHINI, Alice et al. *Coordenação Luiz Flávio Gomes, Ivan Luís Marques. Prisão e Medidas Cautelares: comentários à Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 15.
8. Segundo Tourinho Filho, Op. Cit. p. 847 “Comoção Social”, “perigosidade do réu”, “Crime perverso”, “insensibilidade moral”, “os espalhafatos da mídia”, “reiteradas divulgações pelo rádio ou televisão”, “credibilidade da Justiça”, “idiosincrasia do Juiz por este ou aquele crime”, tudo, absolutamente, se ajusta àquela expressão genérica “ordem pública”. E como sabe o Juiz que a ordem pública está perturbada, a não ser pelo noticiário? Os jornais, sempre que ocorre um crime, o noticiam... Na maior parte das vezes, é o próprio Juiz ou o órgão do Ministério Público que, como verdadeiros “sismógrafos”, mensuram e valoram a conduta criminosa proclamando a necessidade de “garantir a ordem pública” sem nenhum, absolutamente nenhum elemento de fato, tudo ao sabor de preconceitos e da maior ou menor sensibilidade daqueles operadores da Justiça. E a prisão preventiva, nesses casos, não passará de uma execução sumária”.
9. Op. cit. p. 849/850.
10. Pernambucano foi preso duas vezes sem ser julgado e morreu pouco tempo depois de receber a notícia de que receberia o restante da indenização no valor de R\$2 milhões. O pernambucano Marcus Mariano da Silva, 63 anos, que passou 19 anos preso injustamente, morreu nessa terça-feira, logo após ser dada a notícia de que receberia do governo de Pernambuco o restante da indenização de R\$ 2 milhões, referente a ação que movia contra o Estado (CABRAL, 2011).
11. PRADO, Geraldo. *Excepcionalidade da prisão provisória*. p. 102/103.
12. Disponível em: <http://espacodefensor.blogspot.com.br/2011/10/texto-do-desembargador-geraldo-prado.html>
13. Luiz Flávio Gomes e outros. *Prisão e Medidas Cautelares*. 2. ed. São Paulo: Ed. Tribunais, 2011. p. 27.

14. Op. cit. p. 33.
15. JUNIOR LOPES, Aury. Direito Processual e sua conformidade Constitucional. v. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. p. 58. Argumenta o insigne jurista: “A forma processual é, ao mesmo tempo, limite de poder e garantia para o réu. É crucial para compreensão do tema o conceito de *fattispecie giuridica processuale*, isto é, o conceito de tipicidade processual e de tipo de processual, pois forma é garantia. Isso mostra, novamente, a insustentabilidade de uma teoria unitária, infelizmente tão arraigada na doutrina e jurisprudência brasileira, pois não existe conceito similar no processo civil”.
16. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et Grinover, Ada Pellegrini e Cândido Rangel Dinamarco. Teoria Geral do Processo. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 48.
17. Op. Cit. p. 58.
18. MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Processo Penal. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 115.
19. TUCCI, Rogério Lauria. Sequestro Prévio e Sequestro no CPC: distinção. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 5, 2005. p. 142.
20. Segundo Antonio Scarance Fernandes apud de Silvio Maciel e outros. Op. cit. p. 171.
21. GOMES, p. 33.
22. GOMES, p. 177.
23. VEGEZZI, p. 533.
24. LOPES JUNIOR, p. 104.
25. PRADO, Geraldo. Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 181/182.
26. Op. cit. (sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais) p. 102.
27. BANDEIRA, Marcos Antonio Santos. Os poderes instrutórios do juiz no processo penal: juiz espectador ou juiz protagonista? Revista do Magistrado. Ano IV. Nº 4, 2007. Sustentávamos no referido artigo “que juiz é este que se conforma tão-somente com as provas trazidas aos autos pelas partes? Que juiz é este que é indiferente ao resultado justo do processo? Que juiz é este que, diante das fragilidades das provas trazidas pelas partes, não se interessa em produzir outras para fortalecer ou construir o seu juízo de convencimento?... com efeito, não há mais lugar, no processo penal, para juiz neutro e desinteressado, ou, como já afirmado pela maioria da doutrina pátria, de juiz-espectador do processo. O papel ativo de co-gestor na produção da prova não atinge a imparcialidade do julgador no sistema processual acusatório. É necessário que o juiz moderno seja juiz-julgador, ou juiz-protagonista, que conhecendo a sua realidade sociocultural, analise o fato delituoso que lhe é submetido, aprecie as provas carreadas para os autos, e construa o seu juízo de certeza, com seu sentimento e sua carga de valores, buscando, com a colaboração ética das partes, a verdade processualmente possível, assegurando-se ao acusado, como sujeito de direito, o contraditório e a ampla defesa”.
28. LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional. p. 70.
29. CARNELUTTI, Francesco. Lecciones sobre El proceso penal. Trad. Santiago Sentis Melendo. Tomo II. Buenos Aires, 1950. p. 78.
30. Op. Cit. p. 71.
31. Op. Cit. p. 182.
32. FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. 3. Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 49.
33. <http://jus.com.br/revista/texto/4143/digressoes-acerca-do-principio-constitucional-da-igualdade#ixzz20Q11WMRa>.