Guilherme Madeira Dezem

A FLEXIBILIZAÇÃO NO PROCESSO PENAL

TESE DE DOUTORADO

Orientador Professor Titular Antonio Scarance Fernandes

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

São Paulo, 2013

Guilherme Madeira Dezem

A FLEXIBILIZAÇÃO NO PROCESSO PENAL

Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência para obtenção do título de Doutor em Direito Processual, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito – Área de Concentração em Direito Processual, sob a orientação do Professor Titular Antonio Scarance Fernandes

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO, 2013

AGRADECIMENTOS

Muitas foram as pessoas que me ajudaram no desenvolvimento deste trabalho. Seria vã a tentativa de nomear cada uma destas pessoas aqui tamanha a ajuda que recebi dos amigos.

Por isso eu decidi concentrar estes agradecimentos em duas pessoas que representam para mim tudo aquilo que alguém pode desejar na vida.

Em primeiro lugar o agradecimento é para Deus. Eu tenho certeza que Ele, em sua sabedoria, abre caminhos e também fecha aqueles com resultados ruins. Deus que em sua infinita sabedoria me testou, de diversas formas, nesta jornada de forma a me fazer aprender importantes lições. Acima de tudo, a lição que eu mais aprendi com Deus nesta jornada foram as lições da humanidade e do amor. Quanto mais próximos de Deus mais humanos nos tornamos e, quanto mais humanos, também mais próximos de Deus ficamos.

Também sou grato a Deus por ter colocado em meu caminho a segunda pessoa a quem agradeço por esta tese, o Professor Antonio Scarance Fernandes.

Conheço o Professor Scarance desde 1997, ocasião em que fui seu orientado em bolsa de pesquisa da FAPESP e, depois, tornei-me seu funcionário no ASF, curso preparatório chefiado por ele e por sua esposa, Dra. Sueli Diez Fernandes.

O Professor, como todos nós o chamamos, foi meu chefe, meu orientador no Mestrado e Doutorado, meu padrinho de casamento, mas, acima de tudo, foi a pessoa que salvou a minha vida, por duas vezes.

Quando era seu funcionário no ASF minha mãe faleceu e posso dizer, sem nenhuma dúvida, que se não fosse o apoio do Professor e da sua esposa eu não estaria aqui hoje.

Mais recentemente minha vida foi salva pelo Professor pela segunda vez. Sem a sua necessária intervenção e orientação esta Tese não teria sido sequer entregue ao departamento.

Foi a intervenção do Professor que fez o trabalho evoluir e alterar seu patamar. Sem sombra de dúvidas e sem falsa modéstia eu digo: todos os acertos desta tese são

devidos única e exclusivamente ao Professor Scarance, todos os erros e imperfeições devem-se unicamente a mim.

No Talmud está escrito: “Quem salva uma vida salva o mundo inteiro”. O Professor Scarance salvou o mundo, pelo menos duas vezes.

Obrigado Professor Scarance, sem o senhor eu não seria quem sou.

“Eu vejo um novo começo de era

De gente fina, elegante e sincera

Com habilidade pra dizer mais sim do que não.”

(Lulu Santos, Tempos Modernos)

Para a minha padawan, Milena.

Que sua vida seja cheia de magia.

RESUMO

A liquidez na pós-modernidade tem gerado a flexibilidade da vida contemporânea, causando transformações arrebatadoras na vida do indivíduo e na forma como ele se relaciona com os outros e com o mundo.

Estas transformações são cada vez mais velozes, o que gera dificuldade para o legislador, pois não consegue regular todas estas novas relações criadas, de modo a comprometer a efetividade do processo e também as suas garantias.

Diante destas dificuldades e das múltiplas peculiaridades que os casos concretos impõem, há necessidade de abandono de padrões rígidos da aplicação da legislação permitindo sua flexibilização.

Daí surge a ideia de flexibilização do processo, como sendo a adaptação das normas às peculiaridades do caso concreto. Esta flexibilização deve ser pautada por parâmetros para que não se resvale no arbítrio e na insegurança jurídica.

Os critérios desenvolvidos para a flexibilização do processo permitem, ao mesmo tempo, que ele seja mais justo e também mais eficaz, sem que com isso sejam quebradas as garantias do devido processo legal.

A partir da elaboração de uma teoria geral da flexibilização com indicação de parâmetros para a sua implementação, examina-se esta teoria em diversos institutos do direito processual penal a fim de validá-la.

São analisados institutos relativos às medidas cautelares pessoais, provas, procedimento e cooperação jurídica internacional como forma de validação da teoria geral anteriormente desenvolvida.

RIASSUNTO

Liquidità in postmodernità ha generato la flessibilità della vita contemporanea, causando cambiamenti radicali nella propria vita e come si relaziona con gli altri e con il mondo.

Queste trasformazioni sono sempre più veloci, che crea difficoltà per il legislatore, perché non può regolare tutti questi nuovi rapporti creati per compromettere l'efficacia del processo e le garanzie.

Date queste difficoltà e le peculiarità dei molti casi reali impongono alcuna necessità di abbandonare i rigidi standard di applicazione che consente la sua flessibilità.

Da qui l'idea di facilitare il processo, come l'adeguamento delle peculiarità del caso di specie. Tale flessibilità deve essere guidata da parametri affinché non sono resvale la volontà e l'incertezza giuridica.

I criteri sviluppato per consentire il processo di rilassamento, mentre è anche più equa ed efficace, senza che venga rotto con le garanzie del giusto processo.

Dallo sviluppo di una teoria generale di rilassamento che indica i parametri per la sua attuazione, esamina questa teoria in diversi istituti di diritto di procedura penale, al fine di convalidarlo.

Vengono analizzati gli istituti in materia di misure di protezione personale, prove, procedure e cooperazione giudiziaria internazionale come strumento di validazione della teoria generale sviluppato in precedenza.

ABSTRACT

Liquidity in postmodernity has generated the flexibility of contemporary life, causing sweeping changes in one's life and how he relates to others and to the world.

These transformations are becoming faster, which creates difficulty for the legislature because it can not regulate all these new relationships created in order to compromise the effectiveness of the process and its guarantees.

Given these difficulties and the many peculiarities that actual cases impose no need to abandon the rigid standards of enforcement allowing its flexibility.

Hence the idea of easing the process, as the adaptation of the peculiarities of the case. This flexibility should be guided by parameters that are not resvale the will and the legal uncertainty.

The criteria developed to allow the relaxation process, while it is also fairer and more effective without it being broken with the guarantees of due process.

From the development of a general theory of relaxation indicating parameters for its implementation, examines this theory in several institutes of criminal procedural law in order to validate it.

Are analyzed institutes relating to personal protective measures, evidence, procedure and international legal cooperation as a means of validation of the general theory developed previously.

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1: O MUNDO FLEXIBILIZADO 14
1.1 Globalização e flexibilização 14
1.2 Soberania 18
1.2.1 – Soberania e flexibilização: a mudança de paradigmas 20
1.3 – Tecnologia e flexibilização 23
1.4 – O processo no mundo pautado pela flexibilização 26
CAPÍTULO 2: FLEXIBILIZAÇÃO 33
2.1 – O sentido léxico do termo flexibilização 33
2.2 – A noção de flexibilização no processo 34
2.3 – Os sistemas rígidos e os sistemas flexíveis no Direito processual penal 37
2.4 – O caminhar do processo penal brasileiro para a flexibilização 40
2.5 – Flexibilização em sentido amplo e em sentido estrito: regra de exceção, interpretação extensiva e equidade 42
2.6 – Planos de flexibilização 44
2.7 – Os parâmetros para a flexibilização em sentido estrito 46
2.7.1 – Flexibilização e legalidade 47
2.7.2 – Flexibilização e proporcionalidade 48
2.7.2.1 – O princípio da proporcionalidade como parâmetro da flexibilização nos *hard cases* 54
2.7.3 – Flexibilização e razoabilidade 56
2.8 – A operação de flexibilização 59
2.8.1 – A flexibilização e as partes 64
CAPÍTULO 3: DIREITOS HUMANOS, DEVIDO PROCESSO LEGAL E FLEXIBILIZAÇÃO 69
3.1 – Considerações iniciais 71
3.2 – Caraterísticas dos direitos fundamentais 71
3.3 – Respeito aos direitos humanos e flexibilização 74
3.4 – Os direitos humanos e as Convenções 76
3.5 – Direito Internacional dos Direitos Humanos e flexibilização 77
3.5.1 – Devido processo legal na visão da Corte Interamericana de Direitos Humanos 82
3.6 – Direitos humanos, devido processo legal, flexibilização e a macro-criminalidade 85
CAPÍTULO 4: 89
MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS E FLEXIBILIZAÇÃO 89
4.1 – Flexibilixação legislativa: parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade nas medidas cautelares pessoais 94
4.1.1 – Flexibilização legislativa dirigida ao juiz e motivação 97
4.3 – Flexibilização e cumulação das medidas cautelares 103
4.3.1 – Flexibilização judicial, cumulação de medidas cautelares e prisão preventiva 105
4.4 – Flexibilização judicial e prisão em flagrante 107
4.5 – Flexibilização e Prisão Preventiva – Descumprimento de medidas cautelares pessoais 112
4.6 – Flexibilização e medidas cautelares diversas da prisão: Noções gerais 116
4.7 – Flexibilização judicial das medidas cautelares diversas da prisão: Determinações e proibições de comparecimento 119
4.8 – Flexibilização judicial e suspensão da função pública 121
4.9 – Prisão domiciliar: Medida substitutiva da prisão preventiva 125

CAPÍTULO 5: 129
FLEXIBILIZAÇÃO DO PROCESSO: 129
PROCEDIMENTO E PROVAS 129
5.1 – Resposta à acusação: flexibilização do prazo e do momento para arrolar testemunhas 130
5.2 – Videoconferência: flexibilização de sua utilização 133
5.3 – Prazo dos memoriais no procedimento comum e flexibilização 135
5.4 – Flexibilização, prova e meios virtuais 136
5.5 – O uso do Recurso em Sentido Estrito para hipóteses não previstas em lei como forma de flexibilização em sentido amplo 143
CAPÍTULO 6: FLEXIBILIZAÇÃO E COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL 146
6.1 – O dever constitucional de cooperação 146
6.2 – Formas de cooperação: Carta Rogatória 149
6.2.1 – Noção e abrangência 149
6.3 – Flexibilização na cooperação: O auxílio direto 152
6.4 – Limitações à cooperação jurídica internacional 154
6.4.1 – A solução norte americana e a teoria do non inquiry 155
6.4.2 – A solução espanhola e a STC 91/2000 157
6.4.3 – A solução brasileira – posição do STF e do STJ: análise geral dos requisitos para a concessão do exequatur 159
6.5 – Flexibilização do processo: a proposta de paradigma para a cooperação jurídica 164
CONCLUSÃO 172
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 181

INTRODUÇÃO

O mundo está em processo constante de transformação e, hoje em dia, este processo mostra-se ainda mais acentuado. O aumento da velocidade das mudanças está sem precedentes na história da humanidade.

As cotidianas transformações estão tão rápidas que geram dificuldades para o legislador regulá-las com a necessária eficiência e, no entanto, há necessidade do estabelecimento de padrões normativos para a solução das questões jurídicas que surgem com estas mudanças, sem, contudo, que haja desrespeito aos direitos humanos.

O objetivo do trabalho consistirá na demonstração de que a flexibilização do processo é o mecanismo que atende às transformações de maneira a assegurar tanto a eficiência do sistema quanto o garantismo.

Para isto, o trabalho será dividido em duas partes. Na primeira parte procurar-se-á demonstrar quais são os parâmetros para a flexibilização do processo e, na segunda, estes parâmetros apresentados serão aplicados em diversos institutos para a demonstração de sua validade.

A adoção deste método de trabalho justificar-se-á na medida em que a construção da teoria deve preceder ao seu teste. Somente com a aplicação da teoria desenvolvida é que poderá ser comprovada sua eficácia no trato das questões jurídicas.

Assim, o Capítulo 1 demonstrará o caminhar do mundo para a flexibilização, analisando-se alguns importantes tópicos: a globalização, a soberania e a tecnologia, terminando por analisar as implicações destas flexibilizações no processo penal.

No Capítulo 2 será desenvolvida a teoria da flexibilização. Aqui serão indicados os parâmetros para que ela ocorra bem como qual deve ser a operação do juiz na efetivação deste processo.

No Capítulo 3 mostrar-se-á a relação existente entre a flexibilização do processo, os direitos humanos e o devido processo legal; demonstrando que a

flexibilização não pode violar os direitos humanos e que ela não se mostra incompatível com o devido processo legal, mostrando-se como exigência dele.

Superada a primeira parte com a construção da teoria, passar-se-á a desenvolver a segunda parte com sua aplicação em diversos institutos processuais.

No Capítulo 4 a teoria da flexibilização será aplicada ao tema das medidas cautelares pessoais. Procurar-se-á demonstrar como a flexibilização do processo pode ajudar na solução equilibrada de importantes controvérsias existentes na lei.

No Capítulo 5 será analisada a flexibilização do processo em relação ao tema do procedimento e das provas. Aqui será demonstrado como o mecanismo da flexibilização pode resolver peculiaridades do caso concreto e ajudar na solução do tema da prova no meio virtual.

No Capítulo 6 a flexibilização do processo será aplicada ao tema da cooperação jurídica internacional. Aqui demonstrar-se-á a necessidade de ser superado o paradigma da desconfiança entre os Estados para que se caminhe em direção ao paradigma da confiança na cooperação, e a flexibilização ajudará neste processo de harmonização.

A linha de pesquisa consiste na tentativa de compatibilização da proteção dos direitos humanos com a eficiência do sistema. A flexibilização mostrar-se-á, então, como importante mecanismo nesta composição.

CAPÍTULO 1: O MUNDO FLEXIBILIZADO

O mundo tem passado por várias e acentuadas mudanças nos últimos tempos, indicativas de um caminhar no sentido da flexibilização. Estas mudanças abrangem os diversos aspectos da sociedade, desde mudanças comportamentais dos indivíduos, até mesmo mudanças na própria estrutura organizacional do Estado.

A flexibilização, como fenômeno social, embora manifeste-se em muitos campos, merece ser destacada para o presente trabalho em alguns aspectos. Assim, podem ser destacadas a globalização, a soberania e a tecnologia.

A globalização incrementa a relação entre os países, produz aumento da cooperação jurídica e, por isso, gera fluidez nos sistemas jurídicos. A globalização produz aquilo que se chamou de *Unsicherheit* e que afasta a previsibilidade que estamos acostumados.

O conceito de soberania passa por revisão devido a vários motivos como, por exemplo, a atuação dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos ou pela necessidade de Cooperação Jurídica Internacional.

O avanço tecnológico atual, notadamente com a internet, torna a vida mais fluida, pois aumenta sensivelmente a velocidade da comunicação.

1.1 Globalização e flexibilização

ANTHONY GIDDENS começa sua explicação sobre o mundo moderno com um passeio ao supermercado[1]. A inusitada metáfora é perfeita para que sejam entendidos os múltiplos significados e implicações da globalização.

Quando se passeia hoje em um supermercado, em cada prateleira percebe-se um pedaço do mundo: em um canto podem ser comprados chás produzidos na Índia, em outro são encontradas salsichas alemãs. Caminhando-se um pouco mais podem ser encontrados diversos produtos chineses e também carnes argentinas.

Ora, este singelo passeio nos permite inferir a característica marcante da modernidade e que acaba por ser uma das principais tônicas de toda e qualquer tentativa de se ler o mundo atual: a globalização[2].

Embora vista por alguns como fenômeno estritamente econômico, o sentido da globalização é mais amplo: abarca tanto fenômeno econômico quanto fenômeno cultural[3].

A pós-modernidade [4] acaba por trazer fatores que contribuem para a globalização e ampliam sua incidência. Exemplo disto é a integração virtual entre as economias e as próprias pessoas dos diversos países do mundo[5].

---

[1] GIDDENS, Anthony. *Sociologia.* 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2005.

[2] Para GIDDENS globalização é termo utilizado para referir-se "àqueles processos que estão intensificando as relações a interdependência sociais globais" (GIDDENS, Anthony. Op. cit., p. 61).

[3] Novamente nos valemos aqui de GIDDENS: "Embora as forças econômicas sejam uma parte integrante da globalização, seria errado sugerir que elas sozinhas a produzam. A globalização é criada pela convergência de fatores políticos, sociais, culturais e econômicos. Foi impelida, sobretudo, pelo desenvolvimento de tecnologias da informação e da comunicação que intensificam a velocidade e o alcance da interação entre as pessoas ao redor do mundo" (Idem, ibidem).

[4] O conceito de pós-modernidade é um dos mais discutidos em toda a Sociologia. Há até mesmo quem negue o estado da pós-modernidade. Nos limites deste trabalho importa esclarecer que é adotado o conceito de pós-modernismo de DAVID HARVEY, que esclarece "(...) o pós-modernismo, com sua ênfase na efemeridade da *jouissance*, sua insistência na impenetrabilidade do outro, sua concentração antes no texto do que na obra, sua inclinação pela desconstrução que beira o niilismo, sua preferencia pela estética, em vez da ética, leva as coisas longes demais. Ele as conduz para além do ponto em que acaba a política coerente, enquanto a corrente que busca uma acomodação pacífica com o mercado o envereda firmemente pelo caminho de uma cultura empreendimentista que é o marco do neoconservadorismo reacionário. Os filósofos pós-modernos nos dizem que não apenas aceitemos mas até nos entreguemos às fragmentações e à cacofonia de vozes por meio das quais os dilemas do mundo moderno são compreendidos." HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. 7. ed. São Paulo: Edições Loyola, 1998. p. 111-112.

Já no campo do Direito, é de se destacar o trabalho desenvolvido por EDUARDO BITTAR ao buscar os paradigmas da pós-modernidade. Após destacar que a pós-modernidade é conceito que se choca com a modernidade em alguns setores, pois estamos em fase ainda de transição, afirma Bittar, com base em Harvey, "a vinda do pluralismo, inaugurado na pós-modernidade, é saudada por uns com muito otimismo, e, por outros, com muito pessimismo. Em lugar do uno, o diviso; em lugar do total, o fragmentário; em lugar do certo, o indeterminado; em lugar do universal, o local; em lugar do despersonificado, o personalíssimo". BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade (e reflexões frankfurtianas).* 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. p. 167.

O aumento deste intercâmbio de pessoas e bens afeta as relações jurídicas e os sistemas jurídicos na medida em que pessoas de diversas nacionalidades serão regidas por leis que não são as leis de seus países de origem.

Além disto, outras mudanças provocam implemento da globalização. O surgimento de novos atores como organizações intergovernamentais e por organizações não-governamentais também acaba por ampliar o âmbito das relações entre Estados e pessoas[6]. Isso porque a atuação destas organizações hoje não é mais restrita unicamente ao seu Estado de origem e, assim como as pessoas, as organizações também tem atuação internacional.

Todo este processo de globalização torna, certamente, o mundo mais inseguro, fazendo com que a *Unsicherheit* seja característica do nosso tempo[7]. Aqui o termo *Unsicherheit* vem da língua alemã e significa mais do que mera insegurança.

Como explica ZYGMUNT BAUMAN, *Unsicherheit* significa "(...) um desconforto muito mais complexo, que inclui a incerteza, a falta de proteção e a insegurança (...)". O sentido de ordem que se tinha em épocas anteriores se perde na pós-modernidade.

Novamente ZYGMUNT BAUMAN afirma:

> "as coisas estão em ordem se você não precisa se preocupar com a ordem das coisas; as coisas estão em ordem se você não pensar, ou não sentir a necessidade de pensar, na ordem como um problema, muito menos como uma tarefa. E uma vez que você começa a pensar na ordem, isso é sinal de que algo em algum lugar está fora de ordem, de que as coisas estão escapando de suas mãos, e por isso você deve tomar alguma atitude para colocá-las outra vez na linha."[8]

---

[5] GIDDENS, Anthony. Op. cit., p. 62.

[6] GIDDENS afirma este aspecto: "finalmente, a globalização está sendo conduzida pelas organizações intergovernamentais (OIGs) e pelas organizações internacionais não-governamentais (ONGs)" E arremata: "Uma organização intergovernamental é um organismo que é estabelecido pelos governos participantes, ao qual é dada a responsabilidade de regular e supervisionar um domínio particular da atividade que é de alcance transnacional" GIDDENS, Anthony. Op. cit., p. 64.

[7] BAUMAN, Zygmunt. *A sociedade individualizada:* vidas contadas e histórias vividas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 61.

[8] BAUMAN, Zygmunt. Ob. cit., p. 44.

Desta forma, as pessoas se veem tomadas por *Unsicherheit* porque faz parte integrante de suas vidas a ausência de previsibilidade sobre seus destinos, sobre sua sorte na vida, havendo até mesmo o sentimento de falta de controle sobre seu caminho[9].

Daí porque ZYGMUNT BAUMAN fala da globalização como "nova desordem mundial"[10]. Este sentimento de insegurança (*Unsicherheit*) que é característica da pós-modernidade, que a torna líquida, faz com que a flexibilização seja o "slogan do dia"[11].

Há em BAUMAN um sentido negativo no uso de todos estes termos e dele nos afastamos. Sua visão de mundo leva a crer que a flexibilização e a nova ordem mostram-se como contrárias ao indivíduo e como mais uma forma de mecanismo de restrição de direitos.

O pensamento de ZYGMUNT BAUMAN tem importante função descritiva do mundo. A identificação desta nova ordem mundial e da própria flexibilização são importantes contribuições de seu trabalho, no entanto, não é possível extrair deste o caráter opressivo que o autor apresenta.

Vemos na pós-modernidade a desvalorização da ordem tal como conhecida e que é apresentada por ZYGMUNT BAUMAN como "A nova desordem mundial", apelidada de "globalização", tem, no entanto, um efeito realmente revolucionário: a *desvalorização da ordem*:

> "Uma eventualidade assim pode ser entrevista na análise de CROZIER, ou mesmo antecipada em vista da tendência notoriamente

---

[9] Mesmo nas Ciências ditas exatas, como é o caso da física, verifica-se a inquietação com o determinismo e a previsibilidade como apresenta ILYA PRIGOGINE ao afirmar: "arraigar o indeterminismo e a assimetria do tempo nas leis da física é a resposta que podemos dar hoje ao dilema de Epicuro. Senão, essas leis são incompletas, tão incompletas quanto se ignorasse a gravitação ou a eletricidade" (PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas*: tempo, caos e as leis da natureza. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1996. p. 23).

[10] BAUMAN, Zygmunt. *A sociedade individualizada* ... cit., p. 48.

[11] Embora a flexibilização seja vista por Bauman dentro da esfera da relação entre o capital e o trabalho, também se pode extrapolar seu sentido para os diversos aspectos da vida diária. É certo que o sociólogo vê sentido ruim no uso do termo flexibilização quando aplicado ao trabalho, afirmando que "como muitos valores de linha de frente, a idéia de 'flexibilidade' esconde sua natureza de relação social, o fato de que demanda a redistribuição de poder e implica uma intenção de expropriar o poder de resistência daqueles cuja 'rigidez'está a ponto de ser superada" (BAUMAN, Zygmunt. *Globalização:* as consequências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.p. 35. No entanto, como será visto no Capítulo 2, vemos outro sentido para o termo flexibilização.

> autodestrutiva de toda construção da ordem – mas só agora ela pode ser observada em todas as suas ramificações. No mundo que se globaliza, a ordem transforma-se em índice de falta de poder e de subordinação. A nova estrutura de poder global é operada pelas oposições entre mobilidade e sedentarismo, contingência e rotina, rarefação e densidade de imposições. É como se o longo trecho da história que começou com o triunfo dos sedentários sobre os nômades estivesse chegando ao final" [12].

1.2 Soberania

A ideia de soberania também passa por mudanças profundas que conduzem à ideia de flexibilização. Desde a concepção inicial da soberania como poder absoluto percorreu-se longo caminho e, atualmente, sua concepção é diferente.

A noção original de soberania está expressa no brocardo *suprema potestas superiorem non recognoscens* (poder supremo que não reconhece outro acima de si)[13].

Esta noção de soberania forma-se, em especial, com a paz de Westfalia, de 1648 que deu origem aos Estados soberanos. Com o surgimento destes Estados, teve-se então, a mudança em suas relações: de um lado, deveriam relacionar-se com seus súditos e, de outro, com outros Estados igualmente soberanos.

Na lição clássica, a soberania pode ser analisada em sua manifestação interna e em sua manifestação externa e, como bem demonstrou LUIGI FERRAJOLI, ambas as manifestações estão indissociavelmente ligadas[14].

Segundo FERRAJOLI, é no plano da relação interna com seus súditos que é percebida a quebra no sentido clássico de soberania a partir da Revolução Francesa: o

---

[12] BAUMAN, Zygmunt. *A sociedade individualizada* ... cit., p. 48-49.
[13] FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*: nascimento e crise do estado nacional. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 1.
[14] FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., em especial as observações contidas na p. 41.

sentido absoluto e interno da soberania deixa de existir, ocorrendo progressiva limitação do poder estatal por meio das declarações dos direitos fundamentais[15].

No entanto, quanto mais se limitava o poder soberano no âmbito interno, mais era proclamado o Estado como absoluto no âmbito externo. Neste sentido, cabe a lição de LUIGI FERRAJOLI:

> "O estado de direito, internamente, e o estado absoluto, externamente, crescem juntos como os dois lados da mesma moeda. Quanto mais se limita – e, através de seus próprio limites, se autolegitima – a soberania interna, tanto mais se absolutiza e se legitima, em relação aos outros Estados e sobretudo em relação ao mundo "incivil", a soberania externa"[16].

Esta soberania externa foi mantida praticamente intacta até o advento das Guerras Mundiais e, o seu final, com o surgimento da ONU e da Declaração Universal dos Direitos do Homem e os sucessivos pactos que surgiram. A partir do surgimento de regras que passaram a limitar também a atuação externa dos Estados, foi tido outro ataque ao conceito clássico de soberania, agora em sua vertente externa.

Novamente LUIGI FERRAJOLI:

> "Sua crise – agora o podemos afirmar, começa justamente, tanto na sua dimensão interna quanto naquela externa, no mesmo momento em que a soberania entra em contato com o direito, dado que ela é a negação deste, assim como o direito é a sua negação. E isso uma vez que a soberania é a ausência de limites e de regras, ou seja, é o contrário daquilo em que o direito consiste. Por essa razão, a história jurídica da soberania é a história de uma antinomia entre

[15] Afirma FERRAJOLI: "(...) dá seu primeiro passo com o ocaso do absolutismo régio e com o nascimento do Estado liberal. Com a *Declaração dos direitos do homem e do cidadão*, de 1789, e depois com as sucessivas cartas constitucionais, muda a forma do Estado e, com ela muda, até se esvaziar, o próprio princípio da soberania interna." Op., cit., p. 28.
[16] Idem. p. 35.

> dois termos – direito e soberania -, logicamente incompatíveis e historicamente em luta entre si”[17].

Em suma, o autor vê o nascimento e a morte do conceito de soberania (em sua dupla dimensão) de maneira concomitante ao próprio nascimento e ascensão do Estado de Direito.

Esta ideia de limitação da soberania por força do Direito mostra-se correta. No entanto, não se mostra correta a ideia de LUIGI FERRAJOLI de que não existe mais soberania no mundo atual. O que houve foi uma mudança de concepção.

1.2.1 – Soberania e flexibilização: a mudança de paradigmas

A crise no conceito de soberania conduz a uma mudança do seu próprio paradigma. O paradigma anterior amparado na desconfiança, base para a sustentação de um poder ilimitado dos Estados, não se motra mais como adequado e não corresponde à realidade mundial, sendo necessária sua superação. Deve-se superar o paradigma da desconfiança para que se caminhe em direção ao paradigma da confiança.

Quando os Estados colocavam-se de maneira absoluta em suas relações externas, apresentavam-se entre si como iguais e, por isso, conviviam em um mundo em que imperava a desconfiança. O diferente gerava em outro Estado, automaticamente, repúdio. Tome-se como exemplo o tema da Cooperação Jurídica Internacional, quando a cooperação era facilitada entre Estados com sistemas jurídicos similares.

Chegava-se mesmo a recusar a cooperação mediante e, principalmente, em virtude da “ordem pública” e, neste quadro, o cumprimento de decisões executórias emitidas por um país a outro era algo impensável.

No entanto, com a evolução das relações entre os Estados, a globalização teve a necessidade da mudança de paradigma. Estabeleceu-se um novo paradigma em que os Estados não atuariam mais com a desconfiança que era a base do modelo até então vigente.

[17] Idem, p. 44.

Vem de PETER HÄBERLE a elaboração teórica deste novo modelo em oposição ao anterior. Em texto de 1977 referiu o surgimento daquilo que denominou de "Estado Constitucional Cooperativo".[18]

Para PETER HÄBERLE este Estado Constitucional Cooperativo foi fundado e limitado juridicamente por meio de princípios constitucionais materiais e formais:

> "É o Estado no qual o (crescente) poder social também é limitado através da 'política de Direitos Fundamentais' e da separação social (por exemplo, 'publicista') de Poderes" [19].

Em suma, o Estado Constitucional Cooperativo está centrado no respeito aos direitos fundamentais[20], que é base para o desenvolvimento das relações jurídicas entre os diversos Estados.

O novo paradigma da confiança conduz o Estado a ampliar seu alcance[21]. No paradigma da desconfiança, um nacional poderia muito bem, em uma série de situações,

---

[18] HÄBERLE, Peter. Estado *Constitucional cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 6.

[19] Idem, ibidem.

[20] Neste sentido é HÄBERLE quem faz o alerta sobre os limites e perigos deste estado ao afirmar: "o Estado constitucional ocidental é, quantitativamente, somente um tipo relativamente raro de Estado. De um lado, ele concorre com os chamados Estados '*socialistas*' e, de outro, com Estados *autoritários* ou *totalitários* na Europa, África, América Latina e Ásia. Seria de pouca visão, até mesmo perigoso, se a dogmática constitucional não visse esse conjunto de fatos, se ela construísse – entusiasmada pelo seu próprio modelo – formas européias de cooperação que abrissem os Estados de tal forma que estes ficassem expostos a perigos pelos Estados 'selvagens' (que são, por sua vez, sujeitos de Direito Internacional)". Op., cit., p. 20.

[21] Há, é claro, resistências a este modelo. Por todos, veja-se a crítica de JOSÉ DE FARIA COSTA: "de forma sintética poder-se-á sustentar, sem quebra de rigor analítico, que a noção de Estado e as suas específicas funções de soberania entraram em crise não só por força de circunstâncias exógenas mas também por mor de condições endógenas. Ou seja: por força de pressões internas e externas que, todavia, parecem todas confluir no sentido da desarticulação e desagregação do Estado, tal como o temos concebido até aos nossos dias. Assim, externamente é cada vez mais puxado para espaços políticos supranacionais (veja-se o que se passa, por exemplo, na União Europeia). Espaços políticos supranacionais muitíssimo mais vastos onde as decisões que se reflectem nos diferentes Estados nacionais são tomadas por estruturas ou órgãos de decisão de escassa legitimidade democrática e que, para além disso, se encontram afastadíssimos da realidade específica e concreta de cada País. É bem verdade que para combater esta voragem centrípeta das estruturas ou órgãos supranacionais se defende o princípio da subsidiaridade. Mas não é também menos verdade saber-se da pouca eficácia de um tal princípio em uma época de indefinição ou de indecisão como a que se vive. Depois, internamente, o Estado sofre o desgaste de todos os movimentos de regionalização e autonomia - o constante aumento dos chamados poderes sub-estaduais - que se têm acentuado ultimamente. Sofre, para além de tudo - sendo esta, talvez, a característica mais saliente de todo este processo -, a privatização de um conjunto de tarefas e funções que eram até então tidas como pilares sacrossantos do Estado. Pense-se, nomeadamente, na saúde, na educação, nas telecomunicações etc. E se a segurança interna e a defesa, chamemos-lhes nucleares, é ainda tarefa do Estado, já se vêem proliferar formas privadas de segurança e propugnar-se até, por exemplo, não a compra de material bélico mas antes a *efectivação* de contratos *leasing* sobre esse mesmo material

conseguir "imunidade" por seus atos simplesmente cruzando a fronteira de seu país. Já no paradigma da confiança, os Estados prometem cooperar entre si de forma que este mesmo nacional já não mais está imune pelo simples atravessar de uma fronteira[22].

Enfim o Estado Constitucional Cooperativo confia no sistema internacional e nos demais Estados[23]. O fato de seu fundamento repousar no respeito aos Direitos Humanos facilita este mútuo reconhecimento e torna mais seguras as bases de relacionamento entre os Estados que não mais possuem motivos para desconfiar de outros sistemas jurídicos.

Este modelo de Estado não é um fim em si mesmo, nem encontra-se pronto e acabado[24]. O Estado Constitucional Cooperativo é um modelo a ser perseguido e que encontra vários desafios para sua implementação[25].

---

bélico. O que tudo mostra, se necessário fosse, o acerto da posição analítica de todos os que sustentam e seguem o discorrer que se acabou de proceder." (COSTA, José de Faria. O fenómeno da globalização e o direito penal econômico. *RBCCrim*, n. 34, p. , São Paulo, RT, abr. 2001.).

[22] Neste sentido afirma PETER HÄBERLE que: "o Estado Constitucional cooperativo vive de necessidades de cooperação no plano econômico, social e humanitário, assim como – falando antropologicamente – da consciência da cooperação (internacionalização da sociedade, da rede de dados, opinião pública mundial, das demonstrações com temas de política externa, legitimação externa)." Op. cit., p. 19.

[23] Bem por isso, afirma ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS: "portanto, não é mais cabível, hoje, que um Estado alegue, na defesa de suas condutas violatórias de direitos humanos, que a proteção de direitos humanos faz parte de seu domínio reservado, e que eventual averiguação internacional (mesmo que mínima) da situação interna de direitos humanos ofenderia sua soberania". RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em juízo, comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos e estudo da implementação dessas decisões no direito brasileiro.* São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 77.

[24] Neste sentido, merece destaque a lição de GUIDO F. SOARES: "a evolução do Direito Internacional, por outro lado, revelou que os fenômenos oriundos dos relacionamentos internacionais exigiam algo mais do que uma simples abstenção por parte dos Estados e, sendo assim, em especial no correr do séc. XX, novo conteúdo foi-lhe acrescentado: o dever de cooperação, entendido não mais como um ideal a ser atingido, segundo o desiderato dos grandes filósofos moralistas dos séculos anteriores, mas como uma necessidade de os Estados poderem atingir a determinados objetivos. A dimensão de um dever de cooperação, como condição para a efetividade das ações dos Estados nos relacionamentos com outros, se tornou, portanto, uma característica fundamental do Direito Internacional, como comprovam as próprias experiências de integração econômica regionais, motivadas antes por necessidades pragmáticas do que por um ideal de cooperação, com vistas a um conteúdo mais equitativo nos relacionamentos interestatais". SOARES, Guido F. S. União Europeia, Mercosul e a proteção dos direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia (coord.). *Direitos Humanos, globalização econômica e integração regional*: desafios do direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 123).

[25] Rejeita-se, portanto, neste aspecto a crítica apresentada por JEREMY WALDROM que vê dicotomia na aplicação das decisões internacionais como se fosse mera questão atinente a opção entre a lei como vontade e a lei como razão: "*I am under no illusion, however, that the practice of the Supreme Court in Roper and in other cases actually answers to the characterization I have given. Practice often falls short of theory — particularly when the practitioners have not shown much awareness of the theory in question! And there are all sorts of pitfalls and temptations associated with a theory as loose as this. No crisp or precise litmus test defines the sort of international consensus that makes up ius gentium on any particular subject. It is, as we have seen, a matter of interpretation, and so there is always the prospect that a judge will invoke this theory opportunistically, picking and choosing the consensus he relies on, to reinforce conclusions that he wanted to reach anyway. For those who see law as a matter of will, this sort of theory is at best just an opportunity for*

1.3 – Tecnologia e flexibilização

Nossa época é marcada pela velocidade do avanço das mudanças tecnológicas. O atual período da história é caracterizado pelo aumento da velocidade das mudanças tecnológicas sem que haja precedentes na história do homem.

NICOLAU SEVCENKO esclarece:

> "Essa situação transparece com clareza na taxa de crescimento dos conhecimentos técnicos, que desde o começo do século XX é de treze por cento ao ano. O que significa que ela dobra a cada cinco anos e meio. Alguns teóricos calculam que, em vista das novas

---

haphazard legitimation. But for those who do see legal decision as a matter of reasoning one's way through problems, my account may help to explain why courts turn naturally to foreign law. The real contrast between those who oppose and those who defend the use of foreign law in American legal reasoning is not that jurists in the first group are parochial and the second cosmopolitan. It is rather this contrast between law as will and law as reason. Those who approach the law as a matter of will do not see any reason why expressions of will elsewhere in the world should affect our expressions of will in America. But those who see law as a matter of reason may well be willing to approach it in a scientific spirit that relies not just on our own reasoning but on some rational relation between what we are wrestling with and what others have figured out." WALDROM, Jeremy. Foreign law and the modern ius gentium. *Harvard Law Review*, v. 119, p. 146-147. Realmente temos um problema quando o julgador simplesmente decide optar entre um sistema e outro como apontado na crítica, no entanto o problema não está na vontade contra a razão como opções antitéticas. O problema maior está na falta de critérios científicos e por isso a crítica do pick and choose feita é válida. No entanto, este *pick and choose* existe em cada uma das escolhas feitas pelo julgador sobre qual sistema interno usar. A questão, então, está em fazer com que o julgador passe a utilizar critérios lógicos na escolha e não meramente critérios arbitrários: "Eu estou sob nenhuma ilusão, no entanto, convencido que a prática do Supremo Tribunal Federal em Roper e em outros casos, na verdade, responde à caracterização que tenho dado. A prática muitas vezes fica aquém da teoria - principalmente quando os praticantes não têm demonstrado muita consciência da teoria em questão! E há todos os tipos de armadilhas e tentações associadas com uma teoria tão solta como esta. Nenhum teste decisivo, nítido ou preciso define o tipo de consenso internacional de que faz-se ius gentium sobre qualquer assunto particular. É, como vimos, uma questão de interpretação, e por isso há sempre a perspectiva de que um juiz irá chamar esta teoria oportunista, escolhendo o consenso que ele se baseia, para reforçar as conclusões que ele queria chegar de qualquer maneira. Para aqueles que vêem a lei como uma questão de vontade, este tipo de teoria é a melhor em apenas uma oportunidade para a legitimação casual. Mas para aqueles que vêem a decisão jurídica como uma questão de forma um raciocínio por meio de problemas, minha conta pode ajudar a explicar por que os tribunais se viram naturalmente para a lei estrangeira. O contraste real entre aqueles que se opõem e aqueles que defendem o uso do direito estrangeiro no raciocínio jurídico norte-americano não é que juristas do primeiro grupo são paroquial e cosmopolita do segundo. É um pouco esse contraste entre a lei como vontade e lei como razão. Aqueles que se aproximam da lei como uma questão de vontade não veem nenhuma razão para que expressões da vontade de outras partes do mundo deva afetar nossas expressões de vontade nos Estados Unidos. Mas aqueles que vêem a lei como uma questão de razão podem muito bem estar dispostos a abordá-la em um espírito científico que se baseia não apenas no nosso próprio raciocínio, mas em uma relação racional entre o que estamos lutando com o que os outros e ter descoberto ".

> possibilidades introduzidas pela Revolução Microeletrônica, em inícios do século XXI, essa taxa tenderá a ser da ordem de mais de quarenta por cento ao ano, chegando praticamente a dobrar a cada período de doze meses"[26].

Um dos marcos desta revolução tecnológica é a internet. A internet e a cultura do virtual mudaram a nossa forma de relacionamento com as outras pessoas e com a realidade que nos cerca.

Fala-se, atualmente, em cibercultura como sendo a

> "formação histórica de cunho prático e cotidiano, cujas linhas de força e rápida expansão baseadas nas redes telemáticas, estão criando, em pouco tempo, não apenas um mundo próprio mas, também, um campo de reflexão intelectual pujante, dividido em várias tendências de interpretação"[27].

Um dos grandes teóricos da internet, o sociólogo MANUEL CASTELLS, nos ensina que a internet não é apenas uma tecnologia. Na verdade, a internet representa um meio de comunicação e a própria infraestrutura da organização da rede[28].

A internet afetou de maneira profunda a própria noção de soberania, na medida em que os Estados foram obrigados a repensar sobre o efetivo controle que detêm sobre a informação existente na internet e sobre os espaços a serem ocupados.

A geografia, agora, adquire, nova versão, na medida em que a atuação do indivíduo não é mais limitada ao espaço físico do Estado, atua o indivíduo com a geografia do próprio globo. Seu limite é o espaço mundial[29].

---

[26] SEVCENKO, Nicolau. *A corrida para o século XXI:* no loop da montanha russa. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 24.

[27] RÜDIGER, Francisco. As teorias da cibercultura, perspectivas, questões e autores. Porto Alegre: Sulina, 2011, p. 7.

[28] CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet:* reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p. 116: "Sabemos, a partir dos capítulos precedentes, que a internet não é simplesmente uma tecnologia: é um meio de comunicação (como eram os pubs), e é a infra-estrutura mateerial de uma determinada forma organizacional: a rede (como era a fábrica)".

[29] Novamente CASTELLS nos ensina: "a Era da internet foi aclamada como o fim da geografia. De fato, a internet tem uma geografia própria, uma geografia feita de redes e nós que processam fluxos de informação gerados e administrados a partir de lugares. Como a unidade é a rede, a arquitetura e a dinâmica de múltiplas

Assim, é possível que um cidadão no Brasil arquive documentos em determinado serviço oferecido por *site* situado em país a quilômetros de distância do Brasil. A configuração geográfica da internet adquire contornos próprios e distintos do plano físico a que estamos acostumados a pensar.

As limitações ao controle do Estado sobre a internet (e a própria inviabilidade deste controle) acabam por solapar a autoridade e o poder do Estado neste campo. As tentativas de controle da internet pelo Estado acabam por produzir resultados ainda tímidos[30].

A intimidade ficou enfraquecida com a internet. O monitoramento na internet é algo real e efetivo[31]. A influência da internet é tão grande que a vida hoje é, em grande parte, virtual. Por isso influi no Direito e também no direito processual penal. Questões atinentes à competência e, em especial, aos meios de obtenção de prova adquiriram novos contornos.

A flexibilização manifesta-se na tecnologia por conta da velocidade das mudanças e pelas novas formas de interação entre as pessoas. As mudanças são tão rápidas e tão profundas que alteram diariamente a forma da relação dos indivíduos com o mundo e com as outras pessoas.

Assim, por exemplo, basta pensar nas mudanças existentes nos últimos dez anos. Caso seja comparado o mundo há dez anos com o mundo atual percebe-se como

---

redes são as fontes de significado e função para cada lugar. O espaço de fluxos resultante é uma nova forma de espaço, característico da Era da Informação, mas não é desprovida de lugar: conecta lugares por redes de computadores telecomunicadas e sistemas de transporte computadorizados. Redefine distâncias mas não cancela a geografia. Novas configurações territoriais emergem de processos simultâneos de concentração, descentralização e conexão espaciais, incessantemente elaborados pela geometria variável dos fluxos de informação global" (CASTELLS, Manuel. Op. cit., p. 70).

[30] Novamente recorre-se a CASTELLS que ensina que "(...) a internet solapou decisivamente a soberania nacional e o controle do Estado. Mas só o pôde fazer por causa da proteção judicial que recebeu no núcleo de seu *backbone* global, os EUA." CASTELLS, Manuel. Op. cit., p. 140.

No entanto, não deixa de ser curioso que o próprio Estado precisou recorrer aos conceitos de Estado Constitucional Cooperativo na tentativa de retomada do espaço da internet: "A primeira vítima dessa retomada de posse do ciberespaço é a própria soberania. Para exercer a regulação global, os Estados tem de fundir e compartilhar poder. Não segundo o sonho ultrapassado de um governo mundial, mas como um Estado em rede, a criatura política engendrada pela Era da Informação." CASTELLS, Manuel. Op. cit., p. 147).

[31] Não se trata, como diz CASTELLS, de "(...) medo do Big Brother porque, na verdade, a maior parte da vigilância não terá nenhuma consequência diretamente danosa para nós – ou ,aliás, nenhuma consequência em absoluto. O aspecto mais atemorizante é, de fato, a ausência de regras explícitas de comportamento, de previsibilidade das consequências de nosso comportamento exposto, segundo os contextos de interpretação, e de acordo com os critérios usados para julgar nosso comportamento por uma variedade de atores atrás da tela de nossa casa de vidro. Não é o Big Brother, mas uma multidão de irmãzinhas, agências de vigilância e processamento de informação que registram nosso comportamento para sempre, enquanto bancos de dados nos rodeiam ao longo de nossa vida (...)."CASTELLS, Manuel. Op. cit., p. 149.

novas formas de relação foram criadas por conta dos novos produtos tecnológicos desenvolvidos.

A legislação, contudo, não avançou na mesma velocidade. Daí porque há necessidade de flexibilização na aplicação do Direito para que se possa atender satisfatoriamente as necessidades do indivíduo[32].

1.4 – O processo no mundo pautado pela flexibilização

O Direito deve refletir o mundo que o cerca, a sociedade em que vivemos como salienta TERESA ARMENTA DEU[33]. Um processo alheio à sociedade e seus valores é um processo que carece de legitimidade. CALAMANDREI escreveu, em 1939, sobre a relação entre a sociedade e o processo: o processo é a manifestação dos valores da

[32] Pierre Levy ensina a este respeito "Em primeiro lugar, que o crescimento do ciberespaço resulta de um movimento internacional de jovens ávidos para experimentar, coletivamente, formas de comunicação diferentes daquelas que as mídicas clássicas nos propõem. Em segundo luga, que estamos vivendo a abertura de um novo espaço de comunicação, e cabe apenas a nós explorar as potencialidades mais positivas deste espaço nos planos econômico, político, cultural e humano", LEVY, Pierre. Cibercultura. São Paulo: Ed. 34, 1999, p.11.

[33] TERESA ARMENTA DEU afirma: "*así como el fin de todo processo penal es la búsqueda de la verdade y la verificación de la justicia imponiendo em sua caso uma pena, la forma que este processo adquiera varía según la concepción que se tenga del Derecho Penal substantivo y de los factores políticos y sociales dominantes em cada época. En efecto, aunque en origem la justifica penal adoptó uma forma que correspondia a uma concepción privada del Derecho Penal y por ende el primer sistema procesal penal fue el acusatório em su sentido estricto, el Derecho Penal em su configuración acutal viene determinado por la necessidade de un processo como única forma de imponer uma pena, lo que a su vez implica que no exista um arelación jurídica material penal, ni um derecho subjetivo a la citada imposición por quienes ejercitan la acción penal. De la misma naturaleza se infiere que al renunciarse al ejercicio de la acción penal por los particulares, atribuyendo tal función a um órgano oficial como el fiscal, se halla acompañado tradicionalmente dicha atribución de la garantia ínsita em el sometimiento de tal función al principio de legalidade. Otras opciones hacen prevalecer otros valores*." DEU, Teresa Armenta. *Estudios sobre el processo penal.* Santa Fé/Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2008. p. 82). Em tradução livre: "Assim como o fim de todo processo penal é a busca da verdade e a verificação da justiça impondo a cada caso uma pena, a forma que este processo adquire varia segundo a concepção que se tenha do Direito Penal substantivo e dos fatores políticos e sociais dominantes em cada época. De fato, ainda que na origem a justiça penal tenha adotado uma forma que correspondia a uma concepção privada do Direito Penal e, por consequência, o primeiro sistema processual penal foi o acusatório em seu sentido estrito, o Direito Penal em sua configuração atual vem determinado pela necessidade de um processo como única forma de impor uma pena, o que a sua vez implica que não exista uma relação jurídica material penal, nem um direito subjetivo à citada imposição por aqueles que exercem a ação penal. Da mesma forma se infere que ao se renunciar ao exercício da ação penal pelos particulares, atribuindo tal função a um órgão oficial como o Ministério Público, faça-se acompanhar tradicionalmente dita atribuição da garantia ínsita na submissão de tal função ao princípio da legalidade. Outras opções fazem prevalecer outros valores".

sociedade[34]. Daí porque a flexibilização que ocorre no mundo, como visto acima, em virtude da globalização se manifesta no Direito e no processo. A flexibilização gerada no processo penal deve ser vista, contudo, com cuidado para que não se abandonem as garantias criando um sistema sem qualquer proteção ao indivíduo[35].

---

[34] PIERO CALAMANDREI já ensinava, em 1939, a relação entre o processo e a sociedade. Em seu texto "*La relatività del concetto di azione" explica: "si deve vedere nel processo civile un servizio que lo Stato rende al citadino, fornedogli il mezzo per atuarei l suo diritto soggetiv, o vero um servizio que il citadino rende a lo Stato, fornendogli l'ocazione per atuare il diritto oggetivo? In torno a questo problema essencial ela polemica ha rimessoin discussione tutti i concetti primi dela mostra scienza, giurisdizione, azione, rapporto processuale, loro natura giuridica e loro scopi; ma in realtà ala base di ogni discussione su questi molteplici aspetti dela polemica il vero problema di cui si discuteva, era, sai pur tradotto in termini di recnica processuale, uno solo: quello, che riaffiora oggi in tutti i campi del pensiero, dela relacioni tra interesse individuale e interesse pubblico, tra citadino e Stato, tra libertà e autorità. La polemica ha dunque uno sfondo essenzialmente politico; m aquesto avviene, ed è bene che avvenga, anche se non sempre i giuristi se ne accorgono, in ogni elaborazione sistemática degli istituti giuridice nel interpretare i quali i tecnici, anche quando credono di essere fedegli alla lereta degli disposizione positive, non possono eximersi dall'esaminarli contro luce al chiarore di certe fondamentali tendenze, alle quali essi pensano che si inspiri, o vorrebbero che si inspirasse, l'ordinamento entro il quale quel diritto positivo è collocato. Le ricostruzioni della dogmática sono dunque, in ogni caso, il risultato di um compromisso trai l diritto positivo e le premesse tendenziali a cui il giurista lo ricollega: ed è cosi, coll'evolversi di queste mobili premesse, che la dogmática riesce a ringiovanireperennemente gli istituti giuridici, e ad adeguarli, anche se la lettera dele disposiizoni rimane immutata, alla realtà sociale che sempre si rinnova. Esempio orami clássico di questa funzione di adeguazione politica che la dogmativa exercita sul diritto positivo, è data próprio, come altrove ho notato, dall'opera scientifica di Giuseppe Chiovenda* (...)." CALAMANDREI, Piero. La relatività del concetto di azione. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, v. XVI, parte 1, p. 22, 1939. Em tradução livre: "deve-se ver no processo civil um serviço que o Estado presta ao cidadão, fornecendo os meios para fazer valer direito seu, ou um serviço que o cidadão faz ao Estado, fornecendo-lhe casos para aplicação do direito objetivo? Baseado em torno deste problema deve-se analisar os conceitos de ciência, jurisdição, ação, relação processual, sua natureza jurídica e sua finalidade; mas na realidade a vase de qualquer discussão sobre os múltiplos aspectos da polêmica o verdadeiro problema de que se discutia era: a de que ressurge hoje em todos os campos do pensamento, a relação entre o cidadão e o Estado, entre liberdade e autoridade. A polêmica tem, portanto, um fundo essencialmente político. E é bom que isso aconteça, mas nem sempre os juristas realizam esta análise na elaboração sistemática dos institutos jurídicos e no interpretá-los. Ainda que creiam ser fieis à literalidade das disposições positivadas, não podem eximir-se de analisá-las à luz de certas tendências fundamentais, que eles pensam inspirar, ou gostariam que se inspirasse, o ordenamento no qual o direito positivo é colocado. As reconstruções dogmáticas são, portanto, em qualquer caso, o resultado da ligação entre o direito positivo e as premissas ideloógicas às quais o jurista se filia: e é assim, com o desenvolver-se destas premissas móveis que a se consegue rejuvenescer as instituições jurídicas e adequá-las à realidade sócia que sempre se renova, ainda que a letra da lei permaneça imutável."

[35] LUIZ ARROYO ZAPATERO nos mostra, contudo, como essa verificação é frágil e como as tensões ainda permeiam o processo penal especialmente no pós 11 de Setembro: "também pertence ao que foi consolidado neste tempo a ideia de que a justiça penal tem de se realizar através do denominado 'devido processo' (*due process*). Penso que esta é a grande contribuição dos Estados Unidos da América ao progresso dos direitos humanos em sua elaboração teórica: o devido processo e uma mutação na ideia de política criminal, o que, em termos germânicos, poderia se resumir na afirmação de que se a política criminal moderna se originou nos textos de von Liszt, amadureceu na concepção de Direito Penal e de política criminal de Roxin, mas que também poderia ser formulada, ao que a mim concerne, nos postulados da moderna Defesa Social, especialmente após a Addenda de 1983. Às vezes se pensa que alguns países alcançaram certa orgia garantista, especialmente quando se vê como e em que condições os tribunais, aplicando a doutrina constitucional das provas proibidas, optam pela liberdade mesmo em casos de culpabilidade manifesta. Tem razão Zaffaroni ao dizer que, em realidade, o Estado, por melhor que pareça, sempre é Estado e tende ao excesso, e que todo o esforço para "encapsular" esse poder do Estado é justo e necessário. Para mim, em seu momento, esta ideia me pareceu excessiva, mas deixou de sê-la quando o instrumento de política criminal mais respeitado do mundo, denominado *Scotland Yard*, disparou para matar um jovem brasileiro que somente queria pegar seu metrô a tempo. O fato é que desde o ponto de vista dos direitos humanos não

Uma das principais conquistas do direito processual foi a segurança jurídica ofertada pelo modelo desenvolvido. Para isso importava, muito, por exemplo, a força da própria rigidez do procedimento. Sabidas de antemão as regras procedimentais, sabidos são os caminhos e os rumos do processo, o que gera segurança para as partes.

No entanto, esta característica importante do processo de modelo rígido acabava por assemelhar o modelo processual no mesmo modelo de produção industrial fordista, como se o processo fosse uma linha de produção em que os sujeitos devessem a ele adaptar-se, pouco importando as peculiaridades do caso concreto.

Este modelo rígido contrasta nitidamente com o mundo marcado pela fluidez e a *Unsicherheit*[36].

---

podemos fiar-nos nem mesmo da Scotland Yard. Depois do 11 de setembro se produziu um retrocesso impressionante relacionado aos direitos dos cidadãos, especialmente no que concerne à perseguição penal e policial: sequestros em traslados ilegais para Guantánamo e outros lugares por conhecer, execuções extrajudiciais, entregas ou extradições ilegais, vulneração do Direito Internacional Humanitário, consagração da tortura como método de verificação da verdade e como prova penal etc. Mesmo sem esperar que ocorressem mudanças nos Estados Unidos, os Tribunais de distintos países reagiram e se viram obrigados a declarar novamente que as declarações obtidas sob tortura em outro país não podem ser admitidas como prova em um processo penal. A Câmara dos Lordes declarou proibido o uso em juízo de provas obtidas em outro país mediante tortura, com ou sem rapto prévio e traslado do sequestrado de um país a outro. O assunto é bastante conhecido. Em consequência, não nos encontramos ante um excesso de garantismo. Na verdade, perto de tudo que está ocorrendo, todo o garantismo é pouco. Sem prejuízo dos excessos mencionados da "guerra contra o terror", o certo é que o mais forte movimento harmonizador está se formando na esfera mais sensível para os direitos do acusado no processo, dando um enorme passo na substituição dos restos do processo inquisitivo pelo acusatório. Na verdade, tanto na Europa quanto na América Latina, o juiz de instrução, tão querido por Napoleão, está a ponto da plena aposentadoria. O que se pode afirmar com certeza é que nos encontramos ante um incremento da criminalidade e ante uma representação social desta bem distinta." ZAPATERO, Luis Arroyo. A harmonização internacional do direito penal: ideias e processos. *RBCCrim*, n. 84, p. 49, São Paulo, RT, mai. 2010.

[36] Parece, inclusive, que no cotidiano já vemos esta prática da flexibilização, como bem notou GUSTAVO ZAGREBELSKY: "*En la realidad de la administración de la justici, incluso donde está estabelecido que el juez sólo está sometido a la ley, la reconducción intehrgal de la justicia a la ley es desmentida por la más irrefutable de las pruebas, la prueba de los hechos. No se trata de uma recuperación de las teorías del derecho natual. Está fuera de discusión que la ley deriva de la determinación autônoma de los hombres, pero esto no excluyeuna distinción de los dos términos y de su recíproca tensión. La cotidiana y viva interpretación de la ley la acerca a las siempre cambiantes exigências reguladoras de la sociedade. Y esta interpretación evolutiva, que ningún legislador, desde Justiniano en adelante há sido capaz de impedi, qué es la manifestación de esa imprescindible conexión entre lo que está estabelecido y la razón por la que está estabelecido, es decir, su presupuesto? Si no fuera así, la interpretación evolutiva sería pura arbitrariedade*." ZAGREBELSKY, Gustavo; MARTINI, Carlo Maria. *La exigencia de justicia.* Madrid: Miguel Carbonell, 2006. p. 33). Em tradução livre: "Na realidade da administração da justiça, inclusive onde está estabelecido que o juiz somente está submetido à lei, a recondução integral da justiça à lei é desmentida pela mais irrefutável das provas, a prova dos fatos. Não se trata de uma recuperação das teorias do direito natural. Está fora de discussão que a lei deriva da determinação autônoma dos homens, mas isso não exclui uma distinção dos dois termos e de sua recíproca tensão. A cotidiana e viva interpretação da lei a aproxima das sempre cambiantes exigências reguladoras da sociedade. E esta interpretação evolutiva, que nenhum legislador, desde Justiniano adiante foi capaz de impedir, que é a manifestação dessa imprescindível conexão entre o que está estabelecido e a razão por que está estabelecido, é dizer, seu pressuposto? Se não fosse assim, a interpretação evolutiva seria pura arbitrariedade."

Isso tudo leva à necessidade de um estudo específico sobre a flexibilização e o processo penal. Pretende-se com este trabalho buscar o estabelecimento de parâmetros para que ocorra esta flexibilização e, posteriormente, pretende-se testar estes parâmetros com aspectos ligados diretamente ao processo penal: a) as medidas cautelares pessoais; b) a prova e o procedimento e c) a Cooperação Jurídica Internacional.

O que se pretende demonstrar é que a flexibilização não é contrária ao Direito, sendo, na verdade, uma necessidade ante as características do mundo atual. No entanto, também se busca comprovar que esta flexibilização necessita de parâmetros sob pena de violação das grandes conquistas da humanidade, notadamente em sede de direitos fundamentais.

Pretende-se deixar claro que a flexibilização não é a modificação do previsto pelo legislador sem qualquer parâmetro. Busca-se demonstrar que a flexibilização não é a modificação da lei de maneira desenfreada, mas submetida a parâmetros de legalidade, proporcionalidade e razoabilidade.

É certo que o processo com modelo mais flexível responderia aos anseios de liquidez da pós-modernidade, como também é verdade que este modelo precisa necessariamente levar em conta dois outros grandes elementos deste cenário, os direitos humanos e as Cortes Internacionais que vocalizam sua manifestação.

Ao mesmo tempo que requer-se fluidez, a pós-modernidade vê a última utopia como ainda extremamente influente: a temática dos direitos fundamentais. Quando pensa-se nos direitos fundamentais de resistência, então vê-se que a fluidez no processo deve ter limites, limites estes que não podem ferir de morte os direitos de resistência [37], especialmente em nome de novas tecnologias.

---

[37] Também afirma GUSTAVO ZAGREBELSKY ao analisar a convivência dos princípios: "*creo, por tanto, que la condición espiritual del tempo em que vivimos podría describirse como la aspiración no a uno, sino a los muchos princípios o valores que conforman la convivencia colectiva: a la libertad de la sociedade, pero también las reformas sociales; la igualdad ante la ley, y por tanto la generalidade de trato jurídico, pero también la igualdad respecto a las situaciones, y por tanto la especialidad de las reglas jurídicas; el reconocimiento de los derechos de los indivíduos, pero también de los derechos de la sociedade; la valoración de las capacidades materiales y espirituales de los indivíduos, pero también la protección de los bienes colectivos frente a la fuerzadestructora de aquéllos; el rigor em la aplicación de la ley, pero también la piedad ante sus consecuencias más rígidas; la responsabilidade individual em la determinación de la própria existência, pero también la intervención colectiva para el apoyo a los más débiles, etc*". ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.* 7. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p.

Da mesma forma, temos a atuação das Cortes Internacionais de Direitos Humanos. Ora, como admitir a flexibilização do que quer que seja, sem que sejam considerados os parâmetros ditados pelas Cortes Internacionais que são, hodiernamente, uma das vozes que declaram os direitos fundamentais?

Vale dizer, se de um lado temos a força da fluidez[38] que empurra o processo em uma direção, de outro temos os Direitos Humanos e os Tribunais Internacionais que empurram o processo para outra[39].

Daí porque, de tudo quanto o exposto, as críticas de GUSTAVO ZEGREBELSKY aos conceitos de Direito e sua própria definição são pertinentes:

> *"Conseguientemente, hoy em día el derecho no es sólo 'el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbítrio de uno puede conciliarse com el arbítrio del otro según una ley universal de la libertad', como afirma la famosa definición kantiana. No es el puro y simple*

---

16).). Em tradução livre: Acredito, portanto, que a condição espiritual de que vivemos no tempo poderia ser descrita como o desejo de não um, mas para muitos princípios ou valores que compõem a vida coletiva: a liberdade da sociedade, mas também reformas sociais, a igualdade perante a lei e, portanto, a igualdade na generalidade de tratamento jurídico, mas também sobre as situações e, portanto, a especialidade das normas legais; o reconhecimento dos direitos dos indivíduos, mas também os direitos da sociedade; avaliação de capacidades materiais e espirituais dos indivíduos, mas também a protecção de bens coletivos contra a força destruidora desses; o rigor na aplicação da lei, mas também a sua piedade ante conseqüências mais rígidas, a responsabilidade do indivíduo na determinação da própria existência, mas também a intervenção coletiva para apoiar os mais fracos, etc".

[38] Assim ALFONSO DE JULIO CAMPUZANO afirma: "desse modo, a perda da função primordial da lei como fonte primária de produção normativa, sua 'descentralização' como critério diretamente de validade formal e material das diversas 'peças' que integram o ordenamento jurídico, provocou a consagração do valor primordial da Constituição, cujo caráter de norma suprema é agora elevado como elemento articulador da totalidade do ordenamento jurídico. O Estado constitucional de Direito abre, assim, uma nova etapa na evolução do próprio Estado de Direito, do modelo de organização jurídica que lhe é inerente e das elaborações teóricas da própria Ciência do Direito." CAMPUZANO, Alfonso de Julios. *Constitucionalismo em tempos de globalização.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

[39] ANABELA MIRANDA RODRIGUES também entende esta necessidade de desburocratização do processo penal ensinando: "tempo e justiça tornam-se aliados. A exigir soluções imaginativas. Flexíveis e céleres, desde logo; mas, do mesmo passo, rigorosas no respeito pelos direitos fundamentais, quando a matriz da ordenação jurídico-processual é a *intocabilidade da dignidade humana*.Simplificação e imparcialidade do juiz são dois lugares – comuns das tendências de reforma dos processos penais na Europa. Simplificação e protecção dos direitos fundamentais, de um lado, não são necessariamente opostos. A imparcialidade do juiz, com a consequente revalorização da sua função jurisdicional ao longo de *todo* o processo (e não apenas na fase de julgamento), é, de outro lado, condição indispensável da garantia dos direitos fundamentais. Experiências relativamente recentes alertam para que uma justiça penal demasiado ritualizada, burocratizada e formalizada pode significar um pesado tributo a pagar pela protecção dos direitos fundamentais, traduzindo-se, paradoxalmente, na sua desprotecção." (RODRIGUES, Anabela Miranda. A fase preparatória do processo penal – tendências na Europa. O caso português. *RBCCrim*, n. 39, p. 09, São Paulo, RT, jul. 2002.

formal 'acuerdo de los arbitrarios', según la despreciativa formula hegeliana. Es el conjunto de condiciones en las que necessariamente deben moverse las actividades publicas y privadas para la salvaguardia de interesses materiales no disponibles. Es un orden objetivo previsto para limitar la inestabilidad de las vontades''[40].

A flexibilização não é, em si mesma, algo necessariamente violador dos direitos e garantias fundamentais[41], como se verá no Capítulo 3. É preciso, primeiramente,

---

[40] ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 7. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 94. Em tradução livre: "Por conseguinte, hoje em dia o direito não é somente 'o conjunto de condições sob as quais o arbítrio de um pode se conciliar com o arbítrio do outro segundo uma lei universal e a liberdade', como afirma a famosa definição kantiana. Não é o puro e simples formal 'acordo dos arbítrios', segundo a depreciativa fórmula hegeliana. É o conjunto de condições em que necessariamente devem se mover as atividades públicas e privadas para a salvaguarda de interesses materiais indisponíveis. É uma ordem objetiva prevista para limitar a instabilidade das vontades"

[41] Nesta gama de temas tem-se que a proibição do retrocesso e a garantia da segurança são temas que não podem ser analisados de maneira antiética ou mesmo isolada. Estes princípios devem ser analisados conjuntamente e se entrelaçam com as premissas apresentadas anteriormente. Como bem analisado por Ingo Wolfgang Sarlet: "Sem que se pretenda aqui esgotar nem aprofundar isoladamente todo o leque de razões passíveis de serem referidas, verifica-se que, no âmbito do direito constitucional brasileiro, o princípio da proibição de retrocesso, como já sinalizado, decorre implicitamente do sistema constitucional, designadamente dos seguintes princípios e argumentos de matriz jurídico-constitucional: a) O princípio do Estado democrático e social de Direito, que impõe um patamar mínimo de segurança jurídica, o qual necessariamente abrange a proteção da confiança e a manutenção de um nível mínimo de segurança contra medidas retroativas e, pelo menos em certa medida, atos de cunho retrocessivo de um modo geral; b) O princípio da dignidade da pessoa humana que, exigindo a satisfação – por meio de prestações positivas (e, portanto, de direitos fundamentais sociais) – de uma existência condigna para todos, tem como efeito, na sua perspectiva negativa, a inviabilidade de medidas que fiquem aquém deste patamar; c) No princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais contido no art. 5.º, § 1.º, CF/88 (LGL 1988\3) , e que abrange também a maximização da proteção dos direitos fundamentais. Com efeito, a indispensável otimização da eficácia e efetividade do direito à segurança jurídica (e, portanto, sempre também do princípio da segurança jurídica) reclama que se dê ao mesmo a maior proteção possível, o que, por seu turno, exige uma proteção também contra medidas de caráter retrocessivo, inclusive na acepção aqui desenvolvida; d) As manifestações específicas e expressamente previstas na Constituição, no que diz com a proteção contra medidas de cunho retroativo (na qual se enquadra a proteção dos direitos adquiridos, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito) não dão conta do universo de situações que integram a noção mais ampla de segurança jurídica, que, de resto, encontra fundamento direto no art. 5.º, *caput*, da CF/1988 (LGL 1988\3) e no princípio do Estado social e democrático de Direito; e) O princípio da proteção da confiança, na condição de elemento nuclear do Estado de Direito (além da sua íntima conexão com a própria segurança jurídica) impõe ao poder público – inclusive (mas não exclusivamente) como exigência da boa-fé nas relações com os particulares – o respeito pela confiança depositada pelos indivíduos em relação a uma certa estabilidade e continuidade da ordem jurídica como um todo e das relações jurídicas especificamente consideradas; f) Os órgãos estatais, especialmente como corolário da segurança jurídica e proteção da confiança, encontram-se vinculados não apenas às imposições constitucionais no âmbito da sua concretização no plano infraconstitucional, mas estão sujeitos a uma certa auto-vinculação em relação aos atos anteriores. Esta, por sua vez, alcança tanto o legislador, quando os atos da administração e, em certa medida, dos órgãos jurisdicionais, aspecto que, todavia, carece de maior desenvolvimento do que o permitido pelos limites do presente estudo; g) Negar reconhecimento ao princípio da proibição de retrocesso significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de modo geral), a despeito de

que se defina do que é tratado quando se fala em flexibilização. Saber o que pode ser objeto da flexibilização é um dos primeiros temas a serem estudados.

Depois, temos que buscar identificar e relacionar esta flexibilização com o devido processo legal. Afinal de contas, flexibilizar implica em violar o devido processo legal ou é uma própria exigência dele?

A adoção da flexibilização do processo gera incremento no binômio garantia e eficiência. Cada vez mais este binômio quando visto de maneira antitética cria tensões na forma de ver o processo. A flexibilização, como se verá adiante, auxilia na tentativa de composição entre a eficiência e o garantismo, buscando compor fenômenos que devem, efetivamente, ser vistos de maneira integrada.

---

estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do constituinte. Com efeito, como bem lembra Luís Roberto Barroso, mediante o reconhecimento de uma proibição de retrocesso está a se impedir a frustração da efetividade constitucional, já que, na hipótese de o legislador revogar o ato que deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito, estaria acarretando um retorno à situação de omissão (inconstitucional, como poderíamos acrescentar) anterior. Precisamente neste contexto, insere-se a também argumentação deduzida pelos votos condutores (especialmente do então Conselheiro Vital Moreira) do já referido *leading case* do Tribunal Constitucional de Portugal, versando sobre o Serviço Nacional de Saúde, sustentando que "as tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam também a não aboli-los uma vez criados", aduzindo que "após ter emanado uma lei requerida pela Constituição para realizar um direito fundamental, é interdito ao legislador revogar esta lei, repondo o estado de coisas anterior. A instituição, serviço ou instituto jurídico por ela criados passam a ter a sua existência constitucionalmente garantida. Uma nova lei pode vir a alterá-los ou reformá-los nos limites constitucionalmente admitidos (grifo nosso); mas não pode vir a extingui-los ou revogá-los." h) Os argumentos esgrimidos restam enrobustecidos por um fundamento adicional extraído do direito internacional, notadamente no plano dos direitos sociais, econômicos e culturais. Com efeito, de acordo com a arguta observação de Victor Abramovich e Christian Courtis, bem retomada, no Brasil, por André de Carvalho Ramos, a imposição (dever) de uma progressiva implementação efetiva da proteção social por parte dos Estados implica uma implícita vedação de retrocesso em relação aos direitos sociais já concretizados." SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 57, p. 5, São Paulo, RT, out. 2006.

CAPÍTULO 2: FLEXIBILIZAÇÃO

2.1 – O sentido léxico do termo flexibilização

Os dicionários apresentam sentidos similares para os termos flexibilização, flexível e flexibilizar[42].

Para os dicionários Aulete e Michaellis flexibilizar significa "tornar flexível". Já o dicionário Houaiss define flexibilizar como "tornar menos rígido".

Flexível é definido no dicionário Aulete como "aquilo que se pode dobrar, curvar, ou ainda, aquilo que se adapta às circunstâncias ou, ainda, aquilo que tem elasticidade." Michaellis define flexível como "aquilo que se pode curvar, dobrar, aquilo que é maleável." Já o dicionário Houaiss define flexível "como aquilo que se dobra ou curva com facilidade, arqueável, flexo". Ainda, define como "aquilo que se acomoda facilmente às circunstâncias, que é facilmente influenciável."

Flexibilização é, para os dicionários citados, o ato de flexibilizar, ou seja, o ato de tornar algo flexível.

Etimologicamente a ideia também não é diferente. Flexível vem do latim *flexibilis* que significa dobrável e de "flectere" que significa dobrar.

Da leitura do sentido dos termos flexibilizar, flexibilização e flexível, temos que a idéia é a de tornar algo menos rígido. Vale dizer, o sentido é justamente o de adaptar algo, tornando-o maleável.

A premissa lógica é justamente a de que somente se flexibiliza algo que, inicialmente, mostra-se como rígido.

---

[42] MARCOS ANDRÉ FRANCO MONTORO já fez semelhante análise, em sua tese de doutorado, apresentada perante esta casa e, dada sua utilidade, iremos nos servir da mesma ferramenta. MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral.* (Tese de Doutorado). São Paulo: Universidade de São Paulo, Curso de Direito, 2010.

2.2 – A noção de flexibilização no processo

A flexilização possui o mesmo sentido nos diversos ramos do Direito, ou seja, significa tornar flexível, tornar maleável o modelo existente adaptando-o às necessidades do caso concreto.

Também no direito processual a flexibilização terá o mesmo sentido empregado nos demais ramos: tornar maleável a norma processual para as situações exigidas pelo caso concreto.

No âmbito do direito processual civil, MARCOS ANDRÉ FRANCO MONTORO embora não defina flexibilização do processo, apresentou um sentido geral para a flexibilidade como sendo "tanto a qualidade de algo que pode ser moldado (a criação do procedimento), quanto a qualidade de ser modificado, já que não se trata de coisa rígida (a adaptação do procedimento)[43]."

FERNANDO FONSECA GAJARDONI em seu estudo sobre a flexibilização do procedimento no processo civil não fala propriamente de uma flexibilização do processo, trabalhando diretamente com a flexibilização do procedimento que define como sendo "a adaptação do procedimento à causa"[44].

No âmbito do Direito processual penal a manifestação de flexibilização dependerá do objeto , ou seja, conforme seja ele disponível ou indisponível, mais ou menos flexibilização haverá.

O processo penal trabalha com valores indisponíveis, de maneira rígida. No entanto, isso não impede, em geral, que haja a flexibilização do processo ante as necessidades do caso concreto.

Há dois grandes valores no processo penal: o direito à liberdade do indivíduo e o poder-dever de punir do Estado. Por isso que a atuação da flexibilização no processo

---

[43] Idem, p. 350.

[44] GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual.* São Paulo: Editora Atlas, 2008. p. 138.

penal deve levar em conta a busca pela efetividade e também a proteção dos direitos e garantias individuais.

A velocidade das mudanças que ocorrem na sociedade e o aumento da complexidade nas circunstâncias do processo, criam situações em que o modelo legal previsto pelo legislador não responde a estas peculiaridades de maneira satisfatória. Surge, então, a necessidade da flexibilização.

Esta flexibilização existe porque as necessidades especiais do caso concreto justificam o afastamento do modelo legal para que possam aumentar os ganhos em efetividade e também em garantias do acusado.

Como será abordado abaixo, a flexibilização pode se dar em diferentes planos: há a flexibilização estabelecida pelo próprio legislador (flexibilização legislativa), há a flexibilização realizada pelo juiz (flexibilização judicial) e a flexibilização realizada pelo acordo entre as partes (flexibilização consensual).

Seja em um plano, seja em outro, a flexibilização possui o mesmo significado: Flexibilizar é adaptar o conteúdo da norma ao caso concreto, nas situações em que esta exigência se fizer necessária[45].

Esta adaptação exige que se trabalhe mais com modelos normativos do que com a regra específica prevista pelo legislador[46], admitindo-se a incompletude do sistema para a solução de todas as questões apresentadas na vida diária[47].

---

[45] Esta flexibilização irá gerar maior eficiência para o sistema na medida em que as partes terão efetivamente respeitados seus direitos e garantias dentro de cada uma das situações apresentadas. Liga-se, assim, ao princípio da eficiência reconhecido pela Corte Europeia de Direitos Humanos que, como ensinado por PATRICIA MICHELI FOLADOR: "a questão da efetividade processual tem sido uma das preocupações da Corte Europeia dos Direitos Humanos, que busca constantemente a melhor forma de garantir a todos, de forma dinâmica, a salvaguarda dos direitos humanos e o desenvolvimento dos direitos garantidos. Busca-se o pleno exercício do direito de acesso ao tribunal e assegurar um processo equitativo, assim como uma forma de fornecer aos indivíduos as condições materiais necessárias ao exercício de suas liberdades. O Estado parte tem o dever de oferecer a todos o direito a um processo equitativo, é dizer oportunizar igualdade de armas e igualdade de tratamento entre as partes, sem deixar que uma das partes fique em substancial desvantagem frente à contra-parte, assim como proceder um exame de provas e dos elementos apresentados nos autos de forma equânime. No deslinde processual, compete ao Juiz-Estado oportunizar igualmente às partes o acesso às provas, sua manifestação e impugnação, além de possibilitar isonomicamente o interrogatório de testemunhas e peritos." FOLADOR, Patricia Micheli. Os princípios orientadores da convenção europeia de direitos humanos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 79, p. 125, ano 20, São Paulo, RT, abr./jun. 2012.

[46] A ideia de trabalhar com padrões ou modelos mostra-se mais adequada dentro das premissas apresentadas no capítulo anterior. A efetivamente não é nova na doutrina como já apresentado por RICHARD H. FALLON JR que ensina: "*the idea of judicially manageable standards opens a window onto the judicial role in crafting*

*doctrinal tests to implement the Constitution. When we peer through that window, a number of conclusions emerge, including these: * Not every constitutional provision or norm is itself a judicially manageable standard. * When a constitutional norm is not a judicially manageable standard, it becomes the function of courts to attempt to devise or select one. * If a judicially manageable standard cannot be devised, the political question doctrine applies, and cases must be dismissed as nonjusticiable. * In devising tests, courts are of course concerned with constitutional meaning, but judicial manageability is a distinct requirement of constitutional adjudication. A vague standard might capture the semantic meaning of a vague constitutional norm with nearly perfect precision, yet fail the requirement of judicial manageability. * In assessing judicial manageability, courts are largely concerned with whether future courts would be able to apply a standard consistently and predictably. When the question is put this way, however, the further question arises: how much consistency and predictability is enough? For better or for worse, the answer frequently turns on a relatively open-ended, all-things-considered assessment of whether the costs of allowing litigation to proceed under a particular standard would exceed the benefits. * Although the concept of judicially manageable standards features most prominently in the political question doctrine, similar concerns pervasively influence the design of the doctrinal tests that courts routinely apply. In essence, these doctrinal tests are judicially manageable standards, crafted to guide the application of constitutional language that would otherwise be too vague. * Largely but not exclusively in order to achieve judicial manageability, some of the doctrinal tests crafted by courts underenforce, and some overenforce, the constitutional norms they are designed to implement. The political question doctrine, which calls for total nonenforcement, is only the most extreme case of constitutional underenforcement. * Cases of over- and underenforcement resulting from the need for judicially manageable standards demonstrate that there can be permissible disparities between constitutional meaning, on the one hand, and constitutional doctrine, on the other. * Recognizing that there can be permissible disparities between constitutional meaning and constitutional doctrine should cause us to think about constitutional theories in a new light. Many prominent theories, such as originalism, are theories of constitutional meaning, not complete theories of constitutional adjudication. A complete theory would deal expressly with questions involving when, why, and to what extent divergences between constitutional meaning and constitutional doctrine should be allowed. * If there can be permissible disparities between constitutional meaning and constitutional doctrine, it may be because constitutional norms can be partly aspirational, not always requiring immediate enforcement. This thought is unfamiliar, but not without allure. The Constitution may deserve allegiance as much because of the ideals that it embodies as because of the regime of judicially enforceable law that it presently supports*." FALLON JR., Richard H. Judicially manageable standards and constitutional meaning. *Harvard Law Review*, v. 119, p. 1331-1332, 2006, 1274. Disponível em: <http://home.heinonline.org/>. Acesso em: 25.04.2012. Em tradução livre: "A idéia de padrões judicialmente gerenciáveis abre uma janela para o papel judicial na elaboração de testes doutrinários para aplicar a Constituição. Quando olhamos pela janela, uma série de conclusões emergem, incluindo estas: * Nem todo dispositivo constitucional ou norma é em si um padrão judicialmente controlável. * Quando uma norma constitucional não é um padrão judicialmente controlável, torna-se a função dos tribunais em tentar descobrir ou selecionar uma. * Se um padrão judicialmente controlável não pode ser concebido, a doutrina questão política se aplica, e os casos devem ser julgados não judicializáveis. * Na elaboração de testes, os tribunais são, naturalmente, preocupados com significado constitucional, mas gerenciamento judicial é uma exigência distinta de adjudicação constitucional. Um padrão vago pode captar o significado semântico de uma norma constitucional vaga com precisão quase perfeita, no entanto, pode falhar o requerimento de capacidade de gestão judicial. * Na avaliação de gerenciamento jurídico, os tribunais são em grande parte preocupadas com se os tribunais futuros serão capazes de aplicar uma norma de forma consistente e previsível. Quando a questão é colocada desta forma, no entanto, a questão ainda se coloca: o quanto a consistência e previsibilidade é o suficiente? Para melhor ou para pior, a resposta freqüentemente se transforma em um relativamente aberto-final, todas as coisas consistem em saber se os custos do litígio permitem proceder de acordo com um determinado padrão sem exceder os benefícios. * Embora o conceito de padrões judicialmente gerenciáveis apresente-se mais proeminente na doutrina da questão política, preocupações semelhantes influenciam o design dos testes doutrinários que os tribunais aplicam rotineiramente. Em essência, esses testes são doutrinárias judicialmente padrões gerenciáveis, criados para orientar a aplicação da linguagem constitucional que de outra forma seria muito vaga. * Em grande parte, mas não exclusivamente, a fim de alcançar a capacidade de gestão judicial, alguns dos testes doutrinários criados pelos tribunais limitam, e alguns ampliam, as normas constitucionais. A doutrina da questão política, que exige non-enforcement total, é apenas o caso mais extremo de under-enforcement constitucional. * Os casos de sobre-e underenforcement resultante da necessidade de padrões judicialmente controláveis demonstram que pode haver diferenças admissíveis entre significado constitucional, por um lado, e da doutrina constitucional, por outro lado. * Reconhecendo que não pode haver disparidades admissíveis entre significado constitucional e doutrina constitucional deve levar-nos a pensar sobre teorias constitucionais sob

2.3 – Os sistemas rígidos e os sistemas flexíveis no Direito processual penal

O Direito processual reconhece a ideia de dois grandes sistemas processuais, os sistemas rígidos[48] e os sistemas flexíveis. Conforme haja maior ou menor espaço de atuação o sistema será rígido ou flexível.

Não há sistemas puros. Assim, não se pode falar em sistema puramente rígido e sistema puramente flexível[49]. Apesar disso, é possível identificar características predominantes em um determinado sistema que permite apontá-lo como rígido ou flexível.

Desta forma, pode-se identificar, como regra geral, o sistema anglo-saxão como flexível, enquanto o sistema dos países da Europa continental são identificados como sendo rígido.

---

uma nova luz. Muitas teorias proeminentes, como originalism, são teorias do significado constitucional, não teorias completas de adjudicação constitucional. A teoria completa iria lidar com questões que envolvem expressamente, quando, por que, e até que ponto as divergências entre significado constitucional e doutrina constitucional devem ser permitidas. * Se não pode haver disparidades admissíveis entre significado constitucional e doutrina constitucional, pode ser porque as normas constitucionais podem ser, em parte, aspiracionais, nem sempre exigindo execução imediata. Este pensamento não é familiar, mas não sem encanto. A Constituição merece lealdade, tanto por causa dos ideais que ele encarna, como por causa do regime de lei exequível judicialmente que atualmente suporta".

[47] Esta questão evidentemente não é nova. A admissão da incompletude do sistema vem apresentada por vários autores de diversas áreas dentre os quais podemos destacar, no Direito Constitucional, Maria Garcia que ensina que: "O caráter incompleto e inacabado da Constituição vem explicitado em que *não seja necessária* determinada norma constitucional: 'daí que de antemão a Constituição não pretenda carecer de lacunas nem ser tão somente um sistema fechado. Deverá permanecer incompleta e inacabada, 'por ser a vida que pretende formar vida histórica e, enquanto tal, submetida a mudanças históricas. Se a Constituição quer fazer possível a solução das múltiplas situações criticas historicamente mutantes, seu conteúdo terá de permanecer necessariamente 'aberto ao tempo'. Sempre em mente a *unidade* sistêmica, tanto dos direitos fundamentais expressos quanto os decorrentes 'do regime e dos princípios por ela adotados', consigna o citado § 2.º do art. 5.º, bem assim dos tratados internacionais pactuados, na conformidade do mesmo dispositivo constitucional, todos deverão estar, entretanto, coadunados ao sistema, sem extrapolar por forma alguma." GARCIA, Maria. Fundamentalidade e direitos fundamentais: o § 2.º do artigo 5.º da CF/1988. Direitos humanos e direitos e garantias fundamentais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 67, p. 249, São Paulo, RT, abr. 2009.

[48] Afirma SCARANCE FERNANDES: "entre os países de sistemas rígidos que seguem a tradição continental européia de regular os procedimentos em códigos e leis extravagantes como o sistema brasileiro, o direito ao procedimento não se esgota na construção legislativa de um procedimento em consonância com as diretrizes paradigmáticas dos princípios constitucionais, mas se consubstancia, ainda, em alguns direitos a serem observados na atuação das normas relativas aos procedimentos estabelecidos." FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal.* São Paulo: RT, 2005. p. 63).

[49] FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI explica sobre o sistema da legalidade das formas e sobre o sistema da liberdade das formas procedimentais e esclarece justamente este ponto ao afirmar que "Não há sistemas totalmente puros, embora seja manifesta a preferência pelo primeiro deles e a preponderância das regras legais sobre o procedimento." (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Op. cit., p. 79).

Nota-se que existe clara tendência em utilização da flexibilização nos países da Europa continental. As alterações legislativas pelas quais passaram estes países demonstram o caminhar para a flexibilização.

Assim, por exemplo, identifica-se a questão do procedimento na Itália. No Código de 1988 ficou estabelecida a possibilidade de acordo sobre o rito, o que equivale a uma forma de flexibilização legislativa dirigida às partes conforme explica ANTONIO SCARANCE FERNANDES:

> Os pressupostos do acordo sobre o rito (procedimento abreviado), aplicável a qualquer crime, inclusive àqueles punidos com a pena de *ergastolo* (art. 442,2) eram, na versão original do Código: a) pedido do imputado, o único legitimado (arts. 451; 458,1; 460,1,e, do CPP); b) manifestação favorável do Ministério Público (arts. 452,3; 458, 1; 464, 1, do CPP); c) provimento judicial durante a fase preliminar. O juiz devia colher o pedido das partes se o processo pudesse ser definido 'allo stato degli atti' (art. 440, 1, CPP, 1988). Antes de ser julgada a causa, o acusado devia ser interrogado. O juiz com base no que fosse colhido durante a investigação preliminar, no interrogatório e no que extraísse do debate das partes, proferia o julgamento, podendo condenar ou absolver. Houve, contudo, profundas modificações com a Lei 479 de 1999. O juiz não depende mais da concordância do Ministério Público para adotar o rito e pode admiti-lo ainda quando haja necessidade de prova complementar, solicitada pelo imputado ou por ele determinada de ofício. Deixou, assim, a escolha do rito de ser solução consensual, dependendo agora de atos do juiz e do imputado[50]."

Também percebe-se esta questão em Portugal, como também demonstrado por ANTONIO SCARANCE FERNANDES:

> "Em relação ao juiz criminal, duas características opostas identificam a sua atuação em ordenamentos com variações procedimentais e soluções alternativas: é dotado de fortes poderes de flexibilização do rito, mas, por outro lado, principalmente nas soluções provenientes de acordo, exerce pequena influencia sobre o rito escolhido pelas partes e sobre o resultado do processo[51]."

[50] FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento*... cit., p. 202.
[51] Idem, p. 253.

Percebe-se, também, que na teoria das nulidades existe clara tendência em somente anular o processo caso haja efetivo prejuízo para a parte, seja qual for a classificação que se dê a estas (absoluta ou relativa), evoluindo-se para a noção de que mesmo na nulidade absoluta deve haver prejuízo efetivo.

Neste sentido afirmam GERARDO RAMON DI MASI e DANIEL HORACIO OBLIGADO:

> *"...consideramos necessário adoptar cláusulas de ajuste que así receptem critérios de contexto en el desarrollo de los roles procesales. Em tal sentido, y como se afirmara em el acápite correspondiente, estimamos que el poder de refutación, em punto a la pretensión nulificante, deberá concretar-se siempre con la evidencia del perjuicio y el interés, pero en cuanto ello implique concretar el derecho de defensa que el sujeito imputado imprescindiblemente habrá de realizar"*[52].

Quanto às provas ilícitas a questão tem evoluído da rigidez inicial pela inadmissibilidade absoluta de sua admissão pela regra da proporcionalidade, e na questão da prova ilícita derivada, pela teoria da fonta independente e da descoberta inevitável, por exemplo.

Neste sentido afirma KERRI MELLIFONT

> *"...the Supreme court developed exceptions to the exclusionary rule in categories where it considered that exclusion would have insufficiente prospect of deterrence, on a cost benefit analysis. Each of these exceptions applies to both primary and*

[52] DI MAIS, Gerardo Ramon; OBLIGADO, Daniel Horacio. *Las nulidades em el processo penal*. 2. ed. Lima: Ediciones Juridicas del Centro: 2011. p. 358. Em tradução livre: "... Consideramos necessária a adoção de cláusulas de ajuste que respeitem critérios de contexto no desenvolvimento dos papeis processuais. Neste sentido, e como se afirmou no capítulo correspondente, nós acreditamos que o poder de refutação, em relação à pretensão nulificante, deve especificar sempre com a evidência de prejuízo e do interesse, mas enquanto isto implique em concretizar o direito de defesa que o sujeito imputado indispensavelmente deverá realizar".

derivative evidence. Some of the exceptions, by their nature, are likely to arise more frequently in the context of derivative evidence[53]"

2.4 – O caminhar do processo penal brasileiro para a flexibilização

O Brasil segue de maneira predominante a tradição continental de sistema processual rígido. Em sua estrutura originária, nosso código de processo penal tinha estrutura marcadamente rígida.

Os procedimentos possuíam caráter marcadamente rígido e indisponível. Assim, por exemplo, entendia-se que as partes não poderiam abrir mão da antiga fase do artigo 499 do Código de Processo Penal (pedido de produção de provas) e substituir os memoriais por debates orais sob pena de nulidade absoluta.

A Lei 9.099/95 estabeleceu outro modelo, introduzindo elementos de consenso ao processo penal. Assim, por exemplo, a introdução dos institutos da composição civil, da transação penal e da suspensão condicional do processo alteraram a natural ordem rígida do procedimento até então existente.

O mesmo vale para o princípio da legalidade (obrigatoriedade) da ação penal: inicialmente a construção deste princípio colocou-se de maneira absoluta no processo penal. Assim, presentes os pressupostos legais o Ministério Público tem o dever funcional de oferecer denúncia.

A Lei 9.099/95 introduziu importante flexibilização com a adoção do princípio da obrigatoriedade mitigada ou discricionariedade regrada: ainda que presentes os pressupostos para o oferecimento da denúncia, o promotor poderá deixar de oferecê-la se for hipótese de transação penal.

No caso das prisões, o sistema inicial do Código de Processo Penal previa apenas duas possibilidades: prisão (em flagrante ou preventiva) e liberdade. Era o que se

[53] MELLIFONT, Kerri. Fruit of the poisonous tree – Evidence derived from illegally or improperly obtained evidence. The Federation Press: 2010, p. 94.

convencionava em chamar de sistema bipolar: ou o acusado estava preso ou o acusado estava solto.

Mais recentemente foram criados espaços de flexibilização para a atuação do juiz. Desta forma, o sistema passou a prever uma gama muito maior de possibilidades: hoje o sistema varia desde a liberdade, passando por medidas cautelares diversas da prisão até chegar na prisão preventiva.

Quanto ao tema das nulidades, o sistema inicial do Código era rígido na medida em que o rol de nulidades absolutas era amplo, atingindo, a título de exemplo, até mesmo a competência territorial.

Com o passar do tempo a jurisprudência foi flexibilizando este sistema, passando a taxar de nulidade relativa diversas nulidades que antes eram absolutas como é o caso da competência territorial. Anteriormente tida como hipótese de nulidade absoluta, passou a ser vista como nulidade relativa.

Da mesma forma a questão do prejuízo também sofreu flexibilização por parte da doutrina e da jurisprudência. A concepção inicial era a de que o prejuízo era presumido na nulidade absoluta. Esta concepção foi alterada pela jurisprudência e pela doutrina que passou a exigir que houvesse comprovação de prejuízo mesmo em sede de nulidade absoluta.

Outra questão, no Brasil, que tem sofrido flexibilização refere-se à prova ilícita e sua vedação de uso. Durante muito tempo houve a vedação do uso da prova ilícita, qualquer que fosse sua finalidade. No entanto, mais recentemente passou-se a flexibilizar o seu uso, admitindo-o em favor do réu ou até mesmo contra ele com base no princípio da proporcionalidade.

No plano das provas ilícitas derivadas, o Código de Processo Penal passou a incorporar teorias que flexibilizaram sua vedação. Desta forma, o artigo 157, § 1º flexibilizou o uso da prova ilícita derivada com as teorias da fonte independente, da descoberta inevitável e do nexo causal atenuado.

2.5 – Flexibilização em sentido amplo e em sentido estrito: regra de exceção, interpretação extensiva e equidade

Falou-se acima que a flexibilização significa a adaptação das normas às necessidades do caso concreto. Esta é a flexibilização em sentido estrito. No entanto, o fenômeno da flexibilização não é novo, podendo-se falar em uma flexibilização genérica.

A busca pela justiça do caso concreto permitiu que fossem desenvolvidos mecanismos para a adaptação das normas ao caso concreto. A regra de exceção, a interpretação extensiva e a equidade são instrumentos que buscam esta justiça por meio da adaptação e, por isso, são formas genéricas de flexibilização. Fala-se, então, em flexibilização em sentido amplo.

Na regra de exceção, o sistema prevê a adoção de uma regra geral e também prevê seu afastamento. Neste sentido tem-se a posição de ROBERT ALEXY:

> "Do lado das regras a necessidade de um modelo diferenciado decorre da possibilidade de se estabelecer uma cláusula de exceção em uma regra quando da decisão de um caso. Se isso ocorre, a regra perde, para a decisão do caso, seu caráter definitivo. A introdução de uma cláusula de exceção pode ocorrer em virtude de um princípio. Ao contrário do que sustena Dworkin, as cláusula de exceção introduzidas em virtude de princípios não são nem mesmo teoricamente enumeráveis. Nunca é possível ter certeza de que, em um novo caso, não será necessária a introdução de uma nova cláusula de exceção"[54].

Esta forma de flexibilização em sentido amplo é comumente elaborada pelo legislador e pode citar-se, como exemplo, o próprio artigo 1º do Código de Processo Penal que diz que o processo penal brasileiro rege os processos em todo território nacional e na sequência apresenta ressalvas.

---

[54] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008. p. 104-105.

A interpretação extensiva por sua vez significa a extensão dos efeitos da norma para hipótese não inicialmente nela prevista. O intérprete amplia o espectro de incidência da norma para algo que nela não originariamente previsto.

Neste sentido afirma CARLOS MAXIMILIANO ao explicar a interpretação extensiva e restritiva ensina:

> "A exegese extensiva, com extrair do texto mais do que as palavras parecem indicar, e a estrita, com atingir o contrário, menos do que a letra à primeira vista traduz, baseiam-se uma e outra em princípios definitivamente triunfantes, proclamadores da supremacia do espírito sobre o invólucro verbal das normas"[55].

Assim, por exemplo, por esta técnica de flexibilização em sentido amplo admite-se o uso do Recurso em Sentido Estrito para as hipóteses de rejeição do aditamento da denúncia, embora o inciso I do artigo 581 do Código de Processo Penal mencione apenas a rejeição da denúncia e não do aditamento.

A equidade significa a mitigação da lei, de forma que o julgador atenua o rigor da lei ante a necessidade surgida pela situação concreta. EMILIO BETTI explica:

> "o outro instrumento de heterointegração é aquele que se aplica deduzir o critério da decisão, não a partir dos princípios, dos ensinamentos e das doutrinas, obtidos na base comum do direito e do *ethos*, e sim a partir da configuração concreta do caso, avaliada segundo a *equidade* que deve ser entendida no sentido aristotélico de justiça do caso individual. E aqui é útil ter em mente a insuperável caracterização que Aristóteles, na Ética a Nicômaco, V, 10, delineia a respeito da equidade. Segundo ele a equidade não pertence a um gênero diferente do direito, mas ao mesmo, e a aporia nasce do fato de que ela é, de fato, direito, mas não segundo a lei, mas sim um correto daquele direito que deriva da lei: corretivo esse exigido pelo fato de que a lei formula a norma em termos gerais, enquanto para alguns casos uma formulação geral

[55] MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 200.

> não é apta a enunciar a correta e adequada disciplina. Portanto, nos casos em que é necessária uma enunciação geral, mas esta não é idônea, para fornecer a máxima correta da decisão, a lei certamente compreende a normalidade dos casos, mas sabe que deixa deficiências e lacunas. Na verdade, a deficiência não está na lei nem no legislador, e sim na natureza do fato concreto. Sendo assim, é necessário recorrer a um corretivo da deficiência: portanto, a natureza da equidade é justamente a de um corretivo da lei, uma vez que é deficiente para ser a norma formulada em termos gerais"[56].

Entre nós aproxima-se desta lição a lição de CARLOS MAXIMILIANO que afirma que a equidade desempenha "o duplo papel de suprir as lacunas dos repositórios de normas, e auxiliar a obter o sentido e alcance das disposições legais. Serve, portanto, à hermenêutica e à aplicação do direito". E, complementa:

> "Não se recorre à equidade senão para atenuar o rigor de um texto e o interpretar de modo compatível com o progresso e a solidariedade humana; jamais será a mesma invocada para se agir, ou decidir, contra prescrição positiva clara e prevista"[57].

Desta forma, fala-se em duas formas de flexibilização. Flexibilização em sentido amplo, que consiste na adaptação das normas ao caso concreto por meio das técnicas da regra de exceção, da interpretação extensiva e da equidade. Flexibilização em sentido estrito consiste na adaptação das normas ao caso concreto sem que seja feito o uso destas técnicas.

2.6 – Planos de flexibilização

[56] BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 68-69.
[57] MAXIMILIANO, Carlos. Op. cit., p. 172 e 175.

A flexibilização do processo pode manifestar-se em três distintos planos. A flexibilização pode ser legislativa, judicial ou consensual. Legislativa é a flexibilização estabelecida pelo legislador, a judicial é a fixada pelo juiz e a consensual é a estabelecida pelas partes.

Flexibilização legislativa é a flexibilização determinada pelo próprio legislador quando da elaboração da lei, que abre mais de uma possibilidade para os sujeitos do processo. Esta flexibilização pode ser dirigida ao juiz e também às partes.

Como exemplo de flexibilização legislativa dirigida às partes podemos citar o artigo 73 do Código de Processo Penal. Este artigo cuida da flexibilização processual da competência territorial ao permitir que o querelante escolha o foro de domicílio do querelado, ainda que seja conhecido o lugar da infração.

Também podemos citar ainda o disposto no artigo 177 do Código de Processo Penal que dispõe que no caso de exame pericial ser feito por carta precatória o juízo deprecado irá nomear o perito. No entanto, nos casos de exclusiva ação penal privada, poderá haver nomeação por parte do juízo deprecante se houver concordância das partes.

Ainda, podemos citar a transação penal (prevista no artigo 76 da Lei 9.099/95) e a possibilidade de suspensão condicional do processo (prevista no artigo 89 da Lei 9.099/95) como possibilidades de alternativas procedimentais conferidas às partes.

Como exemplo de flexibilização legislativa dirigida ao juiz podemos citar os artigos 310 e 319 do Código de Processo Penal. Ao receber o auto de prisão em flagrante, sendo esta prisão legal, o juiz pode conceder medidas cautelares diversas da prisão, liberdade provisória ou decretar a prisão preventiva.

Da mesma forma, a própria Lei 9.099/95 inova no sistema ao criar hipótese de flexibilização procedimental relativa à competência. É que o artigo 77, § 2.º, quando estabelece que o juiz poderá mandar os autos para o juízo comum caso entenda tratar-se de causa complexa afastando-se a competência do Juizado Especial Criminal.

A flexibilização judicial ocorre por determinação do juiz sem que haja expressa previsão legal da sua possibilidade. Ante as excepcionais necessidades do caso concreto o magistrado precisa adaptar o processo[58].

Como exemplo de flexibilização judicial pode-se citar a possibilidade do magistrado ampliar o prazo da resposta à acusação além dos dez dias previstos no Código de Processo Penal, conforme será visto oportunamente.

Por fim, tem-se também a flexibilização consensual, que ocorre pelo acordo de vontade entre as partes para a adaptação do processo às necessidades do caso concreto. Embora possível no Direito Processual Civil[59], tem atuação restrita no âmbito do Direito processual penal. Isto porque o objeto do processo penal e o valor da liberdade tendem a limitar a possibilidade de acordos entre as partes que não encontrem amparo na legislação.

Também, nos Estados Unidos, podemos citar como exemplo de flexibilização o chamado *plea bargain*. Por este instituto há negociação de pena entre a acusação e a defesa, flexibilizando-se então o processo e dispensando-se o prosseguimento do feito[60]. Este tipo de flexibilização não será tratado neste trabalho, de forma que serão analisadas, em especial, a flexibilização legislativa e a flexibilização judicial.

2.7 – Os parâmetros para a flexibilização em sentido estrito

A flexibilização judicial no processo deve ser feita com a observância de parâmetros. Como desenvolvido nos tópicos anteriores, a atividade judicial de

---

[58] ELIVAL DA SILVA RAMOS em sua obra sobre o ativismo judicial explica que houve relativização do positivismo jurídico e este relativização foi incorporada pela teoria positivista, afirmando que "Não se registram controvérsias relevantes sobre a relação necessária existente entre coação e ordenamento jurídico, vista essa característica de uma perspectiva sistêmica. O mesmo se diga quanto à imperatividade do direito, registrando-se razoável consenso doutrinário em torno da configuração das normas jurídicas como proposições prescritivas hipotéticas. A concepção sistêmica do direito imanente ao positivismo jurídico subsiste, conquanto as características decorrentes da coerência e da completude tenham sido relativizadas a partir de reflexões já absorvidas pela própria teoria positivista." RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial, parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 55.

[59] Neste sentido afirma FERNANDO GAJARDONI chama esta flexibilização de flexibilização procedimental voluntária e afirma que "a flexibilidade parte dos litigantes, competindo ao juiz papel secundário de controle de legalidade e, especialmente, da razoabilidade, da opção eleita". Op. cit., p. 139.

[60] Segundo Gene M. Grossman e Michael L. Katz "It is estimated that over 90 percent of convictions in criminal cases in the United States result from a negotiated plea of guilty" GROSSMAN, Gene M. e KATZ, Michael L. Plea bargaining and social welfare. The American Economic Review, vol. 73, nº 4, p. 749, 1983

flexibilização parte da previsão legislativa para a atuação excepcional no caso concreto. Esta passagem do geral para o concreto, por ser excepcional, deve observar alguns parâmetros, sob pena de gerar grave insegurança. Por isso esses parâmetros são essenciais.

Tais parâmetros são: a legalidade; a proporcionalidade e a razoabilidade[61]. São analisados em forma sucessiva. Ou seja, primeiro analisa-se a legalidade e, superada esta verificação, passa-se ao exame da proporcionalidade e, por último, da razoabilidade[62]. Em suma, a passagem por um parâmetro é condição *sine qua non* para que se analise o parâmetro seguinte.

2.7.1 – Flexibilização e legalidade

A primeira análise para a viabilidade da adoção da flexibilização é a legalidade. A relação existente entre o ato a ser praticado e a legislação pode ocorrer de

[61] Este parâmetros trazem em sai a busca por justiça, no sentido empregado por PIETRO DE JESÚS LORA ALARCÓN ao questionar o procedimentalismo: "certamente, o empobrecimento da essência do processo pode ser provocado por um procedimentalismo supostamente ancorado no pensamento de Habermas, que configura uma relação do juiz com a causa, na qual a interpretação constitucional, que deveria ser pautada pelos valores e a teleologia do Estado Democrático de Direito, vira uma ilusão, pois desconhece o poder econômico e as relações assimétricas de poder. Há que assumir que a interpretação da Constituição pelo juiz deve dirigir-se também à proteção da criação democrática do Direito, posto que não há forma de o juiz ou o Tribunal decidir com fundamento em uma suposta ordem suprapositiva de valores sem interferir nas tarefas encomendadas ao Legislativo e ao Executivo. Por essa via, a ponderação, a razoabilidade e a proporcionalidade, configuram-se como instrumentos efetivos para conter as ameaças à devida tutela dos direitos e garantias da supremacia da Constituição." ALARCÓN, Pietro de Jesús. Reflexões sobre o processo e constituição: a tarefa transformadora do processo e a efetividade do estado. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, p. 224, São Paulo, 2006.

[62] SERGIO CHIARLONI ao analisar comparativamente o processo civil de matiz civil law com o processo civil de índole de common law apresenta importante característica da civil law: o processo é visto como uma máquina que deve atingir um objetivo. Ora, também pode-se pensar da mesma forma com o processo penal, em que a o modo de produção fordista é implantado também no processo. Com estes critérios substanciais busca-se retomar conceito de justiça para o processo, distanciando-se assim do modelo puramente formal de processo. A crítica de CHIARLONI é assim posta: "*Viceversa, nella cultura del processo civile continentale fin dai primi anni del secolo scorso l'accento è posto sul suo essere parte del diritto pubblico. Il processo non è più concepito come cosa privata delle parti o meglio, come ben rilevato a suo tempo da Cappelletti, degli avvocati delle parti.* [9] *Si comincia a guardare al processo come una macchina che deve rendere un servizio efficiente ai soggetti che lo chiedono. Ci si rende pertanto conto che occorre attribuire al giudice poteri di direzione, con le correlative responsabilità. Si mette l'accento sull'accuratezza dell'esito come manifestazione fondamentale di efficienza. L'importanza di una soluzione corretta delle questioni di fatto conduce il legislatore ad attribuire spazi all'iniziativa ufficiosa, in Italia prima con timidezza nel codice del 42, poi con la massima latitudine con la riforma del processo del lavoro nel 1973*." CHIARLONI, Sérgio. Riflessioni microcomparative su ideologie processuali e accertamento della verità. *RePro*, n. 176, p. 105, São Paulo, RT, 2009.

duas formas: a) a lei expressamente determina a flexibilização ou b) a lei expressamente proíbe a flexibilização.

Quando a lei expressamente determina que seja feita a flexibilização (flexibilização legislativa dirigida ao juiz ou às partes) o legislador estabelece, em essência, os próprios critérios de flexibilização, reduzindo o âmbito de atuação do juiz.

Se a lei expressamente proíbe a flexibilização não haverá, em princípio, espaço para ela acontecer. O espaço de flexibilização, nesta situação, é restrito ou inexistente dada sua vedação legal.

Em relação aos espaços de expressa permissão e de expressa vedação é tranquila sua delimitação por parte do aplicador do Direito. Todavia, no que toca ao que estiver fora do espaço de proibição ou fora do espaço da permissão, em princípio, é possível a flexibilização.

Em suma, em um primeiro momento, a análise da legalidade significa que o juiz deve analisar se há permissão expressa ou se há o silêncio da lei. Em ambas as situações será possível a flexibilização.

Quando há permissão, em regra, o legislador fixa os critérios de flexibilização e o juiz deve atuar em conformidade com eles.

Em caso de silêncio da lei, se o juiz, para adaptar a lei ao caso concreto, concluir pela necessidade de flexibilização, isso nunca poderá representar desrespeito flagrante ao espírito da norma, mas, excepcionalmente o seguimento de caminho inferido do ordenamento como um todo, necessário para a solução adequada e justa.

Também nesta verificação de legalidade impõe-se o respeito ao devido processo legal e aos direitos fundamentais, o que será objeto de exame no próximo capítulo.

2.7.2 – Flexibilização e proporcionalidade

Sob dois ângulos pode ser vista a relação entre a flexibilização e o princípio da proporcionalidade: o uso do princípio da proporcionalidade como fator de flexibilização e a sua utilização como parâmetro para a flexibilização. Ambos, contudo, se entrelaçam.

O princípio da proporcionalidade é fator de flexibilização quando invocado para solucionar colisão de direitos fundamentais. Nesta situação, havendo colisão entre direitos fundamentais a proporcionalidade é invocada para resolver este conflito.

O princípio da proporcionalidade surge de construção do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Sua primeira manifestação deu-se no chamado Caso das Farmácias (*Die Apothekenurteil*). Neste caso o autor da reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerden*) teve negado pedido para a abertura de uma farmácia por conta de restrição legal que determinava número máximo de farmácias por habitante.

A Corte Constitucional alemã acolheu a tese do reclamante em julgamento de 11.06.1958 valendo-se da proporcionalidade e como explicam DIMITRI DIMOULIS e LEONARDO MARTINS:

> "Na decisão se afirma, em síntese, que o propósito ao qual a intervenção serve deve ser tão importante quanto mais intensa for a intervenção. Somente um propósito muito importante poderia justificar o uso de um meio mais gravoso. O Tribunal Constitucional Federal estabelece de fato uma 'proporção' entre a importância do propósito e a (permitida) intensidade do meio de intervenção..."[63].

É possível identificar a função básica do princípio da proporcionalidade: consiste na análise da intervenção estatal no âmbito dos direitos fundamentais a fim de saber se esta mostra-se possível.

Neste sentido afirma CARLOS BERNAL PULIDO que sua função é a de:

[63] DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais.* 2. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 81.

> *"estructurar el procedimento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el Legislador y para la fundamentación de dicho contenido em las decisiones del control de constitucionalidade de las leys".*[64]

Da mesma forma, DIMITRI DIMOULIS e LEONARDO MARTINS afirmam:

> "Na Alemanha, como se verá em seguida, a vinculação dos órgãos dos três poderes e, principalmente, do legislador aos direitos fundamentais obrigou o Poder Judiciário a encontrar um critério para avaliar intervenções estatais que dificultem ou impeçam o exercício destes direitos, decidindo que tais intervenções somente são admitidas na medida em que respeitarem o mandamento da proporcionalidade"[65].

Os pressupostos para a aplicação do princípio da proporcionalidade ligam-se à ideia de que para sua incidência é necessário que seja afetada uma norma ou uma posição identificável de plano com disposição de Direito fundamental.

Neste sentido, CARLOS BERNAL PULIDO:

> *"... para que exista uma intervención legislativa em un derecho fundamental es necesario que la ley afecte uma norma o uma posición que pueda adscribirse prima facie a uma disposición iusfundamental, y vice-versa: la afectación de una norma o de una posición iusfundamental prima facie por parte de uma norma legislativa, implica la atribuición a esta norma del carácter de intervención en el derecho fundamental"*[66].

---

[64] PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterior para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador.* 7. ed. Madrid: Centro de Estudos Políticos y Constitucionales, 2007. p. 162. Em tradução livre: "Estruturar o procedimento interpretativo para a determinação do conteúdo dos direitos fundamentais que resulta vinculante para o legislador e para a fundamentação de dito conteúdo nas decisões do controle de constitucionalidade das leis."

[65] DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. (2011: 168).

[66] PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad...* cit., p. 620. Em tradução livre: "Para que exista uma intervenção legislativa em um direito fundamental é necessário que a lei afete uma norma ou uma

Busca-se com o princípio da proporcionalidade, em cada caso, o princípio aplicável. Isto pode ser considerado flexibilização, na medida em que busca-se, por meio dos elementos próprios, a melhor decisão para o caso concreto.

Conforme as decisões sobre flexibilização vão ganhando força, aquilo que era excepcional tende a tornar-se regra, gerando um sistema de precedentes. Neste sentido afirma ROBERT ALEXY:

> Se reuníssemos todas as regras de decisão do Tribunal Constitucional Federal, seria possível obter uma rede de normas relativamente abrangente e densa. Cada nova decisão contribui para uma maior densidade[67].

Modernamente há discussão na doutrina sobre sua natureza jurídica[68]. Uns o veem como princípio como é o caso de CARLOS BERNAL PULIDO[69], outros o veem como regra, como é o caso de ROBERT ALEXY[70].

Apesar destas distinções, há relativo consenso entre os doutrinadores acerca de sua estrutura. Como afirma VIRGILIO AFONSO DA SILVA:

> A subdivisão da regra da proporcionalidade em três sub-regras, *adequação, necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*,

---

posição que possa se adscrever *prima facie* a uma disposição iusfundamental, e vice-versa: a afetação de uma norma ou de uma posição iusfundamental *prima facie* por parte de uma norma legislativa, implica a atribuição a esta norma do caráter de intervenção no direito fundamental".

[67] ALEXY, R. (2011: 558)

[68] VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA faz importante observação quanto a estes diferenças conceituais: "Não é possível, todavia, fechar os olhos diante da prática jurídica brasileira. Quando se fala em *princípio da proporcionalidade*, o termo "princípio" pretende conferir a importância devida ao conceito, isto é, à exigência de proporcionalidade. Em vista disso, e em vista da própria plurivocidade do termo 'princípio', não há como esperar que tal termo seja usado somente como contraposto a regra jurídica. Não há como querer, por exemplo, que expressões como 'princípio da anterioridade' ou 'princípio da legalidade' sejam abandonadas, pois, quando se trata de palavras de forte carga semântica, como é o caso do termo 'princípio', qualquer tentativa de uniformidade terminológica está fadada ao insucesso." SILVA, Virgilio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, n. 798, p. 26, São Paulo, RT, 2002.

[69] PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad...* cit.

[70] ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais...* cit.

> conquanto praticamente ignorada pelo STF, é bem salientada pela doutrina pátria”[71].

Caso não haja colisão entre direitos fundamentais não se trata de *hard cases* e, neste caso, não há o uso do terceiro subprincípio, ou seja, não há o uso da proporcionalidade em sentido estrito.

Nesta hipótese são usados somente os subprincípios da adequação (ou idoneidade) e da necessidade. A proporcionalidade, em sentido estrito, somente terá incidência nas hipóteses de colisão de direitos fundamentais.

Optando pela flexibilização o magistrado examinará em primeiro lugar a sua adequação. Superado este parâmetro irá analisar, então, a necessidade da medida a ser utilizada.

A adequação também é conhecida como subprincípio da idoneidade. Significa que a intervenção do ato estatal deve ser capaz de estimular a obtenção de um resultado constitucionalmente legítimo.

Neste sentido, afirma CARLOS BERNAL PULIDO:

> *De acuerdo com este subprincípio, toda intervención em los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legitimo*[72].

Da mesma forma, afirma VIRGILIO AFONSO DA SILVA:

> “Esses conceitos de adequação não são, contudo, os mais corretos. A causa do problema está na tradução imprecisa da decisão. A sentença em alemão seria melhor compreendida se se traduzisse o

[71] SILVA, Virgilio Afonso da. Op. cit., p. 30.
[72] PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad*... cit. p. 693. Em tradução livre: “De acordo com este subprincípio, toda intervenção nos direitos fundamentais deve ser adequada para contribuir com a obtenção de um fim constitucionalmente legítimo".

> verbo *fördern*, usado na decisão, por *fomentar*, e não por *alcançar*, como faz Gilmar Ferreira Mendes, porque, de fato, o verbo *fördern* não pode ser traduzido por *alcançar*. *Fördern* significa fomentar, promover. Adequado, então, não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado. Há uma grande diferença entre ambos os conceitos, que fica clara na definição de MARTIN BOROWSKI, segundo a qual uma medida estatal é adequada quando o seu emprego faz com que "o objetivo legítimo pretendido seja alcançado *ou pelo menos fomentado*." Dessa forma, uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido"[73].

O sub-princípio da necessidade significa que uma medida é necessária quando não há outras que produzam resultado de igual intensidade e que violem menos os direitos fundamentais.

Afirma, assim, CARLOS BERNAL PULIDO:

> *"De acuerdo com el subprincípio de necessidade, toda medida de intervención em los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la mesma idoenidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto"*[74].

Da mesma forma, VIRGILIO AFONSO DA SILVA afirma:

> "Um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser

[73] SILVA, Virgilio Afonso da. Op. cit., p. 38.
[74] PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad*... cit. p. 740. Em tradução livre: "De acordo com o subprincípio da necessidade, toda medida de intervenção nos direitos fundamentais deve ser a mais benigna com o direito fundamental."

> promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido"[75].

Somente quando concluir que é necessário pelas circunstâncias do caso e não houver outra solução mais adequada é que o juiz irá flexibilizar. Os subprincípios da proporcionalidade permitem, ao mesmo tempo, que seja verificada a necessidade da flexibilização e, que se teste se a medida a ser tomada mostrar-se-á válida.

2.7.2.1 – O princípio da proporcionalidade como parâmetro da flexibilização nos *hard cases*

Primeira forma de analisar o princípio da proporcionalidade, neste caso, é a de verificar a norma em face do conjunto de direitos fundamentais, sendo utilizado o princípio no dizer de CARLOS BERNAL PULIDO:

> *"en cuanto critério para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el Legislador, cumple la función de estructurar la concreción y la fundamentación jurisdiccional de las normas adscritas de derecho fundamental em los casos difíciles"*[76].

Esta utilização como salienta CARLOS BERNAL PULIDO dará-se nos *hard cases*, que ocorrem:

> "a) quando a norma legislativa examinada regula um caso que suscita incertezas de tipificação e abrangência pelo suporte fático;

[75] SILVA, Virgilio Afonso da. Op. cit., p. 40.
[76] PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad...* cit. p. 162. Em tradução livre: "Enquanto critério para a determinação do conteúdo dos direitos fundamentais que são vinculantes para o legislador, cumpre a função de estrutura a concretização e a fundamentação jurisdicional das normas adscritas de direito fundamental nos casos difíceis."

> b) quando a norma legislativa examinada regula um caso que se enquadra claramente dentro do suporte fático de uma norma de direito fundamental diretamente estatuída e existem argumentos a favor e contra se estaria também tipificado pelo suporte fático de uma norma restritiva constitucionalmente legítima; c) quando a norma legislativa regula um caso que claramente se enquadra dentro de uma norma fundamental diretamente estatuída e de uma cláusula restritiva mas há dúvidas sobre a constitucionalidade da cláusula restritiva; d) quando a norma legislativa regula um caso que se encontra tipificado pelo suposto fático da norma fundamental diretamente estatuída mas há alguns princípios constitucionais que atuam contra a declaração de inconstitucionalidade da lei (aqui teríamos a colisão entre direitos fundamentais)"[77].

Nestes casos, considerados como difíceis, é aceitável a flexibilização e o uso do princípio da proporcionalidade para esta operação, que é um dos parâmetros que irão justificar a idoneidade da decisão.

Caso trate-se de *hard case*, então haverá a incidência dos três subprincípios da proporcionalidade: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

Quanto a este último tem-se no dizer de CARLOS BERNAL PULIDO:

> *"Conforme al principio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de la intervención en el derecho fundamental debe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa"*[78].

Da mesma forma, VIRGILIO AFONSO DA SILVA afirma:

[77] Idem, p. 148-149.

[78] Idem, p. 763. Em tradução livre: "Conforme o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, a importância da intervenção no direito fundamental deve estar justificada pela importância da realização do fim perseguido pela intervenção legislativa."

> "Ainda que uma medida que limite um direito fundamental seja adequada e necessária para promover um outro direito fundamental, isso não significa, por si só, que ela deve ser considerada como proporcional. Necessário é ainda um terceiro exame, o exame da proporcionalidade em sentido estrito, que consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva"[79].

2.7.3 – Flexibilização e razoabilidade

Não há consenso sobre o significado do princípio da razoabilidade[80]. A depender da posição que se siga, a razoabilidade está relacionada com o devido processo legal substancial, ou com a proporcionalidade ou ainda assumir caráter autônomo.

Para a primeira posição, a razoabilidade encontra fundamento no devido processo legal substancial. Trata-se de posição adotada pela escola norte-americana.

Para esta escola, a razoabilidade é vista dentro de três aspectos como aponta CÁSSIO MACHADO CAVALLI:

> "Em que pese seu aspecto fluido, a razoabilidade entendida como *rule of reasonableness* pode ser decomposta em três aspectos, quais sejam (a) a verificação da legitimidade dos fins pretendidos pelo Estado; (b) a análise da adequação dos meios prescritos em relação aos fins visados; e (c) a aceitabilidade dos atos legislativos ou das

[79] SILVA, Virgilio Afonso da. Op. cit., p. 42.

[80] Neste sentido, a lição de CÁSSIO MACHADO CAVALLI: Esse feixe de significados, utilizados indistintamente pela doutrina e pela jurisprudência sob o manto de uma mesma denominação, acaba por obscurecer ainda mais o significado da razoabilidade, o que é agravado pelo fato de haver "duas linhas de construção constitucional"[14]distintas, nas quais a doutrina e jurisprudência brasileiras investigam a razoabilidade. Por um lado, os que encontram no ordenamento norte-americano a origem e a justificação da razoabilidade tendem a associá-la ao princípio do devido processo legal substancial; por outro, os que investigam o direito alemão tendem a associá-la à proporcionalidade. Assim, a significação do conceito de razoabilidade no direito brasileiro varia de acordo com o ordenamento jurídico do qual se importou o modelo, que, não raro, contém linhas argumentativas contrapostas e de difícil conciliação com o outro modelo, o que acaba por obnubilar ainda mais o conteúdo jurídico da razoabilidade em nosso ordenamento." CAVALLI, Cássio Machado. A compreensão jurídica do dever de razoabilidade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 50, p. 220, São Paulo, RT, 2005.

> decisões judiciais, aferida de acordo com o postulado da justiça, expresso pelo "sentimento comum de uma dada época. Nesta acepção, a razoabilidade, conquanto não se confunda com a isonomia, guarda com esta íntima conexão"[81].

Sobre a segunda posição, CÁSSIO MACHADO CAVALLI afirma

> "Essa orientação de identificar a razoabilidade com a proporcionalidade é também adotada por parte da doutrina que entende que, conquanto essa associação possa trazer algum prejuízo aos mais ciosos da rigidez acadêmica, deve-se notar que em todas as oportunidades em que tem-se feito alusão a ditos princípios, esta tem estado em consonância com seus objetivos e conteúdo, que, de uma forma ou de outra, procuram garantir direitos ao cidadão em face de eventual arbítrio do poder estatal."

Isso por que, entre ambos os conceitos,

> "'os pontos de semelhança são mais numerosos que os de dessemelhança', havendo apenas uma diferença terminológica em razão do ordenamento jurídico, – se americano ou se alemão –, do qual se importou o modelo. Desse modo, o conceito de proporcionalidade 'em linhas gerais mantém uma relação de fungibilidade com o princípio da razoabilidade', de tal forma que a associação entre razoabilidade e o postulado da proporcionalidade talvez seja uma das mais freqüentes no Direito brasileiro"[82].

Para a terceira posição o princípio da razoabilidade tem sua própria autonomia e foi fundado, especialmente, pela doutrina inglesa.

---

[81] Idem, p. 223.

[82] CAVALLI, Cássio Machado. A compreensão jurídica do dever de razoabilidade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 50, p. 224-225, São Paulo, RT, 2005.

Esta corrente[83] leva em conta o estabelecido naquilo que ficou conhecido como Teste de Wednesbury[84]: se uma decisão é irrazoável de forma que nenhum administrador razoável a tomaria, então ela não pode ser aceita. É a posição de VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA[85] e aqui seguida.

---

[83] ROBERTO ROSAS ensina a este respeito: "2. O razoável está relacionado com a razão (*ratio*) e com o verbo reri (crer, julgar, pensar). O homem é animal razoável com meios e fins. A razão pode ser matemática ou filosófica, nesta há faculdades orientadoras do conhecimento da verdade. A razão é bom senso, prudência (Ferrater Mora, Dicionário de filosofia). Aristóteles desenvolveu o conceito de razão e defendeu a reta razão, com a Justiça no meio termo (*Ética* a Nicômaco). A reta razão desdobra-se na proporcionalidade, igualdade e eqüidade. O julgamento é razoável quando se empregam critérios de discernimento, eqüidade, inteligência (Aristóteles, Ética a Nicômaco, p. 109). Já Santo Tomás de Aquino pregou a reta razão como a síntese das virtudes morais - a temperança, a prudência, a força, a justiça. Da razão chega-se à justiça, e acima de tudo à virtude (Suma teológica). Mais recentemente, Perelman estuda a reta razão, partindo da multiplicidade de soluções, mas, no caso concreto, a melhor solução é razoável, no equilíbrio entre o absoluto e o mínimo. Exemplifica: "A cada vez que o Juiz deve decidir se houve falta, negligência, imprudência, quando cabe precisar um padrão (agir como bom pai de família), determinar as conseqüências prejudiciais de um ato faltoso, encontra-se regularmente nos acórdãos o recurso à idéia daquilo que é ou não é razoável (Ética e direito, Martins Fontes, p. 431). Portanto, estamos diante de idéias apropriadas pelo jurista para chegar à justiça. A liberdade para o exame da razoabilidade da lei ou de uma decisão (pública ou privada) não pode tomar o rumo daquilo que Robert Bork chamou de sedução política do Direito (*The* Thempting of America), ou, como acentuou Perelman, há limite à tolerância, e é o desarrazoado que não é aceitável (Ética e direito, p. 432)." ROSAS, Roberto. Devido processo legal: proporcionalidade e razoabilidade. *Revista dos Tribunais*, v. 783, p. 11, 2001.

[84] No trecho original do julgamento temos: "*Whether this condition is reasonable is a matter for the court as being a high matter of policy. Of course unreasonableness has to be established but it is for the court to exercise its own judgment on the facts established. No reasonable authority could have imposed the condition preventing the persons who have voted for Sunday performances taking their children under fifteen with them. Where what has been done is unreasonable, the plaintiffs are entitled to go for relief to the court: Rex v. Burnley Justices. Ex parte Longmore(1916) 85 L. J. (K. B.) 1565. It is true that the authority had wrongly delegated their powers but the actual decision was based on the unreasonableness of the condition. Henn Collins J. was wrong in not accepting the obligation to decide as to reasonableness. The exclusion of children accompanied by their parent or parents is unreasonable if not also ultra vires: see the majority decision in Theatre de Luxe (Halifax), Ld. v. Gledhill* [1915] 2 K. B. 49. [They referred also to *London County Council v. Bermondsey Bioscope Co.* [1911] 1 K. B. 445; *R. v. London County Council. Ex parte London & Provincial Electric Theatres, Ld.* [1915] 2 K. B. 466; and *Ellis v. Dubowski* [1921] 3 K. B. 621.]" Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service [1985], AC 374, p. 410. Em tradução livre: Em tradução livre: Se esta condição é razoável é um assunto para o tribunal como sendo uma questão importante da política. Claro irracionalidade tem de ser estabelecida, mas é para o tribunal exercer seu próprio juízo sobre os fatos estabelecidos. Nenhuma autoridade razoável poderia impor a condição de impedir as pessoas de votarem para eleições domingo levando seus filhos menores de 15 com eles. Onde o que tem sido feito é razoável, os autores têm o direito de ir para o alívio para o tribunal: Ministros Burnley Rex v. Ex parte Longmore (1916) 85 L. J. (K. B.) 1565. É verdade que a autoridade tem erradamente delegado os seus poderes, mas a decisão real foi baseada na irracionalidade da condição. Henn Collins J. estava errado em não aceitar a obrigação de decidir quanto à razoabilidade. A exclusão de crianças acompanhadas por seus pais ou os pais não é razoável se não também ultra vires: ver a decisão da maioria em Teatro de Luxe (Halifax), Ld. v Gledhill [1915] 2 K. B. 49. [Eles se referiam também a London County Conselho v Bermondsey Bioscope Co. [1911] 1 KB 445, R. v London County Council. Ex parte London & provinciais Teatros elétricos, Ld. [1915] 2 KB 466;. E Ellis v Dubowski [1921] 3 KB 621] "Conselho dos Sindicatos da Função Pública contra o Ministro da Função Pública [1985], AC 374, p. 410.

[85] Afirma o autor: "A regra da proporcionalidade, contudo, diferencia-se da razoabilidade não só pela sua origem, mas também pela sua estrutura. Quanto à origem, basta um breve excurso histórico, feito a seguir. Sobre a estrutura, as diferenças ficarão claras ao longo do presente trabalho." E continua "A não-identidade entre os dois conceitos fica ainda mais clara quando se acompanha o debate acerca da adoção do Human Rights Act de 1998 na Inglaterra. Somente a partir daí passou a haver um real interesse da doutrina jurídica inglesa na aplicação da regra da proporcionalidade, antes praticamente desconhecida na Inglaterra.

O juiz deve, em suma, quando flexibilizar não ir contra o princípio da razoabilidade. A opção escolhida pelo magistrado, ainda que não viole a legalidade ou a proporcionalidade não se pode mostrar irrazoável.

Embora difícil, pode haver uma decisão que não viole a legalidade, seja proporcional e, mesmo assim, não seja razoável. Assim, o teste da razoabilidade é o último parâmetro a direcionar a decisão do juiz.

Esta ideia, aliás, já é exposta há muito tempo, sendo conhecida na obra "A lógica do razoável" de RECASSENS SICHES. Em sua obra, Tratado General de Filosofia del Derecho explica:

> "La lógica de lo humano o de lo razonable es una razón impregnada de puntos de vista estimativos, de critérios de valorización, de pautas axiológicas, que además leva a sus espaldas como allecionamiento las ensinanzas recebidas de la experiencia, de la experiencia propia o de la experiencia del próximo através de la história"[86].

2.8 – A operação de flexibilização

A atuação do magistrado é fundamental para que a flexibilização seja operada de maneira constitucionalmente legítima, em especial quando se tratar de flexibilização

---

Atualmente, discute-se [30] qual o papel que a regra da proporcionalidade deverá desempenhar ao lado do princípio da irrazoabilidade ou, até mesmo, se aquela deverá substituir este. Se ambos fossem sinônimos, essa discussão seria impensável. Por fim, não é difícil perceber que um ato considerado desproporcional não será, necessariamente, considerado irrazoável, pelo menos não nos termos que a jurisprudência inglesa fixou na decisão Wednesbury, pois, para ser considerado desproporcional, não é necessário que um ato seja extremamente irrazoável ou absurdo. Há decisões na Corte Européia de Direitos Humanos expressamente nesse sentido, ou seja, decidindo pela desproporcionalidade de uma medida, mesmo admitindo a sua razoabilidade." SILVA, Virgilio Afonso da. Op. cit., p., v. 798, p. 29, 2002).

[86] SICHES, L.R. Tratado general de filosofia del derecho. 22. ed. México: Editorial Porrúa S.A., 1959. p. 642. Em tradução livre: "A lógica do humano ou do razoável é uma razão impregnada de pontos de vista estimativos, de critérios de valorização, de pautas axiológicas, que ainda leva em suas costas como junção as lições recebidas da experiência, da experiência própria do próximo através da história."

judicial. Nesta situação, o papel do juiz irá variar conforme trate-se de flexibilização legislativa ou judicial.

Quanto à flexibilização judicial, é importante lembrar-se que a regra é a observância do modelo legal. Para que se possa afastar deste modelo legal há necessidade da observância de situações extraordinárias que justifiquem este afastamento do padrão[87].

Neste caso, a flexibilização pode ser feita de ofício pelo magistrado ou mediante o pedido de uma das partes. Pode até mesmo ocorrer em caso de pedido conjunto das partes e, neste caso, gera o risco de imposição da vontade de uma parte sobre a outra como aponta NIKLAS LUHMAN[88]. No entanto, a adoção dos parâmetros anteriormente apresentados afasta este risco.

A primeira conduta do magistrado está em analisar e fundamentar a situação extraordinária que justifica a flexibilização do processo. As situações extraordinárias que justificam a flexibilização em sentido estrito, normalmente, estão ligadas à situação concreta e não ao tipo penal em si. É esta situação concreta que, ao tornar a causa complexa, pode justificar a flexibilização do processo.

Assim, a primeira operação do magistrado consiste em analisar e motivar sua opção pelo afastamento do modelo legal. Neste aspecto da motivação, o magistrado precisa indicar quais os elementos da causa que justificam seu afastamento do modelo previsto para aquele ato.

---

[87] NIKLAS LUHMAN esclarece que a obediência ao modelo legal é questão até mesmo de racionalismo na prática jurídica a evitar indevidos prolongamentos do processo: "os procedimentos judiciais nao sao descobertos e ajustados caso a caso. É que isso constituiria uma espera ociosa no acaso e seria tão demorado que, entretanto, se desfaria a organização da sociedade ou se recairia numa situação extremamente primitiva. Em todas as sociedades com uma certa complexidade, o aproveitemos tem de ser instruídos de forma a poupar tempo, por meio da escolha dum modelo pre constituído" (LUHMAN, Niklas. p. 53).

[88] NIKLAS LUHMAN explica sobre os riscos e limites de um sistema pautado pelo consenso das partes, chamado de sistema de contato: "pois o cuidado em relação ao seu sistema de contato pode levar os indivíduos a renunciarem aos seus direitos; torna-se um problema a pergunta se uma pessoa negocia com base no direito ou se se deve arranjar fora dele. É natural que esta legalidade dos sistema de contato na deve ser, forçosamente, compreendida como uma tendência para a violação do direito. A relação para com a garantia legal é multifacetad, complexa e altera os acentos. Os participantes, apenas com respeito À duração do processo judicial, podem até preferir um compromisso que poupe tempo e podem também utilizar este mecanismo ao contrário para tolerar a decisão e ganhar tempo,ou podem concordar em abandonar a decisão ao sabor do acaso, à guisa dum processo-padrão de conclusão imprevisível. Em qualquer dos casos, os sistemas de contato servem de medianeiros à garantia jurídica, na medida em que a tornam assunto duma votação social anterior e, com isso, a organização do direito torna-se dependente das estruturas de poder e motivo, que já não podem mais ser controladas dentro do próprio processo jurídico." (p. 67-68).

Superada esta primeira análise, o magistrado precisa motivar a adoção daquela espécie de flexibilização e a razão da não escolha do que foi sugerido pelas partes ou, ainda, o porquê da escolha do indicado por uma das partes[89]. Deve haver a motivação (artigo 93, IX, da Constituição Federal) com base nos parâmetros indicados anteriormente (legalidade, proporcionalidade e razoabilidade).

Este dever de motivação é fundamental e como explica ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO:

> "Ainda, como garantia política, a exigência da motivação dos provimentos restritivos dos direitos fundamentais constitui a mais eficiente barreira de proteção do indivíduo contra violações aribitrárias: só com a indicação das razões desses provimentos é possível saber se no caso foram obedecidas as regras do *devido processo* e, mais, se aplicadas de maneira válida as normas permissivas da restrição e corretamente apreciado o contexto fático que a autorizava"[90].

Em ambos os aspectos da motivação o magistrado deverá indicar os parâmetros indicados no tópico anterior (legalidade, proporcionalidade e razoabilidade) como forma de justificativa e controle do motivo da flexibilização e do modelo adotado por ele.

---

[89] WILLIS SANTIAGO GUERRA afirma: "Essa configuração do princípio do contraditório, que requer uma co-responsabilidade do juiz por o que as partes fazem - ou deixam de fazer - no processo, é uma exigência do respeito, no direito processual do princípio constitucional do Estado social, como afirma Rudolf Wassermann. É assim que, o princípio do contraditório, além de fornecer um estrutura lógico-dialética ao processo, a mais apta para torná-lo um instrumento de pesquisa da verdade e estabelecimento da justiça, atende, igualmente, aos reclamos da democracia, ao garantir a participação dos interessados na formação da vontade estatal, tanto no que toca a interesses particulares, como também àqueles interesses mais gerais, defendidos em ações coletivas como a ação popular e a ação civil pública, verdadeiros instrumentos de participação política. Essa foi a lição de Calamandrei, em um ciclo de conferências sobre o tema "Processo e Democracia", na Universidade do México, no princípio da década de 1950, e que se constitui, juntamente com os trabalhos de Couture, mencionados anteriormente, em marco fundamental do início de uma nova fase do pensamento processual, aquela que vivemos contemporaneamente, em que o processo não é mais visto como mero instrumento técnico de realização do direito material, mas como sendo, ele próprio, objeto impregnado de valores e condicionante do caráter justo - ou não - das decisões que propicia. Daí a necessidade de se pesquisar com maior intensidade a dimensão em que o processo se liga com a política e, logo, com a Constituição, o que já é assunto para, no mínimo, uma outra palestra." GUERRA, Willis Santiago. A dimensão processual dos direitos fundamentais. *RePro*, n. 87, p. 166, São Paulo, RT, 1997.

[90] GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A motivação das decisões penais. São Paulo: RT, 2001, p. 241.

A primeira análise feita pelo magistrado consiste na legalidade da flexibilização. Desta forma, o magistrado irá avaliar se há proibição ou permissão do ato a ser flexibilizado.

Caso haja proibição, poderá o magistrado flexibilizar desde que reconheça a inconstitucionalidade da norma que proíbe a flexibilização. No caso de permissão, o magistrado irá analisar o parâmetro da proporcionalidade.

Ao analisar o parâmetro da proporcionalidade o magistrado deve identificar se trata-se de hipótese de colisão de direitos fundamentais ou não. Não sendo hipótese de colisão de direitos fundamentais irá analisar apenas os subprincípios da adequação e da necessidade. Caso haja colisão entre estes direitos, passará analisar a proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação, como ensina ANTONIO SCARANCE FERANDES:

> "... deve ser analisada de maneira objetiva, como adequação qualitativa ou quantitativa, e de forma subjetiva, ligada à idoneidade em face do sujeito passivo. A medida deve, assim, ostentar qualidade essencial que a habilite a alcançar o fim pretendido (adequação qualitativa), a sua duração ou intensidade deve ser condizente com a sua finalidade (adequação quantitativa) e deve a medida ser dirigida a um indivíduo sobre o qual incidam as circunstâncias exigidas para ser atuada (adequação subjetiva)"[91].

Sendo a medida adequada, analisa-se o subprincípio da necessidade. Aqui o magistrado analisa se a flexibilização é a medida menos gravosa a ser utilizada conforme os ensinamentos de ANTONIO SCARANCE FERNANDES:

> "É preciso, para não ser desproporcional, que o meio utilizado seja necessário ao objetivo almejado, verificando-se essa necessidade pela análise das alternativas postas para o alcance do fim"[92].

[91] FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 61.
[92] Idem, ibidem.

Caso haja conflito entre princípios, então haverá a incidência do terceiro subprincípio, ou seja, a proporcionalidade em sentido estrito. Aqui, o magistrado deverá analisar se a restrição invocada justifica-se em face de valor superior no sistema. Como afirma ANTONIO SCARANCE FERNANDES:

> "não se cuida de invocar o princípio em favor do acusado ou da acusação, mas de verificar se, no caso concreto, a restrição ao acusado é adequada, necessária e se justifica em face do valor maior a ser protegido"[93].

Analisados os parâmetros da legalidade e da proporcionalidade, resta ao magistrado analisar o último parâmetro, qual seja a razoabilidade. Aqui a razoabilidade é utilizada como forma de lapidar a decisão do juiz evitando que cheguem a decisões exageradas. No sentido utilizado no trabalho, o princípio da razoabilidade manifesta-se como princípio da irrazoabilidade no sentido de que a decisão tomada não pode mostrar-se irrazoável.

Quando tratar-se de flexibilização legislativa, a decisão pela flexibilização já foi tomada pelo legislador, cabendo ao juiz decidir por qual caminho seguir. Vale dizer, a escolha pela flexibilização já foi feita pelo legislador, resta ao juiz decidir qual o conteúdo do ato a ser flexibilizado, dentre as possíveis opções apontadas pelo legislador.

Nesta situação, podem surgir duas situações distintas para o magistrado. Na primeira delas, o legislador já indica os parâmetros para a flexibilização. Nesta hipótese, o magistrado deverá necessariamente fundamentar sua decisão com base nestes parâmetros. A decisão deve indicar a presença destes parâmetros estabelecidos pelo legislador e, a partir deles, o magistrado motiva sua opção.

Na segunda situação, o legislador não indica os parâmetros da flexibilização. Aqui o magistrado não irá precisar analisar a legalidade, visto que a lei já determinou a

[93] Idem, p. 62.

flexibilização, devendo, então, o magistrado pautá-la pelos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Assim, por exemplo, no caso de prisão em flagrante válida, o magistrado deve indicar, com base nos parâmetros previstos no artigo 282 e seguintes do Código de Processo Penal qual a medida cautelar que será imposta ao acusado justificando os motivos de sua escolha.

Seja qual for o plano da flexibilização, é importante notar que a decisão por esta poderá ser questionada. Por tratar-se de decisão judicial deverá haver motivação idônea para que o magistrado faça a opção pela flexibilização[94]. Tomada a decisão, poderão as partes questioná-la ao magistrado[95].

2.8.1 – A flexibilização e as partes

Com a flexibilização é possível que seja privilegiado o interesse da acusação, da defesa ou, a depender da situação, de ambas as partes. A flexibilização pode, portanto, atingir todos os interesses envolvidos no processo.

No caso da flexibilização em favor da defesa, a situação mostra-se de mais fácil admissão. É que o princípio do *favor rei* justifica a adoção de medidas que possibilitem a ampliação dos direitos e garantias individuais.

Inicialmente o *favor rei* e a presunção de inocência eram vistos como sinônimos como esclarecem JOSÉ MARIA RIFÁ SOLER, MANUEL RICHARD GONZÁLEZ e

---

[94] NIKLAS LUHMAN esclarece a importância desta medida ao afirmar: "(...) para uma legitimação pelo procedimento sai a diferenciação e a autonomia que abrem um espaço de manobra para a atuacao dos participantes pleno de alternativas e de importância básica, reduzindo a complexidade. Só assim os participantes podem ser motivados a tomarem, eles próprios, os riscos de sua acao, a cooperarem sob controle, na absorção da incerteza e dessa forma a contraírem gradualmente um compromisso." (p. 64).

[95] Verdade e consenso não são valores antitéticos. Encontram-se no Direito como bem ensina JOSÉ DE FARIA COSTA ao afirmar: "logo, vontade consensual e verdade cruzam-se no direito. E cruzam-se em proporções, está bom de ver, que variam conforme o tempo histórico da sua realização do direito, o lugar da sua específica concretização e variam através de modos diferentes tendo em vista os objetivos que se querem alcançar." (COSTA, José de Faria. *Linha de direito penal e de filosofia, alguns cruzamentos reflexivos.* Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 102).

IÑAKI RIAÑO BRUN: *"históricamente ambos princípios [presunção de inocência e* in dubio pro reo*] eran conocidos como el* favor rei *o el favor delinquentis*"[96]

Contudo, modernamente o princípio é visto de maneira mais ampla. Trata-se da prevalência dos interesses do acusado no processo penal. A esse respeito afirma Giovanni Leone

> "El principio del *favor rei* debe entenderse como el principio em virtude del cual todos los instrumentos procesales deben tender a la declaración de certeza de la no responsabilidade del imputado; y concierne, no ya al estado de libertad personal, sino a la declaración de certeza de uma posición de mérito em relación a la *notitia criminis*"[97].

Ainda sobre o princípio do *favor rei* ensina Giuseppe Bettiol:

> "Numa determinada óptica, o princípio do *favor rei* é o princípio base de toda a legislação processual penal de um Estado inspirado na sua vida política e no seu ordenamento jurídico, por um critério superior de liberdade. Não há, efetivamente, Estado autenticamente livre e democrático em que tal princípio naõ encontre acolhimento"[98].

Também Adauto Suannes ensina sobre o princípio do *favor rei* aduzindo:

> "Não é por força da necessária busca da verdade real, mas pelo superior princípio do *favor rei*, que há no processo penal um tratamento diferenciado do réu, que tem a seu favor algumas compensações, para contrabalançar alguns privilégios do Ministério Público"[99].

---

[96] SOLER, J. M. R; GONZÁLES, M. R.; BRUN, I.R. *Derecho procesal penal*. Pamplona: Gobierno de Navarra, 2006. p. 39.

[97] LEONE, Giovanni. Tratado de Derecho Procesal Penal, volume I – Doctrinas Generales. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1989, p. 189. Em tradução livre: "O princípio do *favor rei* deve ser entendido como o princípio em virtude do qual todos os instrumentos processuais devem tender à declaração de certeza da não responsabilidade do acusado; e concerne não ao estado de liberdade pessoal, mas à declaração de certeza de uma posição de mérito em relação à *notitia criminis*".

[98] BETTIOL, Giuseppe. Instituições de Direito e processo penal. Coimbra: Coimbra Ed, 1974, p. 295.

[99] SUANNES, Adauto. Os fundamentos éticos do devido processo penal. 2 ed. Ver e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 165.

Portanto o *favor rei* é a fonte da flexibilização em favor da defesa. Como já dito, a flexibilização do processo não é nova e o sistema trabalha com flexibilizações em sentido amplo. Daí porque a doutrina e a jurisprudência reconhecem, por exemplo, a possibilidade da *reformatio in mellius* em casos de recurso exclusivo da acusação, como decorrência do *favor rei*.

Neste sentido, esclarecem ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO e ANTONIO SCARANCE FERNANDES:

> "Numa segunda linha de entendimento que é acolhida pela jurisprudência dominante, a situação do réu que não recorreu pode ser melhorada pelo recurso exclusivo da acusação. Militam em prol desse entendimento vários argumentos, deste o *favor rei* ou *favor libertatis* – que ditaram a regra do art. 617, *in fine*, CPP apenas para beneficiar a defesa – até princípios como o da simplicidade e da economia processual, pois o mesmo resultado poderia sempre ser obtido por intermédio do *habeas corpus* ou da revisão criminal"[100].

Daí se vê que o fundamento do *favor rei* já autorizava flexibilizações no processo penal, como é a hipótese de admissibilidade da *reformatio in mellius* acima apontada.

Mais problemática é a flexibilização em favor da acusação. Neste caso também é possível a flexibilização do processo para atender interesses da acusação quando as peculiaridades do caso concreto exigirem.

A eficiência, de que o sistema deve ser dotado, justifica que a flexibilização também possa ocorrer para beneficiar os interesses da acusação quando se fizer necessário seu uso.

JEAN PRADEL, citado por ANTONIO SCARANCE FERNANDES, fala no princípio da eficiência. Então, afirma:

---

[100] GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação. 4. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 48.

> "Para Jean Pradel, *Procédure Penale*, 10.ed, Paris, Cujas, 2000, p. 300, o princípio da eficiência é um protetor da sociedade e contém dois princípios: o da busca da verdade e o da celeridade. Em outras palavras, para o autor, o sistema criminal é eficiente quando permite a apuração dos fatos criminosos de maneira célere. Na exposição de motivos do Código de Processo Penal de Portugal, item 8, em referência ao objetivo da regorma tendente a alcançar 'uma maior celeridade e eficiência na administração da justiça penal' foi acentuado que a 'procura da celeridade e eficiência' não deve obedecer a uma lógica puramente economicista de produtividade pela produtividade. A rentabilização da realização da justiça é apenas desejada em nome do significado direto da eficiência para a concretização dos fins do processo penal: realização da justiça, tutela dos bens jurídicos, estabilização das normas, paz jurídica dos cidadãos'. No texto, o vocábulo *eficiência* é usado de forma ampla, sendo afastada, contudo, a ideia de eficiência medida pelo número de condenações. Será eficiente o procedimento que, em tempo razoável, permitir atingir-se um resultado justo, seja possibilitando aos órgãos da persecução penal agir para fazer atuar o direito punitivo, seja assegurando ao acusado as garantias do devido processo legal"[101].

No entanto, é preciso que seja superada esta dicotomia entre interesses da acusação e interesses da defesa de forma que ambos coexistam de maneira harmônica. Entre nós, ANTONIO SCARANCE FERNANDES vê a eficiência e o garantismo como fatores fundamentais do processo penal brasileiro: "De forma resumida, um sistema que assegure eficiência com garantismo, valores fundamentais do processo penal moderno"[102].

Da mesma forma, MAURÍCIO ZANOIDE DE MORAES expõe:

> "Para o bem da evolução da ciência processual penal, não se pode mais aceitar o maniqueísmo de que no processo penal ou se protege o imputado ou se promove uma política repressiva estatal legítima

[101] FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal.* São Paulo: RT, 2005. p. 40, nota de roda pé 55.
[102] Idem, p. 40.

> e eficiente. Há de haver uma compatibilização e uma coexistência equilibrada desses interesses”[103].

A flexibilização, a bem da verdade, não tem os olhos focados unicamente em um dos sujeitos da relação processual. Sua atuação desenvolve-se para o processo: flexibiliza-se o processo pois a decisão justa para aquele caso concreto assim o exige.

Busca-se o equilíbrio entre eficiência e garantismo que no dizer de ALBERTO M. BINDER:

> “Neste sentido, quem quiser construir um modelo processual deve responder ao duplo problema da eficiência e da garantia. Portanto, na construção desse modelo aparecerá um ponto de equilíbrio ou perfeição que se converte no ideal de sua construção e consiste (em termos puramente formais) em uma máxima eficiência na aplicação da coerção penal, embora com respeito absoluto à dignidade humana. Este é o ideal de que nos falava Mitteermaier e para onde devem pensar todos os sistemas processuais, independentemente de, historicamente, a humanidade não ter conseguido ainda construir um sistema com essa característica”[104].

No próximo Capítulo será analisada a questão dos direitos fundamentais e do devido processo legal como fator limitador da busca da eficiência e, também, será estabelecido como é dada a concretização dos direitos fundamentais na flexibilização.

---

[103] MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro:* análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 232.

[104] BINDER, Alberto. M. *Introdução ao direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 32.

CAPÍTULO 3: DIREITOS HUMANOS, DEVIDO PROCESSO LEGAL E FLEXIBILIZAÇÃO

A flexibilização não pode representar o desrespeito ao devido processo legal. Aliás, com a flexibilização pretende-se, exatamente, alcançar o processo justo, sendo vista, inclusive, como uma das formas de alcançá-lo.

O antecedente histórico mais remoto do devido processo legal, segundo reconhecimento amplo da doutrina, está no capítulo 39 da Magna Carta de 1215:

> "Nenhum homem livre será detido ou preso ou tirado de sua terra ou posto fora da lei ou exilado ou, de qualquer outro modo destruído, nem lhe imporemos nossa autoridade pela força ou enviaremos contra ele nossos agentes, senão pelo julgamento legal de seus pares ou pela lei da terra"[105].

A expressão "lei da terra" é o antecedente histórico do devido processo legal. Seu sentido originário mostra-se a ideia de ordenar a relação do Estado com o indivíduo.

O devido processo legal possui dois sentidos que foram construídos ao longo dos séculos pela doutrina e pela jurisprudência: o devido processo legal substancial e o devido processo legal procedimental.

Na sua manifestação substancial, devido processo significa a possibilidade de se questionar a essência do ato estatal proferido, seja ele legislativo ou não.

Sobre o assunto, MARIA ROSYNETE OLIVEIRA LIMA afirma:

> "quanto ao aspecto substantivo do devido processo legal, o estudo demonstra a sua lenta, mas progressiva, aceitação no meio jurídico nacional. A sua aplicação permite o questionamento substancial do

[105] LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 31.

> ato estatal, notadamente o produto legislativo, constituindo-se em medida de aferição da legitimidade do ato restritivo de direitos fundamentais."[106].

Já no sentido procedimental, devido processo legal é visto como devido processo penal e tem por significado que as garantias do devido processo legal sejam aplicadas especificamente ao Direito processo penal[107].

Neste sentido, ROGÉRIO LAURIA TUCCI afirma:

> "Assim concebido, especifica-se o devido processo penal nas seguintes garantias: a) de acesso à Justiça Penal; b) do juiz natural em matéria penal; c) do tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo penal; d) da plenitude de defesa do indiciado, acusado, ou condenado, com todos os meios e recursos a ela inerentes; e) da publicidade dos atos processuais penais; f) da motivação dos atos decisórios penais; g) da fixação de prazo razoável de duração do processo penal; h) da legalidade da execução penal."[108].

Assim, o devido processo legal coloca-se como escudo protetor do indivíduo em face do Estado, possuindo a manifestação substancial e a manifestação procedimental. De um lado, o devido processo legal manifesta sua face substancial como forma de controle do ato do Estado e, de outro, temos que outros princípios agregam-se ao devido processo legal, que é reconhecido como devido processo penal[109].

---

[106] Idem, p. 290.

[107] Embora divergindo da distinção entre devido processo legal substancial e procedimental HUMBERTO ÁVILA vê o devido processo legal como "como fundamento de um princípio que exige a realização de um estado ideal de protetividade de direitos. Como princípio, exerce as funções interpretativa, integrativa e bloqueadora relativamente aos atos e normas que o pretendem concretizar. No entanto, considerando que a nossa Constituição prevê, expressamente, vários elementos que poderiam ser dele deduzidos, além daquelas funções, o princípio do devido processo legal, nesse passo na qualidade de sobreprincípio, exerce uma função rearticuladora relativamente a esses elementos já previstos." ÁVILA, Humberto. O que é o devido processo legal? *RePro*, n. 163, p. 58, São Paulo, RT, 2008.

[108] TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.* 3. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 61.

[109] Como bem anota LUCIANA ANDREA ACCORSI BERARDI: "Entretanto, o instituto do devido processo legal não deve ser confundido com o instituto da relação processual, que o integra, nem com o procedimento, que o exterioriza formal e instrumentalmente, nem com os dois ao mesmo tempo. O processo em sentido estrito é instrumento público estruturado ao fim específico e operativo da administração da justiça pública, em face de uma pretensão jurídica insatisfeita. Portanto, por meio deste instituto, os cidadãos e o poder estatal buscam consolidar o sentido instrumentalista de unidade intrínseca da administração da justiça pública, conferindo ao sistema positivo de direito processual o sentido e a compreensão de ciência jurídica. Por fim, podemos

3.1 – Considerações iniciais

No capítulo anterior viu-se que o conceito de flexibilização está ligado à ideia de adequação do modelo legal ao caso concreto antes suas especiais necessidades. Na realidade, como salientado, o exame da observância dos direitos fundamentais e do devido processo legal representa análise inserida no que denominamos parâmetro de legalidade. Todavia, dada a relevância do exame sobre a flexibilização, ele foi destacado.

Desde logo, contudo, impende afirmar que flexibilização não pode representar violação aos os direitos humanos, sob pena de indevido retrocesso das conquistas da humanidade. Da mesma forma, não pode configurar desrespeito ao devido processo legal.

O mais difícil, como será visto, é conciliar a flexibilização, a obediência às garantias do acusado e do devido processo legal, com as posições legislativas sobre o crime organizado e o terrorismo.

3.2 – Caraterísticas dos direitos fundamentais

A distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais é tema que encontra grande debate na doutrina. Assim, explica MARIA GARCIA:

> "A doutrina mostra-se extensa no estudo do tema; Perez Luño, em especial, traça uma delimitação histórica e conceitual dos direitos fundamentais, buscando uma aproximação ao conceito, via a

---

afirmar que o princípio do devido processo legal somente poderia ser considerado um processo ideal, se a administração da justiça pública fosse possível satisfazer a um tempo as pretensões jurídicas tanto em relação aos princípios, fatos ou fenômenos vinculados a realidade social, econômica e política por meio de procedimentos e atos processuais adequados à solução dos problemas. No entanto, na dimensão da realidade atual, verificamos que o processo ideal distancia-se do plano científico do processo real em que se investiga o objetivo material e prático do conhecimento jurídico instrumentalizado, a partir do princípio do devido processo legal." BERARDI, Luciana Andrea Accorsi. Interpretação constitucional e o princípio do devido processo legal. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 54, p. 210, São Paulo, RT, 2006.

> distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais – como diz, termos utilizados, muitas vezes, como sinônimos; contudo, assinala, várias tentativas procuram explicar o alcance de cada uma dessas expressões, ressaltando a tendência doutrinária e normativa de reservar o termo direitos fundamentais para designar '*los derechos positivados a nivel interno*' e direitos humanos, a expressão mais própria a denominar '*los derechos naturales positivados en las declaraciones y convenciones internacionales, así como aquellas exigencias básicas relacionadas con la dignidad, libertad y igualdad de la persona que no han alcanzado un estatuto jurídico-positivo*'"[110].

Contudo, acompanhamos neste passo a posição de ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS que não vê sentido em efetivar esta diferença no sistema brasileiro. Para ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS a diferença faz sentido dentro do sistema europeu, pois lá apenas a violação aos direitos humanos é que permitiria acesso a Tribunal Internacional, não autorizando este acesso a violação a direitos fundamentais. Da mesma forma que ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS, também tomaremos estas definições de maneira indistinta, tratando como sinônimos os direitos fundamentais e os direitos humanos.

A esse respeito afirma o autor que a utilização como sinônimos atende o sentido de reforçar "assim, a ideia de que os direitos são de todos e que não há distinção da origem normativa (norma internacional ou interna)"[111].

Os direitos humanos possuem três importantes características: universalidade, irrevogabilidade e complementaridade.

A universalidade significa que, em princípio, o direito fundamental pode ser exercido por qualquer pessoa sem limitação apriorística. Vale dizer: o legitimado ativo para seu exercício é amplo, somente sofrendo limitação quanto à própria natureza do direito[112].

---

[110] GARCIA, Maria. Op. cit., p. 115

[111] RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos na integração econômica: análise comparativa da proteção de direitos humanos e conflitos jurisdicionais na União Europeia e Mercosul*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 24.

[112] MAURÍCIO ZANOIDE DE MORAES oferece importante compreensão deste tema ao analisá-lo ligado à presunção de inocência e suas consequências para este direito fundamental: Há violação desta característica [universalidade] na presunção de inocência e, portanto, desse próprio direito fundamental quando ele não é assegurado, p. ex.: a) a determinado grupo de pessoas (*v.g.*, os estrangeiros que, apenas por essa condição, se

ROBERT ALEXY ensina sobre este tema:

> *"El principio de universalidad de los derechos humanos afirma que todos los hombres tienen determinados derechos. Em lugar de referirlo a todos los hombres, se puede referir también a todas las personas, a todos los seres racionales o semejantes"* [113].

Já a irrevogabilidade dos direitos fundamentais é vista como forma de proteção do indivíduo contra o retrocesso na sua proteção. Vale dizer, tendo em vista a longa marcha pelo reconhecimento dos direitos fundamentais, uma vez reconhecidos não podem ser retirados[114].

Trata-se do estabelecimento de verdadeira cláusula de não retrocesso, de forma que não há possibilidade de, uma vez reconhecido o direito, haver sua posterior eliminação no quadro de direitos assegurados.

A este respeito afirma ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS que a proibição do retrocesso significa que "é vedado aos Estados que diminuam ou amesquinhem a proteção já conferida aos direitos humanos" [115].

---

supõe, de antemão, que fugirão no curso da persecução penal); b) às pessoas que detenham determinada característica (*v.g.*, serem reincidentes, ou responderem a outra ação penal); c) às pessoas desprovidas de determinados atributos (*v.g.*, não possuírem residência ou domicílio, não terem emprego); ou d) a pessoas que sejam 'classificáveis' como inimigas ou marginalizadas pelos ocupantes do poder, categoria na qual se inserem os *hostes* no direito penal (direito penal do inimigo e direito penal do autor)" MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 208).

[113] ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos.* Bogotá/Colômbia: Universidad Externado de Colombia, 1995. p. 62.

[114] Veja-se a ideia de JORGE REIS NOVAIS que afirma: "(...) a ideia dos direitos fundamentais como trunfos contra a maioria pode desempenhar um papel importante nesse esforço dogmático, mas não se lhe pode exigir que proporcione resultados certos e irrefutáveis. Qualquer Governo, designadamente um Governo democrático, sempre que esteja em causa restrição de um direito fundamental, procurará justificar as suas medidas restritivas, não como tentativa de imposição da sua visão particular ao resto da sociedade, mas como expressão da necessidade de prosseguir bens ou interesses objectivamente valiosos. Caberá, então, à jurisdição constitucional discernir quando se está, de facto, na presença de valores cujo peso justifica a compressão ou até a completa cedência do direito fundamental ou quando a invocação da prevalência desse outro interesse apenas oculta a tentativa de aproveitar a ocupação conjuntural, se bem que democrática, do Poder, para restringir, segundo uma visão particular do que é o bem ou a vida boa, bens que, por definição constitucional, não se encontram à disposição da maioria no Poder." NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais:* trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 66.

[115] RAMOS, 2005, p. 243.

Por complementaridade entende-se que os direitos humanos não se excluem, ou seja, que os direitos humanos devem ser vistos de maneira integrada, como um conjunto unitário em sua aplicação.

3.3 – Respeito aos direitos humanos e flexibilização

As características apresentadas acerca dos direitos fundamentais não entram em conflito com a flexibilização do processo. Assim, a universalidade, a complementaridade e a vedação do retrocesso não são violadas pela flexibilização.

A universalidade não apresenta, aprioristicamente, incompatibilidade com a flexibilização não possuindo com ela relação antitética. A universalização com seu significado de que qualquer pessoa pode exercê-la não é violada pois o diferencial que leva à flexibilização não se relaciona à pessoa mas à especial necessidade do caso concreto.

O mesmo vale para a complementaridade. O fato de os direitos humanos serem exercidos de maneira conjunta, em que um não exclua o outro não possui relação direta com a flexibilização. O fato de os direitos serem exercidos em conjunto não é afetado de maneira alguma pela flexibilização, pois também, aqui se preocupa com a observância destes direitos.

A questão liga-se à vedação do retrocesso. Também entende-se que não há incompatibilidade com a flexibilização tendo em vista os parâmetros apresentados anteriormente.

Os parâmetros para a flexibilização permitem perceber que ela não viola os direitos fundamentais, pois respondem a exigências do caso concreto que a legislação não oferece. Ademais, como já ensinado por ANTONIO SCARANCE FERNANDES, quando se pensa no procedimento o direito que se tem é o direito ao processo justo, ao conjunto de atos e não a um ato específico.

Ainda que fosse entendido que a flexibilização poderia, eventualmente, implicar na restrição de um direito fundamental, o fato é que é preciso que seja identificada

como dá-se a restrição a direitos fundamentais, visto que a restrição a direitos fundamentais é admitida pela doutrina.

Há várias teorias sobre a restrição a direitos fundamentais e sua efetivação. Para este trabalho adota-se a posição referente ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais. É dizer, não poderá haver jamais a restrição de um direito fundamental aquém de seu conteúdo.

O direito fundamental pode ser restringido, mas jamais aquém de seu núcleo essencial. Este conteúdo essencial possui, inclusive, conteúdo essencial relativo; de forma que neste ponto seguimos a posição de VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA quando afirma:

> "Se, na visão deste trabalho, como ressaltado, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é definido, a partir da relação entre diversas variáveis – e de todos os problemas que as cercam –, como o suporte fático dos direitos fundamentais (amplo ou restrito), a opção fundamentada ao lodo de todos os capítulos precedentes já definiu, automaticamente, a opção por um modelo de garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais: o modelo relativo, sobretudo em seu enfoque subjetivo. Se se parte da premissa segundo a qual (1) os direitos fundamentais tem um suporte fático amplo e que, por consequência, (2) há uma distinção entre o direito em si e o direito eventualmente restringido – que se reflete na distinção entre direitos *prima facie* e direitos definitivos – que, por sua vez, (3) é expressa na distinção entre princípio e regras, e que, por fim, (4) a regra da proporcionalidade é a forma de controle e aplicação dos princípios como mandamentos de otimização, *então, não há espaço algum para teorias absolutas*. Em outras palavras: se a constitucionalidade de uma restrição a um direito fundamental garantido por um princípio depende sobretudo de sua fundamentação constitucional, e se essa fundamentação constitucional é controlada a partir da regra da proporcionalidade, pode-se dizer que toda restrição proporcional é constitucional. Se é inimaginável considerar como constitucional uma restrição que invada o conteúdo essencial de algum direito, *então, o proporcional respeita sempre o conteúdo essencial*"[116].

[116] SILVA, Virgilio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, p. 206.

Entendemos, desta forma, como o citado autor: toda restrição que passe pelo teste da proporcionalidade não atinge o conteúdo essencial e, portanto, é restrição constitucional.

Como afirma EDUARDO RIBEIRO MOREIRA:

> "No Estado Democrático de Direito tudo deve ser regido pela Constituição. Assim, não prevendo a Constituição restrição expressa ou mesmo lei regulamentadora, o direito fundamental não pode ser restringido, senão em um problema concreto em que o juiz realize a ponderação, que poderá indicar que o direito fundamental está sendo exercido com abuso"[117].

3.4 – Os direitos humanos e as Convenções

O primeiro aspecto a ser salientado em um estudo sobre flexibilização é a observância dos direitos humanos. Já que a observância exigida é a conformidade com as manifestações das Cortes Nacionais e Internacionais.

O exame das concepções retrata a modalidade de observância de um padrão universal de direitos humanos. Daí porque cada vez mais é necessária a observância das decisões dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos.

Tendo em vista que o parâmetro de legalidade para a flexibilização apresenta concreta verbalização dos direitos humanos, seja pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, seja pelo Supremo Tribunal Federal, então não haverá que se falar em ilegal restrição ao direito fundamental.

Vale dizer, tendo em vista a existência de parâmetros claros e concretos, não poderá o magistrado flexibilizar os processos se as próprias Cortes mencionadas já manifestaram-se pela impossibilidade de realizar o ato que se pretenda eventualmente fazer.

---

[117] MOREIRA, Eduardo Ribeiro. A teoria das restrições dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 69, p. 90.

A observância deste padrão mínimo é reconhecida pela doutrina como marco de necessária observância pelos países. Como ensina FABIO BECHARA:

> "Por fim, os tratados internacionais de direitos humanos definem-se como um código de condutas, que expressa o padrão da civilização, que, por sua vez, compreende os direitos básicos para as pessoas, um governo bem organizado e com capacidade para assumir relações internacionais, um sistema jurídico no estilo ocidental e a conformidade com o direito internacional. Em outras palavras, o padrão foi concebido para designar se um Estado está ou não suficientemente estável para assumir compromissos segundo o direito internacional, e ao mesmo tempo, hábil para proteger adequadamente a vida, a liberdade e a propriedade"[118].

3.5 – Direito Internacional dos Direitos Humanos e flexibilização

Estabelecido o padrão dos direitos humanos a serem observados e criadas as Cortes Regionais busca-se responsabilizar os Estados por violações dos Direitos Humanos. Isto mostra que não se pode pensar em flexibilização como forma de violação dos direitos humanos. Mas, por outro lado, mostra que não haverá violação se supridos os parâmetros universais e os fixados pelas Cortes regionais.

A responsabilidade internacional dos Estado por violações de direitos humanos é um dos temas centrais da pós-modernidade[119], abrangendo integradas áreas do conhecimento como Política, Filosofia, Relações Internacionais e o próprio Direito.

Em termos históricos, a grande preocupação com a responsabilidade internacional do Estado surgiu após a 2ª Guerra Mundial. Aqui ganhou força a necessidade

---

[118] BECHARA, Fabio R. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal*: eficácia da prova produzida no exterior. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 72.

[119] Nesse sentido, ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS afirma: "A responsabilidade internacional é um dos grandes temas do Direito Internacional, já que a busca da reparação das ofensas cometidas por um Estado às normas de Direito Internacional acarreta reflexão sobre a obrigatoriedade das regras internacionais" RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*: Análise de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

de um sistema de verificação de responsabilidade internacional do Estado, por conta dos atos cometidos pelos nazistas.

Os Estados, também, compreenderam a necessidade de internacionalizar as regras sobre direitos humanos, a fim de que as gerações futuras jamais passassem novamente pelo horror a que foram submetidos pelos nazistas durante a 2ª Guerra Mundial[120].

Neste contexto surgiu a ideia do chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos[121]: que cuida-se da ideia de que todas as nações devem respeitar os direitos humanos, de forma que cria-se um vínculo que obriga os Estados entre si.

FLÁVIA PIOVESAN expõe com clareza o pensamento de RICHARD B. BILDER que sintetiza as idéias deste movimento:

> "O movimento do direito internacional dos direitos humanos é baseado na concepção de que toda nação tem a obrigação de respeitar os direitos humanos de seus cidadãos e de que todas as nações e a comunidade internacional têm o direito e a responsabilidade de protestar, se um Estado não cumprir suas obrigações. O Direito Internacional dos Direitos Humanos consiste em um sistema de normas internacionais, procedimentos e instituições desenvolvidas para implementar esta concepção e promover o respeito dos direitos humanos em todos os países, no âmbito mundial. (...) Embora a idéia de que os seres humanos têm direitos e liberdades fundamentais que lhe são inerentes tenha há muito tempo surgido no pensamento humano, a concepção de que os direitos humanos são objetos próprios de uma relação internacional, por sua vez, é bastante recente. (...) Muitos dos direitos que hoje constam do 'Direito Internacional dos Direitos Humanos' surgiram apenas em 1945, quando, com as implicações do holocausto e de outras violações de direitos humanos cometidas pelo nazismo, as nações do mundo decidiram que a promoção de

[120] Assim explica FLÁVIA PIOVESAN: "O movimento de internacionalização dos direitos humanos constitui um movimento extremamente recente na história, surgindo, a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo" PIOVESAN, Flávia; GOMES, Luiz Flávio. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro.* São Paulo: RT, 2000. p. 17.

[121] Importante obra de consulta sobre o tema é a de CELSO LAFER LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos, um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.* São Paulo: Companhia das Letras Editora, 1988.

direitos humanos e liberdades fundamentais deve ser um dos principais propósitos da Organização das Nações Unidas"[122].

Estas ideias podem ser facilmente compreendidas quando se pensa na necessidade de proteção do indivíduo contra eventuais abusos cometidos pelo Estado. Esta é a base do pensamento do Direito Internacional dos Direitos Humanos[123].

---

[122] PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos – visões contemporâneas. São Paulo: Associação Juízes para Democracia, 2001, p. 32.

[123] Fala-se até mesmo na necessidade de criação de um *habeas corpus* com alcance mundial. Nesse sentido Luis Kutner já analisava em 1959 a existência de um *habeas corpus* mundial o que demonstra o giro ocorrido na concepção do direito internacional em relação ao direito nacional "*It became clear, therefore, that individuals were to be held responsible under the superiority of international law. There is, on the reverse side of the coin, little or no cogent argument for not affording individuals an effective remedy for arbitrary or wrongful detention of his person. A great deal of guardian and sentinel statesmanship on all sides will be required if the United Nations is to grow into an effective instrument for the maintenance of law and justice. These statesmen must do more than give lip service respecting individual rights. Definitions and declarations of principles, affirming the liberty of the individual, must be formally recognized by an effective International Tribunal with the competence of having its judicial jurisdiction, authority and processes accepted and enforced. The rule of law is the last hope of mankind is to survive on the face of the globe. In speaking of the supremacy of the rule of law, a general principle is understood according to which, in a political society, the state and its parts, on the same basis as individuals, are subject to the rule of law. It is in this subjection of the state itself, its Government and its administration, that the rule of law has its most substantial significance. From another viewpoint, it equally means that the individuals have rights prior and superior to those of the state wich must be respected by the state. A form of political society in which this supremacy of the rule of law is assured obviously stands in contrast with another form of society in which the state would be, by definition, free from respect for the rule of law and where, consequently, individuals would enjoy no guaranty against abuses. It thus appears that the guaranty of individual rights is intimately connected with that of supremacy of the rule of law; or better, that it is another aspect of the same principle*." (KUTNER, L. World habeas corpus for international man: a credo for international due process of law. *University of Detroit Law Review*, v. XXXVI, nº. 3, 1959, pp. 237-238, acessado via Hein Online). Em tradução livre: "Tornou-se claro, portanto, que os indivíduos estavam a ser responsabilizados sob a superioridade do direito internacional. Há, no lado reverso da moeda, pouco ou nenhum argumento convincente para que não se ofereça aos indivíduos um remédio eficaz para a detenção arbitrária ou abusiva da sua pessoa. Uma grande quantidade de guardiões e estadistas sentinelas em todos os lados será necessário se a ONU está a crescer para um instrumento eficaz para a manutenção da lei e da justiça. Estes estadistas devem fazer mais do que dar serviço de bordo respeitando os direitos individuais. Definições e declarações de princípios, afirmando a liberdade do indivíduo, deve ser formalmente reconhecida por um tribunal internacional eficaz com a competência de ter sua jurisdição judicial, a autoridade e os processos aceitos e aplicados. O Estado de direito é a última esperança da humanidade para sobreviver na face do globo. Ao falar da supremacia do Estado de direito, um princípio geral é entendido segundo o qual, em uma sociedade política, o Estado e suas partes, na mesma base como indivíduos, estão sujeitos à regra de direito. É neste sujeição do próprio Estado, seu governo e sua administração, que o Estado de direito tem seu significado mais substancial. De um outro ponto de vista, igualmente significa que os indivíduos têm direitos anteriores e superiores aos do estado e por ele devem ser respeitados. Uma forma de sociedade política em que a supremacia do Estado de direito é assegurado, obviamente, está em contraste com outra forma de sociedade em que o Estado seria, por definição, livres de respeito pelo Estado de direito e onde, por conseguinte, os indivíduos não gozam de garantia contra os abusos. Parece, assim, que a garantia dos direitos individuais está intimamente ligada com a de supremacia do Estado de direito, ou melhor, isto é um outro aspecto do mesmo princípio".

Esta responsabilização do Estado por violação de direitos humanos pode dar-se por dois grandes sistemas: de um lado temos o sistema unilateral e, de outro, o sistema coletivo.

O sistema unilateral parte do chamado paradigma da desconfiança, de forma que sua característica primordial é o não reconhecimento da existência de uma comunidade de nações.

Com isto, o Estado de nacionalidade do ofendido transforma-se, ao mesmo tempo, em Juiz e parte. Vale dizer, é este Estado ofendido que determinará as regras pelas quais o Estado ofensor será processado bem como atuará na determinação da acusação e da sanção a ser aplicada.

Neste sistema, não há a presença de órgão julgador autônomo, mas vê-se o uso do Poder Judiciário do país de nacionalidade do indivíduo violado como forma de mascarar a utilização deste sistema e conceder suposta imparcialidade que a figura do magistrado conduz[124].

É importante notar que no sistema individual, o Estado somente pode proteger os interesses de seu próprio cidadão, não havendo aqui legitimidade para a proteção dos direitos fundamentais de outros indivíduos. Não há a presença da comunidade de nações, não se vê o comprometimento dos Estados na defesa dos direitos humanos, afinal de contas, impera, aqui, o paradigma da desconfiança.

Em oposição ao sistema individual ou unilateral, tem-se o sistema coletivo. Aqui o paradigma é outro, de forma que se trabalha com o paradigma da confiança na busca pela proteção dos direitos fundamentais.

Busca-se, assim, integração das nações, que passam a ser responsáveis de maneira conjunta pela proteção dos direitos fundamentais. Nesta situação, tem-se que todos os Estados devem proteger os indivíduos e todos devem fiscalizar esta proteção de maneira constante.

---

[124] Nesse sentido, afirma ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS: "O objetivo do uso do Poder Judiciário interno é camuflar o aspecto unilateral de averiguação de violação de direitos humanos, dotando-o da imparcialidade e neutralidade do juiz, geralmente consagradas nas Constituições. Caso o estado pretensamente infrator insurja-se contra tal responsabilização unilateral, utiliza-se a 'legitimidade' da decisão interna, baseada no devido processo legal local e emitida por magistrado." RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em juízo...* cit., p. 43.

Assim, qualquer Estado pode processar outro por violação de direitos a que se comprometera observar, independentemente da nacionalidade do cidadão violado em seus direitos. Neste modelo, tem-se a existência de órgão independente e autônomo que julga os casos de violação de direitos humanos por qualquer Estado que faça parte do Tratado e que tenha aceito sua jurisdição.

O mecanismo unilateral tende, gradualmente, a deixar de ter aplicação. Há, ainda, movimentos de mecanismos unilaterais em alguns espaços, mas a tendência é que se aceite cada vez, com maior intensidade, e respeito, o mecanismo coletivo.

O Brasil está submetido ao sistema coletivo da Corte Interamericana de Direitos Humanos e deve, portanto, observar sua orientação, seja qual for o Poder do Estado (Executivo, Legislativo e/ou Judiciário).

O papel dos Tribunais Internacionais acaba, neste sentido, assumindo tanta relevância quanto o papel exercido pelos Tribunais Internos. O desrespeito à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos pode expor o Brasil a ações internacionais, o que demonstra a importância de sua incorporação na análise da flexibilização.

Os direitos humanos tem por característica a generalidade. Daí porque é importante a utilização de parâmetros concretos para saber se a flexibilização pretendida viola ou não direitos fundamentais.

Com isso, evita-se aquilo que ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS chamou de dilema típico do Século XXI:

> "Esse é o dilema típico do século XXI da atualidade brasileira, pois ao mesmo tempo em que há a plena adesão brasileira à internacionalização dos direitos humanos não temos o hábito de aplicar a interpretação internacionalista desses mesmos direitos. Temos mantido, então, uma interpretação nacional, o que torna o regime jurídico dos direitos humanos internacionais manco e incoerente: universal no texto, nacional na aplicação e interpretação de suas normas na vida cotidiana"[125].

[125] RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos...* cit., p. 31.

Ao incluir, nos parâmetros de flexibilização, a observância dos direitos humanos que é vocalizada pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos evita-se o risco de violação dos direitos humanos e do devido processo legal.

3.5.1 – Devido processo legal na visão da Corte Interamericana de Direitos Humanos

A análise da vedação do retrocesso em relação ao devido processo legal deve ser vista à luz da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e, neste ponto, a Corte não apresenta restrição à flexibilização.

O devido processo legal está previsto no artigo 8º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que tem sido objeto de análise reiterada pela Corte. É importante conhecer o posicionamento da Corte para sustentar a afirmação inicial: flexibilização e devido processo legal não são conceitos contraditórios.

A Corte define o que constitui o devido processo legal, ou direito de defesa processual e suas garantias. No caso Genie Lacayo v. Nicaragua estabeleceu:

> *"El artículo 8 de la Convención que se refiere a las garantías judiciales consagra los lineamientos del llamado "debido proceso legal" o "derecho de defensa procesal", que consisten en el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera" (Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua, Sentença de 29 de Janeiro de 1997 (Fondo, Reparaciones y Costas), p. 21)*[126]

[126] Em tradução livre: "O artigo 8 da Convenção que se refere às garantias judiciais consagra os contornos do chamado "devido processo legal" ou "direito de defesa processual", que consiste no direito de toda pessoa a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido com anterioridade pela lei, no embasamento de qualquer acusação

Da mesma forma, também a Corte tem entendido que os direitos humanos representam um limite à atividade do Estado e, assim, deve haver a observância das garantias mínimas do devido processo legal para aqueles que encontram-se na posição de réus em ação penal[127].

Também explica a Corte no que consiste a garantia do devido processo legal, deixando claro tratar-se de um grupo de princípios que, em verdade, buscam a efetivação do processo justo[128] (Vide Caso Baena Ricardo e outros *v* Panama)[129].

---

penal formulada contra si ou para a determinação de seus direitos de caráter civil, trabalhista, fiscal ou outro qualquer."

[127] No caso do Tribunal Constitucional v. Peru estabeleceu-se: "*El respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas. Es, así, ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. Esto es aún más importante cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio, pues éste no sólo presupone la actuación de las autoridades con un total apego al orden jurídico, sino implica además la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción, bajo las exigencias establecidas en la Convención*". (Caso del Tribunal Constitucional *Vs*. Perú, Sentença de 31 de Janeiro de 2001 (Fondo), pp. 40/41). Em tradução livre: "O respeito aos direitos humanos constitui um limite à atividade estatal, o qual vale para todo órgão ou funcionário que se encontre em uma situação de poder, em razão de seu caráter oficial, em relação às demais pessoas. É, assim, ilícita, toda forma de exercício do poder público que viole os direitos reconhecidos pela Convenção. Isto é ainda mais importante quando o Estado exerce seu poder sancionatório, pois este não somente pressupõe a atuação das autoridades com um total apego à ordem jurídica, mas implica também na concessão das garantias mínimas do devido processo a todas as pessoas que se encontrem sujeitas a sua jurisdição, sob as exigências estabelecidas na Convenção. (Tribunal Constitucional vs. Peru)"

[128] No fundo esta concepção remete a idéia de processo justo que é dada pela face substancial do devido processo legal como menciona PAULO FRIEDRICH WILHELM LÖWENTHAL: "De todo modo, pode-se concluir que o aspecto substancial da garantia do devido processo legal, que permite e demanda o controle da razoabilidade dos atos estatais, exigindo, assim, a produção de um direito justo e compatibilizado com os valores constitucionais, traduz-se em um valioso instituto interpretativo passível de ser utilizado e efetivamente implementado na busca de tal solução." LÖWENTHAL, Paulo Friedrich Wilhelm. As origens do devido processo legal substancial e o seu desenvolvimento na Suprema Corte Norte-Americana. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 75, p. 283, São Paulo, RT, 2001.

[129] Esta referência fica clara no Caso Baena Ricardo e outros v. Panamá: "*El artículo 8.1 de la Convención consagra los lineamientos del llamado "debido proceso legal", que consiste en el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos. El artículo 8.2 de la Convención establece, adicionalmente, las garantías mínimas que deben ser aseguradas por los Estados en función del debido proceso legal. Por su parte, el artículo 25 de la Convención ordena proporcionar un recurso sencillo y rápido para la protección de los derechos de las personas*. (Caso Baena Ricardo y otros *Vs*. Panamá, Sentencia de 2 de febrero de 2001 *(Fondo, Reparaciones y Costas)*, p. 94)" Em tradução livre: "O artigo 8.1 da Convenção consagra os contornos do chamado "devido processo legal", que consiste no direito de toda pessoa ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido com anterioridade pela lei, no embasamento de qualquer acusação penal formulada contra si ou para determinação de seus direitos. O artigo 8.2 da Convenção estabelece, adicionalmente, as garantias mínimas que devem ser asseguradas pelos Estados em função do devido processo legal. Por sua vez, o artigo 25 da Convenção ordena proporcionar um recurso simples e rápido para a proteção dos direitos das pessoas".

> *"busca confirmar la legalidad y correta aplicación de las leyes dentro de un marco de respeto mínimo a la dignidad humana dentro de cualquier tipo de proceso, entendi este como 'aquella actividad compleja, progresiva y metódica, que se realiza de acuerdo com reglas prestabelecidas, cuyo resultado será el dictado de la norma individual de conducta (sentencia), con la finalidad de declarar el derecho material aplicable al caso concreto'"*[130].

Destes julgados da Corte extrai-se a ideia de que o devido processo legal representa a correta aplicação das leis dentro deste marco de respeito mínimo aos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

Vale dizer, é necessária a observância de garantias para que se tenha reconhecido o devido processo legal, não havendo relação de necessariedade com a observância de cada um dos atos específicos[131]. Ou seja, é preciso que sejam observadas as garantias do devido processo legal, não necessariamente o ato em si[132].

Uma vez que no parâmetro da legalidade está inserido o respeito aos direitos humanos, por meio das decisões da Corte Interamericana e das decisões do Supremo

---

[130] RESCIA, V. M. R. El debido proceso legal y la convención americana sobre derechos humanos, p. 1296. Em tradução livre: "Busca confirmar a legalidade e correta aplicação das leis dentro de uma moldura de respeito mínimo à dignidade humana dentro de qualquer tipo de processo, entendido este como 'aquela atividade complexa, progressiva e metódica que se realiza de acordo com regras preestabelecidas, cujo resultado será o ditado da norma individual de conduta (sentença), com a finalidade de declarar o direito material aplicável ao caso concreto."

[131] Também no caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros *vs*. Trinidad y Tobago, com sentença de 21 de junho de 2002, ficou decidido da mesma forma: "147. En este orden de consideraciones, la Corte ha dicho que para que en un proceso existan verdaderas garantías judiciales, es preciso que en él se observen todos los requisitos que "sirv[a]n para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho", es decir, las "condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial." (p. 54). Em tradução libre: "Nesta ordem de considerações, a Corte disse que para que em um processo existam verdadeiras garantias judiciais, é necessário que nele se observem todos os requisitos que "sirvam para proteger, assegurar ou fazer valer a titularidade ou o exercício de um direito", é dizer, as "condições que devem ser cumpridas para assegurar a adequada defesa daqueles cujos direitos ou obrigações estejam sob consideração judicial."

[132] Acerca do tema tem-se a lição de HUMBERTO ÁVILA: "O dispositivo relativo ao 'devido processo legal' deve, portanto, ser entendido no sentido de um princípio unicamente procedimental. A Constituição, para não deixar dúvidas com relação à existência de um direito à proteção de direitos, resolveu explicitar o direito a um processo adequado ou justo. Nesse sentido, a expressão composta de três partes fica plena de significação: deve haver um processo; ele deve ser justo; e deve ser compatível com o ordenamento jurídico, especialmente com os direitos fundamentais." ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 50.

Tribunal Federal, não há que se falar em violação dos direitos humanos e do devido processo legal.

A observância destes parâmetros impede que haja a violação da cláusula de vedação do retrocesso permitindo ao magistrado conduzir a decisão para as necessidades que os casos concretos possam impor.

3.6 – Direitos humanos, devido processo legal, flexibilização e a macro-criminalidade

A macro-criminalidade é tema que causa grande preocupação aos Estados. Dados seus efeitos deletérios na sociedade, tem recebido tratamento legislativo diferenciado em decorrência de orientação da Organização das Nações Unidas. A preocupação, aqui, centra-se notadamente nas questões atinentes ao terrorismo e à criminalidade organizada.

No âmbito internacional, a Organização das Nações Unidas possui cinco Convenções sobre o tema do terrorismo: Convenção Internacional contra a Tomada de Reféns; Convenção sobre a Segurança das Nações Unidas e Pessoal Associado; Convenção Internacional para a Supressão de Atentados Terroristas; Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo; e Convenção Internacional para a Supressão de Atos de Terrorismo Nuclear. Já quanto ao crime organizado há a Convenção de Palermo contra o Crime Organizado Transnacional.

No âmbito interno, não há uma diretriz clara de combate à macro-criminalidade. Neste sentido, afirma ANTONIO SCARANCE FERNANDES:

> "Não é possível vislumbrar nesses textos legais uma linha diretiva clara de combate à criminalidade grave e organizada. Prefere-se seguir a via simples de facilitação da prisão cautelar, de imposição de maior rigor no cumprimento da pena e de diminuir as exigências garantistas para a obtenção ou produção da prova"[133].

[133] FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional...* cit., p. 33.

Como exemplos de medidas legislativas internas tomadas pelo legislador neste tratamento diferenciado da criminalidade grave ou organizada pode-se citar, entre outras, as seguintes: ação controlada (artigo 2º, I, da Lei 9.034/95); captação ambiental de imagens e sons (artigo 2º, IV, da Lei 9.034/95); infiltração de agentes (artigo 2º, V, da Lei 9.034/95); vedação da graça, da anistia e do indulto (artigo 2º, I, da Lei 8.072/90); vedação da fiança (artigo 2º, II, da Lei 8.072/90); cumprimento de pena em regime inicialmente fechado (art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90); prazo diferenciado para a progressão de regime (artigo 2º, § 2º, da Lei 8.072/90); prática de atos judiciais colegiados (artigo 1º da Lei 12.694/2012).

Este tratamento diferenciado tem recebido diversas formas de interpretação pelos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos. A depender da medida tomada, algumas são aceitas e outras não.

A Corte Interamerica de Direitos Humanos condena o uso dos chamados juízes sem rosto. Assim, no caso Castillo Petruzzi e outros V. Perú, com sentença de 30.05.1999 estabeleceu a Corte:

> *"132. En relación con el presente caso, la Corte entiende que los tribunales militares que han juzgado a las supuestas víctimas por los delitos de traición a la patria no satisfacen los requerimientos inherentes a las garantías de independencia e imparcialidad establecidas por el artículo 8.1 de la Convención Americana, como elementos esenciales del debido proceso legal. 133. Además, la circunstancia de que los jueces intervinientes en procesos por delitos de traición a la patria sean "sin rostro", determina la imposibilidad para el procesado de conocer la identidad del juzgador y, por ende, valorar su competencia. Esta situación se agrava por el hecho de que la ley prohíbe la recusación de dichos jueces. 134. Por todo lo expuesto, la Corte declara que el Estado violó el artículo 8.1 de la Convención."*[134]

[134] Em tradução livre: "Em relação ao presente caso, a Corte entende que os Tribunais Militares que julgaram as supostas vítimas pelos delitos de traição à pátria não satisfazem os requerimentos inerentes às garantias de independência e imparcialidade estabelecidas pelo artigo 8.1 da Convenção Americana, como elementos essenciais do devido processo legal. Ademais, a circunstância de que os juízes intervenientes em processos por delitos de traição à pátria sejam "sem rosto", determina a impossibilidade para o processado conhecer a identidade do julgador e, por consequência, valorar sua competência. Esta situação se agrava pelo fato de que a lei proíbe a recusa de ditos juízes. Por todo o exposto, a Corte declara que o Estado violou o artigo 8.1 da Convenção."

Já no que toca às testemunhas protegidas, a Corte Europeia de Direitos humanos aceitou a utilização, desde que não seja a única prova utilizada no processo. No caso Sarkizov e outros contra Bulgária, de 24.09.2012 estabeleceu a Corte:

> *"In a binding interpretative decision (тълк. реш. № 2 от 16 юли 2009 г. на ВКС по тълк.д. № 2/2009 г., ОСНК) of 16 July 2009 the Plenary Meeting of the Criminal Chambers of the Supreme Court of Cassation resolved a number of contentious issues relating to the construction of various provisions of the Criminal Code and the 2006 CCP on the prosecution of human trafficking. In point 5 of the decision it held that the victim of a human trafficking offence could participate in the criminal proceedings as an anonymous witness. It held that the accused's defence rights could be subjected to reasonable restrictions, including by granting anonymity status to the testifying victim, in order to protect the latter's rights. However, a strict judicial control had to be exercised over the reasons for granting anonymity to testifying victims and over the procedures aimed at counterbalancing the restriction of the defence rights. According to the Supreme Court of Cassation, in cases of anonymous witnesses the legislation provided three procedural safeguards against the risk of manipulating the evidence in favour of the prosecution: (1) the direct contact between the judge and the anonymous witness, which guaranteed, at the very least, that such a witness indeed existed; (2) the right of the accused and his lawyer to put questions to the anonymous witness immediately after his questioning; and (3) the limited probative importance the legislation attached to anonymous testimony (see paragraph 40 above). The court made reference to the case-law of this Court and concluded that the rules of fair trial would not be breached if the above procedures were strictly complied with, and notably, if the accused has been given the opportunity to put questions to the anonymous witness immediately after the questioning of the latter."*

O que se verifica destes julgamentos é que algumas medidas restringidas podem ser tomadas por parte do Estado no trato da criminalidade mais grave ou organizada, mas há um limite para estas restrições.

Tratando-se de flexibilização legislativa, deve o juiz analisar se a flexibilização efetivada pelo legislador está em conformidade com os parâmetros de respeito aos direitos humanos vocalizados pelas Cortes Internacionais e, caso não esteja, deverá reconhecer sua inconstitucionalidade.

Já a flexibilização judicial exige do magistrado especial atenção aos parâmetros anteriormente estabelecidos. Em geral, em razão dos danos causados pela criminalidade grave ou organizada a tendência natural é que haja por parte do julgador análise menos

rigorosa dos parâmetros estabelecidos. No entanto, esta análise não pode dar-se de forma a violar os direitos fundamentais. O cuidado que o magistrado deve ter, neste aspecto, ainda é maior para que se evite o chamado “Direito processual do inimigo”, que conduziria à negação de tudo o quanto aqui procurou se estabelecer como parâmetros para a flexibilização.

CAPÍTULO 4:

MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS E FLEXIBILIZAÇÃO

As medidas cautelares pessoais encontram-se, em geral, previstas no Código de Processo Penal nos artigos 282 a 350 do Código de Processo Penal. O tratamento atual a elas dispensado resulta de profundas alterações no sistema das cautelares pessoais, alterações que representaram flexibilização na regulação da liberdade[135].

As cautelares pessoais relacionam-se com o tema mais caro do processo penal que é a tutela da liberdade do indivíduo[136]. Liberdade é termo polissêmico, ou seja, que possui vários sentidos[137], e, para este aspecto, será utilizado o conceito de liberdade previsto na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos[138].

---

[135] As modificações operadas no sistema correspondem a verdadeiro giro copernicano no sistema. Implica nas lições de MAURÍCIO ZANOIDE DE MORAES falar em reconstrução do sistema no sentido de: "reconstruir pode significar fazer de novo tudo igual, apenas remodelando (com melhoras tão só tecnológicas e não conceituais) aquilo que ficou defasado e inconstitucional. Agindo dessa forma reconstruir se reduz a restaurar ou remodelar o velho. Reconstruir também pode significar construir sobre novos padrões, novas perspectivas e com uma visão que prepare o bem reconstruído para atender aos anseios de hoje e que serão realizados em um duradouro amanhã." MORAES, Maurício Zanoide de. Análise judicial da prisão em flagrante: por uma abordagem sistêmico-constitucional. *Revista do Advogado*. (A Reforma do Processo Penal), ano XXXI, n. 113, p. 92, set. 2011.

[136] Insista-se, neste aspecto, que o abuso da prisão processual já é registrado pela doutrina. A crítica de ODONE SANGUINÉ sempre deve ser lembrada: "A realidade evidencia uma desarmonia constante e uma utilização cotidiana frequente e demasiada da prisão provisória com transcendentais efeitos negativos para os cidadãos presumidos inocentes, sempre com o consequente detrimento da liberdade pessoal. Isso é uma boa amostra da discórdia que existe, muitas vezes, entre teoria e prática do direito criminal, caracterizada pela falácia de princípios ideais e teóricos que a ninguém já podem convencer. Como pode afirmar-se a excepcionalidade da prisão provisória se, em muitos países, a autoridade judicial a decreta com caráter geral, implicando, segundo os dados estatísticos, uma elevada cifra de presos provisórios, indicativa de uma elevada percentagem de medidas "abusivas"?" SANGUINÉ, Odone. Efeitos perversos da prisão cautelar. *RBCCrim*, v. 86, p. 289, set. 2010.

[137] Liberdade é conceito que possui mais de um sentido como ensina VICTOR MORENO CATENA: "*El término libertad es ciertamente multívoco, y pueden compreenderse en el concepto todo el cúmulo de atributos inherentes a la persona humana para su completa realización, entendidos según el estadio de la civilización y el modelo de sociedad en que actualmente vivimos: así puede hablarse de libertar de pensamiento, de cátedra, de información, de expresión, etcétera. Exclusivamente se hace ahora referencia a la forma más primaria de libertad: a la libertad ambulatoria o de movimientos: a la libertad personal, reconocida como derecho fundamental en el art. 17.1 de la Constitución en fórmula idéntica a la del Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 5.1): 'toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad'. Y el análisis se aborda no desde la perspectiva de su goce, sino justamente desde las restricciones que en él se pueden operar como consecuencia de una investigación penal*." CATENA, Víctor Moreno. Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año IV, n. 8-A, p. 126, Ad-Hoc, Buenos Aires – Arg., 1998. Em tradução livre: "O termo liberdade é certamente multívoco, e pode ser compreendido no conceito todo o cúmulo de atributos inerentes à pessoa humana para sua completa realização, entendidos segundo o estágio da civilização e o modelo de sociedade em que atualmente vivemos: assim pode se falar de liberdade de pensamento, de cátedra, de informação, de expressão, etc.

No caso, CHAPARRO ALVAREZ fixou-se o conceito de liberdade como sendo:

> *"la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones."*[139]

Exclusivamente se faz agora referência à forma mais primária de liberdade: a liberdade ambulatória ou de movimentos: a liberdade pessoal, reconhecida como direito fundamental no art. 17.1 da Constituição em fórmula idêntica à do Convênio Europeu de Direitos Humanos (art. 5.1): 'toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança'. E a análise não se aborda desde a perspectiva de seu gozo, mas justamente das restrições que nele se podem operar como consequência de uma investigação penal."

[138] O sistema de proteção dos direitos humanos deve efetivamente atuar em favor dos que tenham sua liberdade restringida para que se evite a prática denunciada por ELMIR DUCLERC: "Para entender o porque da ineficácia sistêmica das normas de proteção à liberdade, é necessário, antes de qualquer coisa, ter em mente que o Direito é um fenômeno social, necessariamente ligado, portanto, a um complexo de fatores de ordem política, econômica e cultural. Somente sob esse prisma, aliás, é possível compreender a própria construção da base principiológica do Direito Penal e do Direito Processual Penal contemporâneos, por parte do pensamento ilustrado liberal do século XVIII, como uma forma de resistência ideológica ao arbítrio punitivo do absolutismo. Lembra Ferrajoli que foi justamente através da crítica dos sistemas penais e processuais do *Ancien Régime*, durante os séculos XVII e XVIII, que se foram construindo os valores da cultura jurídica moderna em geral, como o respeito à pessoa humana, a liberdade, o nexo entre liberdade e legalidade, os limites à atividade do Estado frente aos cidadãos, a separação entre direito e moral, etc. Essa união entre direito penal e filosofia política reformadora, todavia, é rompida na segunda metade do século XIX, quando, consolidado o poder da burguesia, e instalado o Estado liberal, foi-se afirmando uma concepção conservadora e autoritária do direito penal como técnica de controle social, que trouxe, paulatinamente, uma perigosíssima relativização dos postulados construídos no século anterior. O resultado, disso tudo, contudo, só seria desocultado em toda a sua extensão a partir das contribuições da chamada *criminologia crítica*, que se apresenta como um novo grande paradigma do pensamento criminológico moderno, em substituição à chamada criminologia tradicional ou etiológica, despreocupando-se com o estudo das causas do comportamento criminoso para debruçar-se sobre "as condições a partir das quais, em uma sociedade dada, as etiquetas de criminalidade e o status de criminoso são atribuídos a certos comportamentos e a certos sujeitos (*labeling approach*), assim, como para o funcionamento da reação social informal e institucional". Em suma, com a criminologia crítica criam-se condições para a denúncia do sistema penal como instrumento de dominação que se exerce mediante a criminalização de certas pessoas através do próprio direito penal, que*funciona* na medida em que disponibilize e legitime as formas mais violentas de intervenção estatal a serviço de grupos hegemônicos, em detrimento de todo e qualquer ideal democrático e socialista de justiça e igualdade. É fácil compreender, portanto, a esta altura, por que razões as normas de proteção à liberdade não conseguem acolhida na legislação infraconstitucional e na prática dos operadores do direito, e porque é tão importante recuperar, como faz Ferrajoli, o sistema ilustrado de direito e processo penal, a partir da crítica e resgatar as *garantias individuais* em sua maior abrangência possível, como única forma de proteger as classes subalternas contra a voracidade punitiva das nossas elites burguesas." DULCLERC, Emir. Princípios constitucionais relativos à prisão processual no Brasil: o problema da inefetividade. Diagnóstico crítico e alternativas de superação. *RBCCrim*, n. 64, p. 274, São Paulo, RT, jan. 2007.

[139] Em tradução livre: "A capacidade de fazer e não fazer tudo o que esteja licitamente permitido. Em outras palavras, constitui o direito de toda pessoa de organizar, com respeito à lei, sua vida individual e social conforme suas próprias opções e convicções."

Aqui, sempre que falarmos em medidas cautelares pessoais estaremos falando de hipóteses em que há a restrição à liberdade do indivíduo, levando-se em conta o conceito de liberdade acima apresentado[140].

---

[140] A utilização de parâmetros de tribunais internacionais é importante e sua validade tem sido mencionada na Europa na busca por harmonização entre os sistemas como nos ensina Silvio Riondato: "*Il Gruppo di lavoro X invita ad inserire nel Trattato, tra 1'altro, il principio dei riconoscimento giuridico delle decisioni giudiziarie. Ma quel che qui più interessa è la proposta di un «riavvicinamento» delle diverse legislazioni dei Paesi Membri nell'ambito del diritto penale, cioè includere nel progettando Trattato una base giuridica che consenta 1'adozione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e di sanzioni, qualora gli illeciti colpiscano beni ascrivibili all'Unione. Análoga è la proposta di una base giuridica che consenta l'adozione di norme comuni su elementi specifici di procedura penale qualora siano interessate procedure con implicazioni transnazionali e siano necessarie per assicurare Ia piena applicazione dei riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie o per garantire l'efficacia di strumenti comuni di cooperazione di polizia e giudiziaria creati dall'Unione, L'avvicinamento tra i diversi ordinamenti, che si concepisce come improntato dal principio della fiducia reciproca, quello che sta alla base della disciplina del mandato d'arresto europeo, si amplia poi in relazione anche ad altre esigenze. II Praesidium alla Convenzione ha accolto in grande misura le proposte del Gruppo X, in£particolare con riguardo all'adozione di norme minime, diritto penale sostanziale e diritto processuale, nell'ambito dello spazio dí liberta, sicurezza e giustizia dell'Unione, definito specifícamente nel Progetto. (art. l, parte II). Si prevede che il Parlamento europeo e il Consiglio possano adottare leggiquadro contenenti norme minime relative alle definizioni delle incriminazioni e delle sanzioni nell'ambito di reati gravi, a dimensione trasnazionale, specificatamente indicati (terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale di donne o di minori, traffico illecito di stupefacenti o di armi, riciclaggio, corruzione, contraffazione di strumenti di pagamento, criminalità informática, criminalità organizzata), reati il cui novero potrà essere ampliato in funzione dell'evoluzione della criminalità, su delibera all'unanimità del Consiglio, e prévio parere conforme dei Parlamento europeo, ovvero nei settori delia criminalità che reca pregiudizio a un interesse comune oggetto di una politica dell'Unione (art. 17, parte II). Tutte queste proposte sono sfociate con sostanziale accoglimento nel progetto definitivo delia Costituzione europea che agli articoli 41 e III-158 e seguenti delinea le aree e le modalità di intervento per la costituzione dello spazio di libertà sicurezza e giustizia. Vi è però un'ampia considerazione del raggio di intervento, senza le cennate limitazioni emerse nei lavori preparatori. Lotta alla criminalità e ravvicinamento delle legislazioni penali («se necessário») entrano senz'altro nel fuoco delle competenze europee. Secondo 1'art. 41 dei Progetto di Costituzione, l'Unione costituisce uno spazio di liberta, sicurezza e giustizia nei modi che seguono: attraverso 1'adozione di leggi europee e leggi quadro europee intese, se necessario, a ravvicinare le legislazioni nazionali (nei settori elencati nella parte III); tramite il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali; attraverso una cooperazione operativa delle autorità competenti degli Statí membri, compresi i servizi di polizia, i servizi delle dogane e altri servizi specializzati nel settore delia prevenzione e dell'accertamento delle infrazioni penali. L'art. 41 prevede che nell'ambito dello spazio di liberta, sicurezza e giustizia, i parlamenti nazionali possano partecipare ai meccanismi di valutazione (previsti all'articolo III-161) e siano associati ai controllo político dell'Europol e alla valutazione delle attività dell'Eurojust (conformemente agli articoli HI-177 e III-174). Nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in matéria penale, gli Stati membri dispongo no del diritto di iniziativa (conformementé alTarticolo III-1é5.). L'Unione realizza questo spazio di liberta, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali e tenuto conto delle diverse tradizioni e dei diversi ordinamenti giuridici degli Stati membri (art. III-158.1). Su questa base, sono consentite, «per garantire un livello elevato di sicurezza», «misure di prevenzione e di contrasto della criminalità e del razzismo e della xenofobia, misure di coordinamento e cooperazione tra forze di polizia e autorità giudiziarie in matéria penale e le altre autorità competenti, nonché attraverso il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie penali e, se necessario, .il ravvicinamento delle legislazioni penali» (art. III-158.3). A capo dei sistema stanno sempre i poteri del Consiglio europeo, il quale definisce gli orientamenti strategiei della programmazione legislativa e operativa nello spazio di liberta, sicurezza e giustizia (art.TII-159.1). I parlamenti nazionali degli Stati membri vigilano sul rispetto dei principio di sussidiarietà secondo lê modalità particolari previste nel protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità (art. III-159.2). Si tratta, in definitiva, di un'amplissima competenza penale europea*." RIONDATO, Silvio. Dal mandato d'arresto europeo al libro verde sulle garanzie alla constituzione europea: spunti sulle nuove vie di affermazione del diritto penale sostanziale europeo. *Rivista Trimestale di Diritto penale dell'economia*, anno XVII, n. 3-4, p. 1134-1135, 2004. Em tradução livre: O X Grupo de Trabalho solicita a inclusão no Tratado entre outros, do

Neste trabalho, em consonância como visto no Capítulo 2, a análise da cautelaridade e da flexibilização será vista tanto em relação à flexibilização legislativa quanto em relação à flexibilização judicial.

Não se trata de, mediante a flexibilização, aceitar a adoção de medidas cautelares atípicas[141], mas na verdade de flexibilização das medidas cautelares pessoais no sentido empregado

---

princípio do reconhecimento legal das decisões judiciais. Mas o que é mais interessante aqui é a proposta de uma "aproximação" com diferentes legislações dos Estados membros no contexto do direito penal, que está incluído no Tratado de planejamento uma base jurídica para a adoção de disposições mínimas relativas aos elementos constitutivos das infracções penais e sanções, caso os ativos atribuíveis à União Europeia. É semelhante à proposta de uma base jurídica para a adoção de regras comuns sobre elementos específicos do processo penal, se estão preocupados com implicações transfronteiriças e procedimentos são necessários para garantir a plena aplicação do reconhecimento mútuo das decisões judiciais ou para assegurar a eficácia do ferramentas comuns de cooperação policial e judiciária criadas pela União, a aproximação entre os diferentes sistemas jurídicos, que é concebido como caracterizado pelo princípio de confiança mútua, que é a base da disciplina do mandado de detenção europeu, em seguida, se expande em relação a outras necessidades.O presidente da Convenção recebeu grande parte das propostas do Grupo de Trabalho X, R, em particular no que diz respeito à adoção de padrões mínimos, o direito penal e direito processual na área de liberdade, segurança e justiça, definida especificamente no projeto. (Artigo l, Parte II). Espera-se que o Parlamento Europeu e o Conselho adotem decisões quadro contendo regras mínimas relativas à definição de infracções e sanções no contexto da criminalidade grave, uma dimensão transnacional, delitos especificamente indicados (terrorismo, tráfico de seres humanos e exploração sexual de mulheres ou crianças, o tráfico ilícito de drogas, armas de fogo, lavagem de dinheiro, corrupção, contrafacção de meios de pagamento crime, computador, crime organizado), crime cujas fileiras podem ser estendidas em função da evolução da criminalidade, o Conselho delibera por unanimidade, e com o parecer favorável do Parlamento Europeu, ou no crime que afete um interesse comum coberto por uma política da União (artigo 17, parte II). Todas estas propostas resultaram na aceitação substancial no projecto final da Constituição Europeia nos artigos 41 e III-158 que descreve as áreas e modalidades de intervenção para o estabelecimento de uma área de liberdade, segurança e justiça. No entanto, há uma visão ampla do raio de ação, sem as limitações que surgiram no trabalho preparatório. Prevenção do crime e aproximação das legislações penais ("se necessário") certamente virá para o foco das potências europeias. Segundo 1'art. 41 do projeto de Constituição, a União constitui um espaço de liberdade, segurança e justiça das seguintes formas: através da adoção de leis e leis-quadro europeias destinadas, se necessário, a aproximar as legislações nacionais (nas áreas listadas no III), através do reconhecimento mútuo das decisões judiciais e extrajudiciais; através da cooperação operacional entre as autoridades competentes dos Estados-Membros, incluindo os serviços de polícia, das alfândegas e outros serviços especializados em delia prevenção e detecção de infracções penais. Artigo. 41 prevê que, em um espaço de liberdade, segurança e justiça, os parlamentos nacionais podem participar nos mecanismos de avaliação (artigo III-161) e estão associados com o controlo político da Europol e à avaliação das actividades da Eurojust (em conformidade com os artigos III-177 e HI-174). No domínio da cooperação policial e judiciária em matéria penal, os Estados-Membros se não tenho o direito de iniciativa (de acordo alTarticolo III-1E5.). A União constitui a área de liberdade, segurança e justiça, no respeito dos direitos fundamentais, tendo em conta as diferentes tradições e os diferentes sistemas jurídicos dos Estados-Membros (artigo III-158,1). Nesta base, são permitidos, "para garantir um alto nível de segurança", "as medidas para prevenir e combater o racismo, crime e xenofobia, e as medidas de coordenação e cooperação entre as autoridades policiais e judiciais em matéria penal e outras autoridades competentes, bem como através do reconhecimento mútuo das decisões em matéria penal e, se necessário, aproximação das legislações penais "(artigo III-158,3). Na cabeça do sistema são sempre os poderes do Conselho Europeu, que define as diretrizes strategiei da programação legislativa e operacional no espaço de liberdade, segurança e justiça (art.TII-159,1). Os parlamentos nacionais dos Estados-Membros devem assegurar a observância do princípio da subsidiariedade, em conformidade com as disposições previstas no Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade (artigo III-159,2). É, em última análise, uma jurisdição muito ampla criminal da União Europeia".

[141] Não é possível esquecer do princípio da legalidade que acaba por ser fundamental norte na aplicação das medidas cautelares pessoais e como ensina VITTORIO GREVI: "(...) *affida la funzione di pilastri fondamentali del sistema dele cautele incidenti sulla libertà personale dell'imputato, a cominciare dal principio di legalità sancito nell'art. 272, com lo stabilire che 'le libertà dela persona possono essere limitate com misuere*

anteriormente, ou seja, por meio da extensão das medidas existentes ou sua restrição, não sendo possível a criação de medidas novas[142].

Em suma, não pode o julgador criar novas medidas cautelares distintas das previstas em lei; no entanto, isso não significa que sua execução não possa ser flexibilizada[143].

Outro ponto: as cautelares pessoais não se encontram unicamente previstas no Código de Processo Penal. Há medidas cautelares pessoais previstas em leis especiais, e isso permite sua

---

cautelari soltanto a norma dele dispoizioni del presente titolo'. Questa formulazione, esprimendo 'in positivo' uma garanzia che le carte fondamentali dei diritti (ivi comporeso l'art 13 Cost.) di solito proclamano facendo piú propriamente leva sulla formula negativa, potrà forse apparire non del tuto Felice, in quanto lascia ancora piuttosto in presiedere ala definizione dei confini trai l diritto di libertà e le sue restrizioni. Tuttavia, soprattutto grazie all'impiego dell'avverbio 'soltanto', evidentemente expressivo di uma precisa volontà del legislatore, non sempra potersi comunque dubitaredel significato garantistico del principio così enunciato, sotto il profilo dela tassatività, in quanto direto a vincolare rigorosamente ala previsione legislativa (cioè ai soli 'casi e modi' previsti dalla legge, secondo la nota formula costituzionale) l'esercizio dela discrizionalità del giudice in matéria di 'limitazioni alle libertà dela persona'." GREVI, Vittorio. *Compendio di procedura penale*. 5. ed. Padova: CEDAM, 2010. p. 389). Em tradução livre: "(...) Atribui a função dos pilares básicos do sistema de cautelares incidentais sobre à liberdade pessoal do acusado, começando com o Estado de Direito consagrado no art. 272, com a estabelecer que "a liberdade da pessoa só pode ser limitada de acordo com medidas previstas neste título". Esta formulação, expressando "in positivo" uma garantia que as cartas de direito fundamentais (incluindo o artigo 13 da Constituição), geralmente proclamam fazendo mais propriamente fórmula alavancar negativas, talvez não seja a formulação mais feliz, já que deixa ainda bastante foruxa a definição dos limites entre o direito à liberdade e suas restrições. No entanto, especialmente com o uso do advérbio "somente" obviamente expressivo de intenção precisa do legislador, não se pode duvidar do significado garantistico do princípio enunciado, sob o manto da taxatividade, como direto a vincular rigorosamente a disposição legislativa (ou seja, a apenas "casos e formas" previstos na lei, de acordo com a famosa fórmula constitucional) o exercício da discricionariedade pelo juiz em matéria de «restrições à liberdade da pessoa"'.

[142] Concordamos neste ponto com a posição de GUSTAVO BADARÓ sobre a taxatividade das medidas cautelares pessoais previstas no Código de Processo Penal ao afirmar que "Em suma, em termos de privação ou restrição da liberdade a lei é o limite e a garantia. Não é possível aplicar o poder geral de cautela e decretar medidas cautelares atípicas diversas daquelas previstas nos arts. 319 e 320, nem aplicá-las para finalidades diversas das previstas em lei." BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. As novas medidas cautelares alternativas à prisão e o alegado poder geral de cautela no processo penal: a impossibilidade de decretação de medidas atípicas. *Revista do Advogado*, n. 113, ano XXXI p. 80-81, São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo.

[143] Evidentemente que os parâmetros apresentados anteriormente cuidarão de evitar injustiças como bem advertido por PAOLA SECHI: "*Da quanto sopra deriva che, in mancanza di ben precise limitazioni poste dal diritto positivo, il principio dei favor libertalis obbliga a far sì che l'imputazione delia custodia cautelare alla esecuzione di pena avvenga in modo da eliminare o ridurre al mínimo la eventualità di una restrizione della libertà personale tanto ingiusta quanto irreparabile; laddove la imputazione. Alia pena da espiare della detenzione sofferta per altro reato per il quale non sia stata pronunciata sentenza di condanna definitiva evita siffatta possibilità, atteso il carattere provvisorio di tale imputazione che non pregiudica la completa attuazione del diritto punitivo dello Stato, in quanto destinata ad essere assorbita nel cumulo delle pene.*" SECHI, Paola. Liberta personale dell'imputato. Custodia cautelare. Detrazzione dalla pena inflita per alto reato. Condizioni. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nuova Serie, anno XXXI, p. 1513, Dott. A. Giuffrè Editore, 1988. Em tradução livre: Do que resulta que, na ausência de limites precisos impostos pela lei positiva, o princípio do *favor libertatis* obriga a assegurar que a imputação da custódia cautelar para a execução da pena ocorra de modo a eliminar ou minimizar a possibilidade de restrição da liberdade pessoal tão injusta quanto irreparável; onde a acusação alia a pena de detenção sofrida para expiar outro crime pelo qual não foi entregue a sentença em última análise, impede essa possibilidade, dada a natureza temporária da acusação de que não afeta a aplicação plena da lei punitiva do Estado, que se destinava a ser absorvida na punição total".

extensão para situações que originariamente não estavam previsas. Assim, por exemplo, tem-se a medida cautelar prevista no artigo 294 do Código de Trânsito Brasileiro:

> "Art. 294. Em qualquer fase da investigação ou da ação penal, havendo necessidade para a garantia da ordem pública, poderá o juiz, como medida cautelar, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público ou ainda mediante representação da autoridade policial, decretar, em decisão motivada, a suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção. Parágrafo único. Da decisão que decretar a suspensão ou a medida cautelar, ou da que indeferir o requerimento do Ministério Público, caberá recurso em sentido estrito, sem efeito suspensivo."

Esta medida é prevista quando houver crime praticado na direção de veiculo automotor com incidência do Código de Trânsito. Tem sido comum, contudo, que a tipificação de alguns delitos de trânsito afaste-se da esfera do Código de Trânsito e passe para o Código Penal. Assim, por exemplo, tem-se admitido em tese, a capitulação como homicídio por dolo eventual do Código Penal e, não da previsão do Código Trânsito, a morte nas hipóteses em que o condutor esteja embriagado.

Nestas situações, é possível a flexibilização do Código de Trânsito para abranger este homicídio tipificado no Código Penal e aplicar a medida cautelar de suspensão da habilitação, se preenchidos seus requisitos.

4.1 – Flexibilixação legislativa: parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade nas medidas cautelares pessoais

A restrição da liberdade, valor fundamental do indivíduo, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória deve observar critérios muito restritos, sob pena de indevida antecipação de pena[144].

[144] A prisão é a medida cautelares mais intensa e a flexibilização por meio de outras medidas cautelares diversas da prisão permite atenuar os danos causados pela prisão preventiva. Não se pode esquecer, ao se falar em prisão, das lições apresentadas por Michel Foucault e bem apresentadas por JUAREZ CIRINO DOS SANTOS: "As conclusões deste trabalho, apresentadas ao longo do estudo das contribuições fundamentais de *Vigiar e Punir* para a ciência contemporânea do controle social, podem ser assim resumidas: 1. A pesquisa dos *efeitos positivos* da prisão, produzidos mediante o investimento do corpo por *relações de poder* e definidos como estratégia das classes dominantes para criar *docilidade* e extrair *utilidade* das forças

Com a reforma a última do Código de Processo Penal, houve o escalonamento das medidas cautelares. Em razão da variedade das medidas, é preciso que haja o estabelecimento de parâmetros objetivos para que o juiz opte por uma entre as várias medidas existentes no sistema[145].

O artigo 310 e o artigo 321 do Código de Processo Penal criaram mecanismo de flexibilização legislativa dirigida ao juiz. São mecanismos de flexibilização na medida em que podem ser tomadas várias medidas, como a decretação da prisão preventiva, a liberdade provisória ou medidas cautelares diversas da prisão.

Cuida-se, aí, de flexibilização legislativa (ou obrigatória) em que o próprio legislador indica quais os caminhos e, também, os critérios de flexibilização. Alguns parâmetros da flexibilização correspondem aos indicados anteriormente, outros são específicos.

Os critérios fixados, segundo os quais o juiz deve pautar sua decisão, estão indicados nos artigos 282 e 283 do Código de Processo Penal[146]:

---

corporais, indica o modo de atuação da *ideologia de submissão* de todos os vigiados, corrigidos e utilizados na produção material das sociedades modernas. 2. A definição do *sistema penal* como instrumento de *gestão diferencial* da criminalidade pela *posição social* do autor, que concentra a repressão nas camadas sociais subalternas e garante a imunidade das elites de poder econômico e político, representa conquista definitiva da Criminologia Crítica contemporânea. 3. O conceito de *disciplina* de Foucault, definido pelas técnicas de controle e sujeição do corpo com o objetivo de tornar o indivíduo *dócil* e *útil*, capaz de fazer *o que* queremos e de operar *como* queremos, representa uma*teoria materialista* da ideologia nas sociedades capitalistas, implementada com o objetivo de separar o *poder do sujeito* sobre a *capacidade produtiva* do corpo, necessário para a subordinação do trabalho assalariado ao capital. 4. O estudo da prisão, local da troca jurídica do crime (retribuição equivalente) e do projeto de correção de condenados (sujeitos *dóceis* e *úteis*) – com 200 anos de *isomorfismo reformista*, com fracasso, reforma e reproposição do projeto fracassado – aprofunda a distinção entre *objetivos ideológicos* e *objetivos reais* da instituição: os *objetivos ideológicos* da prisão seriam a *repressão* e *redução* da criminalidade; os *objetivos reais* da prisão seriam a *repressão seletiva da criminalidade* e a *organização da delinqüência*, definida como tática política de submissão. 5. O *controle da criminalidade* aparece no contexto político da luta de classes das sociedades modernas, marcado pelo fracasso dos *objetivos ideológicos* de repressão da criminalidade e de correção do condenado, que encobre o êxito histórico dos *objetivos reais* de gestão diferencial da criminalidade: a *lei penal* é *instrumento de classe*, produzida por uma classe para aplicação às classes inferiores; a *justiça penal* constitui mecanismo de dominação de classe, caracterizado pela *gestão diferencial* das ilegalidades; a prisão é a instituição central da estratégia de dissociação política da criminalidade, com *repressão* da criminalidade das classes inferiores e *imunização*da criminalidade das elites de poder econômico e político." SANTOS, Juarez Cirino dos. 30 anos de vigiar e punir (Foucault). *RBCCrim*, n. 58, p. 289, São Paulo, RT, jan. 2006.

[145] Estas mudanças operadas no sistema não devem ser lidas com os olhos do passado, mas encaradas como verdadeira mudança no sistema "Os adeptos desse modo acomodado de operar o Direito sempre lêem o novo texto com os olhos do passado e aplicam-no no sentido de que, se o problema é o mesmo (necessidade de medidas cautelares), o que se precisa é mais do mesmo (prisão processual). Para eles, todo o novo é academicismo (no sentido de utopia) e é inaplicável, pois, mesmo que o novo seja teoricamente melhor (e muitos reconhecem isso), falta estrutura estatal (pessoas e equipamentos) para sua efetivação, e concluem: insistir contra essa inexorável realidade de carência de recursos levará ao caos e à inaplicabilidade da lei. Propugnam essa pseudopostura intitulada por eles de "realista" na esperança de que a seguinte mensagem seja subliminarmente incorporada: esqueçam qualquer tentativa de mudança, o melhor é continuar com o que conhecemos, já testado e a cujas mazelas e falhas já nos acostumamos." (MORAES, Maurício Zanoide de. *Análise judicial da prisão em flagrante*... cit., p. 93.

[146] Estes parâmetros devem ser observados com a máxima prudência pelo magistrado a fim de que a crítica comum na academia de que na prática a prisão continua sendo a regra no processo deixe de existir. Esta

a) necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

b) adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado[147].

c) a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição[148] por outra medida cautelar (artigo 319)[149]

---

crítica feita, por exemplo, em 1970 por JOSEPH VERNET continua válida até hoje "« *La libertà provvisoria è la regola; la detenzione, l'eccezione » si affermava fino ad oggi — ma in teoria soltanto, poichè in realtà era il contrario nella maggior parte dei casi —. Vale meglio, dunque, sottolineare che la detenzione di un imputato ha carattere provvisorio, e la liberta deve essere riconosciuta e assicurata di diritto a ogni cittadino finchè non sia condannato. Nel momento nel quale un progetto di legge relativo alla libertà e alla detenzione nel corso delPistruzione deve essere sottoposto al Parlamento, noi ci proponiamo di esaminarne i termini e di considerarne la portata. In altro scritto abbiamo esposte le condizion; attuali nelle quali veniva pronunciato e attuato il carcere preventivo. Ora desideriamo darne una spiegazione esaminando nel suo contesto concreto il progetto di riforma. Esso fu esaltato da M. Louis Ioxe, quando era guardasigilli; poi, precisato sotto il ministero CAPITANT; e ripreso da M. PLEVEN, ministro della giustizia e, come partigiano risoluto dell'Habeas corpus pronto a presentarlo al Parlamento, ciò che dovrebbe aver luogo nella prossima legislatura*." VERNET, Joseph. I sostitutivi del cárcere preventivo. *Rivista di Criminologia e Diritto Criminale,* anno LXXV, p. 392, Dott. A. Giuffrè Editore, 1970. Em tradução livre: "A fiança é a regra, sustentando que a exceção "é dito até hoje - mas só em teoria, porque, na realidade, era o oposto, na maioria dos casos -. É melhor, portanto, para enfatizar que a detenção de um acusado é provisória e liberdade devem ser reconhecidos e garantidos por lei a todos os cidadãos até que seja condenado. O momento em que um projecto de lei sobre a liberdade e a detenção durante a instrução deve ser apresentado ao Parlamento, nos propomos a examinar os termos e considerar o escopo. Em outro artigo apresentamos as condições nas quais foi entregue e implementada a prisão preventiva. Agora queremos explicar no contexto através da análise do plano de reforma em concreto."

[147] Estes critérios de proporcionalidade encontram respaldo na necessidade de uso deste critério para a restrição de direitos fundamentais: "Proporcionalidade. A prisão preventiva, em primeiro lugar, apenas procede em virtude de causas legais preestabelecidas, de motivos taxados que justificam o sacrifício do direito fundamental à liberdade, devidamente motivados na resolução judicial. Como tal, fixa um parâmetro objetivo, centrado em delitos que podem merecer no caso concreto uma pena superior a 4 anos de privação de liberdade (critério do *quantum* do gravame da imputação), conjugado com dois estandartes alternativos: perigo de fuga ou perigo de entorpecimento. CASTRO, Carlos Eugênio San Martín. *A privação cautelar da liberdade no processo penal peruano.* In: AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal e estado de direito*. Campinas: Edicamp, P. 111).

[148] A ideia de seletividade da prisão preventiva é encontrada na doutrina e seu caráter excepcional também tem por função limitar esta seletividade como nos ensina Gerardo Nicolás García "Con la prisión preventiva se produce una doble sección. La primera está dada por la propia selectividade del sistema penal, de la cual se hacía antes referencia. Además de ella, se produce otra, que es anterior, y que es la que realizan las agencias políticas (el Congreso federal) en el momento de creación de los delitos (tipos penales)." GARCÍA, Gerardo Nicolás. Hacia lá abolición de lá prisión preventiva. *Pensamento penal del Sur,* Publicación del Área Penal de las Faculdades de Derecho de las Universidades Nacionales del Comahue, del Sur y de La Pampa, p. 214-215, 2006/II, Fabián J. Di Plácido Editor, 2006/II. Em tradução livre: "Com a prisão preventiva se produz uma dupla seção. A primeira é dada pela própria seletividade do sistema penal, à qual se fazia anteriormente referência. Além dela, se produz outra, que é anterior, e que é aquela que realizam as agências políticas (o Congresso Federal) no momento da criação dos delitos (tipos penais)."

[149] A ideia de subsidiariedade da prisão preventiva representa, até mesmo, certa reação ao uso inadequado da prisão preventiva entre nós durante longo tempo. Neste sentido, já ensinava ANTONIO SCARANCE FERNANDES: "Também muito grave, hoje em dia, é o uso da prisão como espetáculo público, evocando as exibições públicas dos cristãos nos circos romanos. Sempre que alguém é preso, principalmente, se tiver alguma projeção no país, é exposto pela mídia para satisfação e alegria do povo. E, nessa exposição, para haver um belo espetáculo, o preso tem que estar algemado. Sem a colocação de algemas, a cena de

d) não se aplicam as medidas cautelares à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

A necessidade e a adequação são critérios norteadores inseridos no parâmetro geral da proporcionalidade, já analisados anteriormente. Os demais parâmetros apresentados, são concretizações do parâmetro geral da razoabilidade. Desta forma, a prisão preventiva somente pode ser aplicada como última medida cautelar pessoal. Ou seja, dado o grau de intensidade da restrição, aplicar desde logo a medida mais intensa não é uma opção razoável, daí a orientação do legislador no sentido de restrição da prisão preventiva.

Outro parâmetro concreto de razoabilidade está na disposição que determina que não se aplicam as medidas cautelares à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade. Nesta situação, o legislador entendeu como irrazoável restringir a liberdade de alguém se ao final do processo não haverá esta restrição como efeito definitivo da condenação.

4.1.1 – Flexibilização legislativa dirigida ao juiz e motivação

A decisão motivada do magistrado ao aplicar medida cautelar pessoal no processo penal, seja qual for a sua escolha, deve abranger os parâmetros da flexibilização.

No artigo 282, incisos I e II estão os elementos da necessidade e da adequação:

> "a) necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais e b) adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado."

---

prisão apresentada pela mídia fica enfraquecida e perde o espetáculo. Aqui também se dá à prisão uma função anômala. Se a pessoa está sendo presa, só será necessário o uso de algemas como instrumento de contenção em caso de risco de fuga ou de perigo à integridade de outra pessoa. Algema-se alguém para que ele não fuja, para que não agrida outros indivíduos. Não tem sentido colocar algemas em uma pessoa que se apresenta para ser presa, como já ocorreu." FERNANDES, Antonio Scarance. Funções e limites da prisão processual. *RBCCrim*, v. 64, p. 239, jan. 2007.

A necessidade manifesta-se segundo três hipóteses[150]:

a) para a aplicação da lei penal;

b) para a investigação ou para a instrução criminal;

c) nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais.

Deve o magistrado escolher, entre o rol de cautelares, a que entenda como necessária, ou seja, a medida que seja capaz de produzir o resultado pretendido com grau menor de restrição à liberdade do indivíduo.

Em suma, dentro do rol de medidas cautelares, o juiz deve escolher a que, tendo em vista as finalidades apresentadas, (necessidade para a aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais) viola menos os direitos fundamentais.

---

[150] A respeito da necessidade aplicada às medidas cautelares pessoais ensina VICTOR MORENO CATENA: "*Es incuestionable, como dice Londoño, que 'La sociedad ofendida con la consumaciónx de un delito se torna intransigente con la situación del presunto culpable. Querrá para este la mayor severidad en la aplicación de las medidas cautelares. Pero es indudable tanbién que el infractor debe ser respetado al máximo en su libertad; esto es, no restringírsela sino en casos realmente necesarios. Este enfrentamiento entre los dos intereses, el público y el privado, el individual y el colectivo, ha sido siempre motivo de controvérsia en el pensamiento jurídico de los legisladores. Por ello, dentro de un autêntico Estado de Derecho, en los regímenes democráticos con Ias más arraigadas concepciones liberales sobre las libertades humanas, la incoercibilidad del indivíduo, para el proceso penal, ha sido el principio más acogido. En cambio, en los gobiernos de fuerza, en los Estados autoritários, en los Códigos de inconfundible tendencia inquisitiva, esta más amenazada la libertad individual, son más precarios los derechos a la defensa, más restringidas las causas de excarcelación, aqui se sacrifican los intereses del indivíduo a su libertad, so pretexto de proteger a la sociedad golpeada por el delito'. La prisión provisional, admitida como un mal necesario em todos los ordenamientos jurídicos, supone la total privación del derecho fundamental a la libertad ambulatoria, y es claro que esta privación sólo puede estar justificada em la medida en que resulte absolutamente imprescindible y necesaria para la defensa de los bienes jurídicos fundamentales y en la medida em que no haya otros mecanismos menos radicales para conseguirla.*" CATENA, Víctor Moreno. Op. cit., p. 135-136. Em tradução livre: "É inquestionável, como diz Londoño, que "A sociedade ofendida com a consumação de um delito se torna intransigente com a situação do suposto culpado. Quererá para este a maior severidade na aplicação das medidas cautelares. Mas é indubitável também que o infrator deve ser respeitado ao máximo em sua liberdade; isto é, não se deve restringi-la senão em casos realmente necessários. Este enfrentamento entre os dois interesses, o público e o privado, o individual e o coletivo, sempre foi motivo de controvérsia no pensamento jurídico dos legisladores. Por ele, dentro de um autêntico Estado de Direito, nos regimes democráticos com as mais arraigadas concepções liberais sobre as liberdades humanas, a incoercibilidade do indivíduo, para o processo penal, tem sido o princípio mais acolhido. Por outro lado, nos governos de força, nos Estados Autoritários, nos Códigos de inconfundível tendência inquisitiva, está mais ameaçada a liberdade individual, são mais precários os direitos à defesa, mais restringidas as causas de excarceração, aqui se sacrificam os interesses do indivíduo a sua liberdade, sob o pretexto de proteger a sociedade atacada pelo delito." A prisão provisória, admitida como um mal necessário em todos os ordenamentos jurídicos, supõe a total privação do direito fundamental à liberdade ambulatória, e é claro que esta privação somente pode estar justificada na medida em que resulte absolutamente imprescindível e necessária para a defesa dos bens jurídicos fundamentais e na medida em que não haja outros mecanismos menos radicais para consegui-la."

Já a adequação significa analisar se a medida utilizada é capaz de conduzir ao objetivo pretendido. Este objetivo variará conforme o caso concreto. Assim, por exemplo, se o crime for cometido com o abuso da função pública, a medida adequada, em princípio, é a suspensão desta função.

Vale dizer, analisa-se, aqui, se a medida cautelar pessoal utilizada pode produzir o resultado que com ela se pretende, observados os critérios da gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

A necessidade liga-se à intensidade da restrição e a adequação liga-se à eficácia da medida utilizada para fins de restrição.

Caso o magistrado decida pela prisão preventiva, a fundamentação da decisão deve abranger três aspectos: a) deve o magistrado indicar o preenchimento das hipóteses de cabimento da prisão preventiva, com indicação da proporcionalidade (artigo 282, I e II, do Código de Processo Penal); b) deve o magistrado indicar o motivo do não cabimento das medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319, do mesmo Código [151] e c) deve o magistrado indicar o preenchimento dos requisitos dos artigos 312 e 313, ambos do Código de Processo Penal.

---

[151] Esta ideia de excepcionalidade da prisão preventiva é também mencionada por GIUSEPPE RICCIO:"*Sicché, anche al di là dell'ipotese esaminata in sentenza, il diritto alla scarcerazione nasce in ordine ad un provvedimento legittimo e non viziato da errore, non in forza dell'irrevocabilità – formale – del provvedimento, ma perché – e solo se – la vicenda cautelare ha esaurito la sua funzione – sostanziale – nell'ambito dei termini legalmente autorizzati o in presenza della altre situazioni previste dalla legge: qui l'eadem factum ha contenuto particolare ed è connesso alla vicenda cautelare, che può nascere in presenza di presupposti e/o di condizioni diverse, oltreché, ovviamente, in caso di illegittimità del provvedimento di scarcerazione. Insomma, I'rrevocabilità formale delr provvedimento non è di ostacolo alla tutela di interessi, sostanziali del processo; tanto più che la custodia cautelare, quale 'situazione processuale di durata', è per sua natura suscettibile di mutamenti in ragionè dell'evolversi della vicenda processuale. D'altronde, la pretesa pronuncia irrevocabile concerneva esclusivamente un profilo 'formale' e cioè il presunto decorso dei termini massimi di custodia cautelare; sicché non implicava in alcun modo valutazioni attinenti ai presupposto di 'merito', cioè all'esistenza delle esigenze cautelari. Pertanto, nella vicenda esaminata il c.d. diritto alla scarcerazione non solo era semplicemente apparente – in quanto fondato su un erroneo calcolo dei termini – ma risultava estraneo a forme di tutela connesse ad ipotesi di giudicato, non solo per la natura incidentale e peculiare dei procedimento de libertate, ma perché il diritto in questione traeva origine da una decisione a carattere strettamente 'processuale', meramente ricognitiva dell'avvenuto decorso dei ternini massimi di custodia cautelare – e, quindi, priva di contenuti valutativi tipici dei provvedimenti suscettibile di giudicato – ed ontologicamente contrassegnata dalla provvisiorietà del giudizio*." RICCIO, Giuseppe. Errore di calcolo sui termini massimi di custodia cautelare ed errore di interpretazione: una equipoarazione solo apparente. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nuova Serie, Anno XXXV, p. 1183-1184, Dott. A. Giuffrè Editore, 1992. Em tradução livre: "Assim, mesmo para além da hipótese examinada em juízo, o direito à liberdade surge em relação a um procedimento legítimo e não viciado por erro, não em virtude da irrevogabilidade - formal - da medida, mas porque - e somente se - a medida cautelar terminou sua função substancial - em termos de aplicação da lei ou na presença de outras situações previstas em lei: aqui o factum eadem tem conteúdo específico e está ligado à medida cautelar, que pode surgir na presença de pressupostos e / ou de condições diferentes, como também, obviamente, no caso de ilegitimidade do procedimento. Em suma, a irrevogabilidade formal do provimento não é um obstáculo para a protecção dos interesses do processo substancial, especialmente desde que a detenção como "situação processual de vida", é inerentemente suscetível a mudar em razão da evolução da história processo. Por outro lado, a decisão

Quanto à prisão preventiva, tendo em vista que é a última cautelar a ser aplicada, somente em casos excepcionais é que poderá admitir seu uso, ou seja, apenas quando não forem admissíveis outras medidas.

Daí porque não basta indicar o cabimento da prisão preventiva a teor dos artigos 312 e 313, do Código de Processo Penal deve-se, também, indicar o motivo do não cabimento de outras medidas[152]. Como visto no Capítulo 2, a motivação fora dos *hard cases* liga-se aos subprincípios da necessidade e da adequação, não havendo necessidade do uso da proporcionalidade em sentido estrito.

4.2 – Flexibilização em relação à regra de legitimidade para requerimento das medidas cautelares

As medidas cautelares pessoais somente podem ser impostas por força de decisão judicial[153]. A discussão que colocada é a respeito de quem é o legitimado ativo para requerer a aplicação das medidas cautelares pessoais.

No que se refere à atuação do juiz, o legislador cuidou de restringir sua atuação nos termos do artigo 282, § 2º, do Código de Processo Penal. Segundo este artigo, o juiz não poderá atuar de ofício no inquérito policial. Vale dizer, a imposição de medidas cautelares de ofício no inquérito policial depende de requerimento, jamais podendo ser feita de ofício.

---

irrevogável relaciona-se apenas a aspecto 'formal', e que é o decurso do prazo máximo da custódia cautelar, de modo que não implicam qualquer avaliação relacionada com o pressuposto de "mérito", isto é, com a existência de necessidades cautelares. Portanto, nos eventos analisados c.d. direito à liberdade não só era apenas aparente - porque é baseada em um cálculo errado dos termos -, mas não foi relacionada a formas de protecção relacionadas com casos de coisa julgada, não só pela natureza incidental e peculiar do procedimento de liberdade, mas porque o direito em questão foi originado a partir de uma decisão estritamente «processual», meramente recognitiva do curso dos termos máximos da custódia cautelar - e ontologicamente marcado pela provisoriedade do julgamento.

[152] Neste sentido a posição de Mauricio Zanoide de Moraes "Contudo, a imposição legal de que o Juiz deva começar seu exame pelas medidas cautelares diversas da prisão não esgota a diretriz constitucional de atuacão judicial justificada e proporcional. Por esse influxo, dentre as medidas cautelares diversas da prisão, o julgador deverá iniciar seu exame da menos invasiva para a mais invasiva e, dentro da mesma diretriz, examinar a suficiência de aplicação de uma única medida e, apenas se isso for insuficiente, cumular duas ou mais medidas." MORAES, Maurício Zanoide de. *Análise judicial da prisão em flagrante...* cit., p. 97.

[153] Há, é claro, a exceção de natureza pré-cautelar consistente na prisão em flagrante. No entanto, esta exceção apenas confirma a regra mencionada de que as medidas cautelares pessoais somente podem ser impostas por força de decisão judicial. Esta regra geral de proteção da liberdade do indivíduo está prevista no artigo 5º, incisos LIV (ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal) e LXI (ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar definidos em lei).

Trata-se de regra claramente decorrente do sistema acusatório em que é buscado o afastamento do juiz da função de investigação ou acusação, restingindo a possibilidade de tomada de decisões relativas a cautelares pessoais de ofício.

Há, contudo, exceção: poderá o juiz atuar de ofício nas hipóteses previstas no artigo 310, II e III, do Código de Processo Penal: preso em flagrante, o juiz, caso a prisão seja legal, poderá conceder alguma das medidas cautelares alternativas à prisão ou, em último caso, decretar a prisão preventiva. Esta decisão é tomada pelo juiz de ofício sem que haja qualquer forma de pedido dirigido a ele e a hipótese excepciona a regra do § 2º do artigo 282 do CPP[154].

Esta exceção é justificada em virtude da análise necessariamente rápida e urgente que deve ser feita pelo magistrado da posição de encarcerado ou investigado. Com efeito, a Corte Interamericana de Direitos Humanos entende que esta restrição à liberdade deve, necessária e rapidamente, ser convalidada pela atuação do magistrado e, por isso, mostra-se mais adequada, já que veem como possível a atuação do juiz de ofício nestes casos.

Assim, segundo a letra do § 2º, do Código de Processo Penal, somente poderá ser imposta cautelar pelo juiz no inquérito policial por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

O legislador não estendeu a restrição de atuação de ofício ao juiz durante a fase processual. Neste caso, poderá o juiz determinar impor medidas cautelares de ofício ou a pedido das partes.

Aqui há interessante questão que demanda a flexibilização. Por partes devemos entender o órgão da acusação, aquele que encontra-se no pólo ativo da ação penal, ou seja, o Ministério Público e o querelante. A questão refere-se ao assistente de acusação. Teria o assistente de acusação legitimidade para pedir a imposição de medidas cautelares pessoais?

Da análise das disposições legais vislumbra-se, basicamente, quatro regras:

a) a do artigo 271 do Código de Processo Penal: "Ao assistente será permitido propor meios de prova, requerer perguntas às testemunhas, aditar o libelo e os articulados, participar do debate oral e arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público, ou por ele próprio, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598."

---

[154] Contudo, se a prisão em flagrante for ilegal não poderá o juiz, de ofício, decretar a prisão preventiva ou outra cautelar como ensina MAURICIO ZANOIDE DE MORAES: "Portanto, diante da ilegalidade da prisão em flagrante e da impossibilidade de decretação *ex officio* de qualquer medida judicial, deverá o juiz colocar em liberdade o preso sem impor-lhe qualquer condição, obrigação ou ônus. Em outros termos, ocorrida a hipótese do inciso I do citado art. 310 ('relaxar a prisão ilegal'), ao juiz é impossibilitado aplicar, de ofício, o previsto no inciso II ou a concessão de liberdade com fiança (parte do inciso III do mesmo dispositivo)." MORAES, Maurício Zanoide de. *Análise judicial da prisão em flagrante*... cit., p. 96.

b) a do artigo 282, § 2º do Código de Processo Penal: “As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.”

c) a do artigo 282, § 4º, do Código de Processo Penal: “No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (artigo 312, parágrafo único).”

d) a do artigo 311 do Código de Processo Penal: “Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.”

A análise de todos os artigos que tratam do tema deve ser feita de maneira conjunta. Embora boa parte dos poderes do assistente de acusação esteja prevista no artigo 271, do Código de Processo Penal, com a reforma de 2011, não se pode mais admitir que estejam previstos estes poderes em rol taxativo.

A análise das regras nos leva à compreensão de que é perfeitamente admissível ao assistente que peça a imposição de medidas cautelares em caso de descumprimento de cautelar anteriormente imposta. Isto decorre da regra do artigo 282, § 4º, do Código de Processo Penal.

Mais complicada é a questão referente ao pedido de medida cautelar feito pelo assistente de acusação. Aqui tem-se aparente contradição: de um lado temos a ausência de previsão desta possibilidade no artigo 282, § 2º. De outro lado temos a previsão do pedido de prisão preventiva pelo assistente no artigo 311 do do Código de Processo Penal.

Análise restritiva levaria à conclusão de que é possível ao assistente tão somente requerer a prisão preventiva do indiciado ou do réu, seja de maneira direta (artigo 311 do Código de Processo Penal) seja pelo descumprimento de outras medidas cautelares (artigo 282, § 4º, do Código de Processo Penal). Neste último caso, poderia também pedir a imposição de outras medidas cautelares em substituição. Ou seja, para esta análise restritiva, somente seria possível o pedido de cautelar diversa da prisão se fosse descumprida outra cautelar, jamais de maneira direta.

Esta posição, contudo, não parece coadunar com a melhor interpretação. Ora, se a prisão preventiva é a medida cautelar mais intensa e o assistente de acusação pode requerê-la diretamente, não parece ser razoável a admissão de que somente seja possível pedir diretamente

esta (mais intensa) e não aquelas outras (menos intensas). Aqui a razoabilidade não pode conduzir a outra opção ao intérprete.

Utilizando-se dos parâmetros de flexibilização desenvolvidos anteriormente (legalidade, proporcionalidade e razoabilidade) tem-se que a flexibilização, também, é admitida para que o assistente de acusação possa pedir a aplicação de medidas cautelares pessoais diversas da prisão.

4.3 – Flexibilização e cumulação das medidas cautelares

O Código de Processo Penal estabelece a possibilidade de cumulação de medidas cautelares segundo o disposto no artigo 282, § 5º. Neste mesmo dispositivo também é estabelecido o caráter provisório destas medidas, ao dispor que poderão as cautelares ser alteradas desde que haja alteração da situação fática.

Trata-se de modalidade de flexibilização legislativa dirigida ao juiz, que permite-o cumular as medidas cautelares previstas, ampliá-las ou reduzi-las conforme haja alteração na situação de fato.

As medidas cautelares pessoais submetem-se, assim, à chamada cláusula *rebus sic stantibus*. A análise da mudança fática ao longo do tempo é fundamental para que se compreenda adequadamente o sentido desta cláusula bem como sua extensão[155].

Como já dito, as medidas cautelares pessoais referem-se à restrição da liberdade do indiciado ou réu antes do trãnsito em julgado do processo. Para que haja esta restrição, há necessidade da presença de dois requisitos gerais, quais sejam, *fumus comissi delicti e periculum libertatis*[156].

---

[155] Esta ideia efetivamente é inerente a todas as medidas cautelares e a doutrina já se manifestava a seu respeito quando da análise da prisão preventiva: Como medida cautelar, a prisão preventiva é interina, destinada a expirar tão logo cessem os seus pressupostos ou venha a termo o processo principal. A sua provisoriedade e excepcionalidade interligam-se ainda à garantia de presunção de inocência de que gozam todos os suspeitos e acusados (artigo 5.º, LVII, da Constituição Federal). Eis aqui o encontro daquele duplo escopo em constante tensão no processo criminal: o direito do indivíduo a não ser privado de sua liberdade sem o devido processo legal, no qual exerça ampla defesa, e o direito da sociedade a um instrumento eficaz de combate à criminalidade. SILVA, Danielle Souza Andrade e. A temporalidade específica da prisão preventiva: um mecanismo de conciliação entre garantias individuais e efetividade no processo penal. *RBCCRIM*, v. 62, p. 197, São Paulo, RT, set. 2006.

[156] Há, é certo, autores que usam a terminologia *fumus boni iuris* e *periculum in mora* como é o caso de MARIAIVANA ROMANO, mas o utilizam no mesmo sentido de que falamos em *fumus ocmissi delicti e periculum libertatis "Gli instituti delle misure cautelari sono caratterizzati dalla finalità di garantire*

Duas são as análises que o magistrado deve fazer com relação às cautelares: a) em primeiro lugar, deve verificar a questão da intensidade das medidas. Aqui faz-se uma pergunta: há necessidade de uma ou mais medidas no caso concreto? b) em segundo lugar, imposta determinada medida cautelar, deve ser ela reavaliada conforme o decorrer do tempo e em conformidade com as mudanças que eventualmente operarem no mundo dos fatos[157].

No que se refere à intensidade, a escolha pelo magistrado de uma ou mais destas medidas cautelares deve ser pautada pelos parâmetros da legalidade, da proporcionalidade (indicados no artigo 282, I e II, do Código de Processo Penal) e da razoabilidade.

---

l'esecuzione della sentenza conclusiva del procedimento. Detta esigenza, gisutificata dalla impossibilità di dare al processo penale una immediata definizione, consiste nell'evitare, mediante l'applicazione di misure personali e patrimoniali, in forza delle quali si limita la libertà personale dell'imputato o la sua possibilità di disporre liberamentedei suoi beni materiali, che detto soggetto possa o alterare il quadro probatorio a su carico, o occultare i propi beni, onde evitarne l'utilizzo per il soddisfacimento di pretese civili conseguenti ad eventuali condanne. Dette misure, tuttavia, possono essere applicate solo in presenza di presupposti imprescndibil, quali il fumus boni iures e il periculum in mora. Per quanto riguarda il presupposto del fumus boni iuris, esso attiene alla concreta possibilità che sussista uno ius puniendi quale conseguenza della commissione di un fatto delittuoso certo, fonte di obblighi civili e razionalmentee attribuibile ad uma persona determinata. In relazione, invence, al presupposto del periculum in mora, esso afferisce al pericolo di fuga del soggetto imputato od al pericolo di occultamento patrimoniali da parte dello stesso, il cui rischio risulta, evidentemente, propporzionato alla gravità del reato contestato ed alla pena per esso prevista. Da qui, detto ultimo presupposto assume un aspetto quantitativo, nel senso che dovrà ritenersi l'inutilità dell'applicazione di uma misura cautelare, ove per il reato oggetto del procedimento in corso non siano previste pene detentive o si ritenga che, all'esito del processo, seppur condannato, l'imputato potrà beneficiare della sospensione della pena." ROMANO, Mariaivana. Il diritto alla libertà nell'ordinamento spagnolo procedimento penale e misura detentiva. *L'Indice Penale*, Nuova Serie, anno VIII, n. 3, p. 1188, Cidade, CEDAM, 2005. Em tradução livre: "Os institutos das medidas cautelares são caracterizados pelo fim de assegurar a execução da sentença que encerra o processo. Esta exigência, justificada pela impossibilidade de dar ao processo penal uma definição imediata, consiste em evitar, através da aplicação de medidas pessoais e da patrimoniais, que a pessoa possa alterar as provas, ou ocultar os seus bens, com o fim de impedir a sua utilização para a satisfação de ações cíveis decorrentes de eventuais condenações. Estas medidas, no entanto, apenas podem ser aplicadaa na presença de pressupostos imprescindíveis tais como o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Com relação ao requisito do fumus boni juris, que se refere à possibilidade real de que existe um direito de punir, como resultado da prática de um crime determinado, fonte de obrigações civis e razoavelmente atribuída a pessoa determinada. Em relação ao *periculum in mora*, é aferido com o risco de fuga do acusado ou o perigo de que tenha escondido ativos, este risco, é claro, é proporcionado pela gravidade do delito e pela pena para cominada ao crime. A partir daqui, esse último pressuposto assume um aspecto quantitativo, no sentido de que o pedido será considerado inútilse o delito em que o processo não prevê prisão ou considera-se que o resultado da processo, mesmo se condenado, o acusado terá direito à suspensão da pena."

[157] A este respeito manifesta-se a doutrina sobre o caráter transitório das cautelares no processo penal: "Provisionalidade. A prisão provisória apenas durará enquanto subsistam os motivos que a tenham ocasionado, pelo que, atento à cláusula *rebus sic standibus*, se variam as circunstâncias que determinaram sua imposição, o Juiz deve variá-la; como tal, é passível de revisão a qualquer momento do procedimento. A este respeito, é possível que se expeça mandado de comparecimento, outorgue liberdade provisória ou conceda liberdade incondicional, segundo os casos (vide, arts. 135º, *in fine*, CPP, 1991, 180º CPP, 1991 e 201º CPP, 1940). A ele se agrega um requisito específico: a temporalidade, reconhecido no art. 137º, CPP, 1991, modificado pelo Decreto-Lei nº 25.824, de 9 de novembro de 1992. Em virtude dele, segundo a gravidade do delito e o procedimento que tenha assinalado, fixam-se prazos predeterminados, a cujo vencimento o Juiz deve pôr em liberdade o processado." CASTRO, Carlos Eugênio San Martín. *A privação cautelar da liberdade no processo penal peruano.* In: AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal e estado de direito*. Campinas: Edicamp.

A legalidade, neste tema não encontra grande discussão, na medida em que trata-se de flexibilização legal, portanto, é decorrente de opção feita pelo próprio legislador e também por não haver violação dos direitos fundamentais.

O parâmetro da proporcionalidade serve à dupla função: permite analisar tanto a necessidade de imposição de medida cautelar como a necessidade de cumulação das medidas cautelares.

Não só a imposição das medidas cautelares mas também sua cumulação deve obedecer à proporcionalidade, lembrando sempre que a cumulação das cautelares implica em aumento da restrição da liberdade e, pelo fato da liberdade plena ser a regra, a cumulação de medidas cautelares pessoais e mesmo a aplicação da cautelar pessoal mais restritiva, tem caráter excepcional.

4.3.1 – Flexibilização judicial, cumulação de medidas cautelares e prisão preventiva

As medidas cautelares previstas no artigo 318, do Código de Processo Penal, representam uma alternativa à prisão preventiva. São, portanto, um *minus* em relação à ela. Daí porque, em princípio, são incompatíveis com a prisão preventiva, que representa a cautelar mais intensa dentre o rol das possíveis medidas. No entanto, a flexibilização do processo pode justificar a adoção das medidas alternativas em cumulação com a prisão preventiva.

Há medidas cautelares previstas no artigo 318, do Código de Processo Penal, que são incompatíveis com a prisão preventiva dada sua própria natureza. Se o acusado estiver preso, não é possível a cumulação com as medidas cautelares previstas nos incisos I, II, IV, V, VII e VIII do artigo 319, do Código de Processo Penal, dada a incompatibilidade ontológica destas medidas com a prisão. Restam, no entanto, as medidas dos incisos III, VI e IX. Estas medidas, aprioristicamente, não são incompatíveis com a prisão preventiva e podem ser admitidas com a observância dos parâmetros da flexibilização.

No caso da medida prevista no inciso III (proibição manter de contato com pessoa determinada), o fato de estar preso preventivamente não impede, por exemplo, que o preso continue mantendo contato com a pessoa da qual foi afastado, por exemplo, pelo envio de correspondência. Assim, é possível que esta cautelar continue incidindo mesmo em caso de prisão preventiva.

Resta uma dúvida: neste caso, qual a consequência do descumprimento desta medida? Uma primeira posição poderia ver simplesmente impossibilidade de tomada de qualquer medida em caso de descumprimento. No entanto, não há necessidade de sanção por eventual descumprimento da medida, bastando simplesmente que sejam implementadas medidas para sua efetivação, como o controle da correspondência do preso, por exemplo.

O mesmo vale para a medida do inciso VI, consistente na hipótese do réu que ameace testemunhas e tenha sua prisão preventiva decretada por conveniência da instrução criminal. Imagine-se que anteriormente já houvesse sido, por qualquer outro motivo, imposta a medida do inciso VI. Neste caso, a prisão preventiva do réu não faria cessar, automaticamente, o afastamento da função. Caso houvesse a revogação automática da prisão preventiva, haveria, então, a possibilidade de, dentro da prisão, o réu voltar a praticar todas as condutas que levaram à imposição da medida de afastamento da função.

Novamente aqui se impõe a questão do descumprimento da medida e sua sanção e de novo a solução há de ser a mesma. Caso o réu passe, de dentro da prisão a praticar as condutas que geraram o afastamento da função, então deverá o magistrado tomar medidas outras que efetivem o cumprimento de sua decisão de afastamento.

Quanto à medida disposta no inciso IX do artigo 319 do Código de Processo Penal tem-se que fazer uma distinção técnica. Evidentemente não se mostra adequada a ideia de que a monitoração eletrônica seja compatível com a prisão preventiva. No entanto, não podemos excluir aprioristicamente, a possibilidade da composição desta medida com a prisão domiciliar (medida substitutiva da prisão preventiva). Imagine-se, por exemplo, que tenha sido decretada a prisão preventiva por conveniência da instrução criminal e por garantia de aplicação da lei penal. Caso o réu preencha os requisitos do artigo 318 do Código de Processo Penal, deverá ser substituída a prisão preventiva pela prisão domiciliar e, ante um possível risco de fuga, poderá ser imposta a monitoração eletrônica. Inclusive, mostra-se baixa a possibilidade de descumprimento da medida nesta situação, vez que a vigilância da monitoração eletrônica provavelmente impedirá a fuga do réu.

Sejam cumuladas ou não as medidas cautelares pessoais, o fato é que o decurso do tempo forçosamente irá influenciar na manutenção, alteração ou mesmo revogação das medidas impostas. Este é o motivo pelo qual fala-se que as medidas cautelares obedecem à cláusula *rebus sic stantibus*.

O próprio Código de Processo Penal estabelece a obrigatoriedade de revisão das medidas cautelares pessoais no decorrer do tempo ao determinar que na sentença penal condenatória o magistrado, obrigatoriamente, deve rever a manutenção, imposição ou mesmo

alteração destas medidas, conforme dispõe o § 1º do artigo 387. Este dever também é estendido para as hipóteses de acórdãos condenatórios, uma vez que não há que se falar em expedição automática de mandado de prisão pela ausência de efeito suspensivo do recurso extraordinário ou especial por força do princípio constitucional da presunção de inocência.

Esta possibilidade de modificação com imposição, alteração ou mesmo revogação é característica essencial das medidas cautelares pessoais. Tal mutabilidade aponta para mais um componente flexibilizador de tais medidas. A necessidade do estabelecimento de marcos temporais claros para a avaliação e reavaliação pelo magistrado.

Da mesma forma que a prisão, as medidas cautelares pessoais diversas da prisão constituem-se em limitação da liberdade do indivíduo antes do trânsito em julgado e, por isso, não podem prolongar-se de maneira indefinida no tempo.

A tendência natural é que não se veja a restrição da liberdade sem prisão da mesma forma que a resultante da prisão. No entanto, as medidas cautelares pessoais menos graves, também ostentam caráter cautelar e, portanto, não podem perdurar indefinidamente antes do trânsito em julgado. O prolongamento indevido do processo no tempo irá gerar, forçosamente, a revogação da medida cautelar imposta.

4.4 – Flexibilização judicial e prisão em flagrante

A prisão em flagrante é uma das espécies de prisão processual. Trata-se de prisão que não depende de ordem judicial e, bem por isso, a Constituição Federal e o Código de Processo Penal preveem que seja cercada de uma série de formalidades de observância obrigatória. O desrespeito a estas formalidades é causa de nulidade da prisão em flagrante, passível de justificar seu relaxamento. A observância das formalidades legais previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, para a prisão em flagrante, representam uma forma de proteção do indivíduo contra o abuso do Estado[158].

[158] Neste sentido afirma VICTOR MORENO CATENA sobre a importância das formalidades que "La retención policial consiste en la pura y simple privación de libertad de una persona, generalmente para proceder a su identificación, diligencia que en no pocas ocasiones suele prolongarse durante bastantes horas. No cabe seriamente poner en duda que los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado tienen la facultad de solicitar a cualquier persona que acredite su identida como consecuencia de sus deberes constitucionales de protección del libre ejercício de los derechos y libertades y garantia de la seguridad ciudadana (art. 104, II, y ese sometimiento a las normas de policia no puede reputarse ilegítimo, del mismo modo que tampoco podría calificarse así el sometimiento del conductor de un vehículo a una prueba de alcoholemia, siempre que existiera una norma habilitante según se ha dicho. Tales consideraciones, sin embargo, no puede hacerse extensivas a la figura de la retención de una persona en los casos en que se dilata largo tiempo, so pretexto de ser identificada: y ello es así porque entonces estamos ante una verdadera y propia detención, que debe tanto

A concretização da prisão em flagrante é dividida em uma série de atos e a cada um deles há direitos especificamente atribuídos. Assim, normalmente a prisão em flagrante é decomposta em: a) captura; b) condução coercitiva; c) lavratura do auto de prisão em flagrante; d) recolhimento ao cárcere e e) comunicação e remessa do auto de prisão em flagrante ao juízo competente.

A Constituição Federal prevê, no artigo 5º, incisos LXII, LXIII e LXIV os direitos assegurados ao preso em flagrante: o direito de comunicação da prisão ao familiar do preso ou a pessoa por ele indicada, o direito ao silêncio e o direito à identificação dos responsáveis pela prisão. O direito ao silêncio, por exemplo, incide desde o momento da captura. Já os demais direitos são aplicados quando da lavratura do auto de prisão em flagrante.

Após a lavratura do auto de prisão em flagrante, o Código de Processo Penal determina em seu artigo 306 que sejam feitas comunicações diversas[159]. Assim, em até 24 horas deve o preso receber a nota de culpa[160], deve ser encaminhada cópia do auto de prisão em flagrante

---

responder a los fines como arroparse de todas las garantías prevenidas en la Constituición." CATENA, Víctor Moreno. *Garantía de los derechos fundamentales*... cit., p. 127-128. Em tradução livre: "A retenção policial consiste na pura e simples privação de liberdade de uma pessoa, geralmente para proceder a sua identificação, diligência que em não poucas ocasiões costuma se prologar durante muitas horas. Não cabe seriamente por em dúvida que os corpos e forças de segurança do Estado têm a faculdade de solicitar a qualquer pessoa que credite sua identidade como consequência de seus deveres constitucionais de proteção do livre exercício dos direitos e liberdades e garantia da segurança cidadã (art. 104, II), e essa submissão às normas de polícia não pode ser reputada ilegítima, do mesmo modo que tampouco poderia qualificar-se assim a submissão do condutor de um veículo a um exame de alcoolemia, sempre que existisse uma norma habilitante que o estabeleça. Tais considerações, sem embargo, não podem ser extensivas à figura da retenção de uma pessoa nos casos em que se dilata largo tempo, sob o pretexto de ser identificada: e é assim porque então estamos diante de uma verdadeira e própria detenção, que deve tanto responder aos fins como agasalhar-se de todas as garantias previstas na Constituição."

[159] Trata-se da chamada detenção imputativa como ensina CARLOS EUGENIO SAN MARTIN CASTRO: "§ 1º – Denomina-se detenção imputativa, seguindo-se MORENO CATENA, toda privação de liberdade deambulatoria de duração muito breve, determinada pela autoridade judicial ou Polícia Judicial, nos casos previstos legalmente e que tem como única finalidade assegurar a pessoa do presumido responsável de uma infração penal investigada. Suas notas características são as seguintes: tem um caráter preventivo – em função do prazo e de seu objeto; constitui uma situação de efetiva privação de liberdade deambulatoria; e, é uma verdadeira medida cautelar, ao basear-se na imputação de uma infração criminal, ao impor-se unicamente ao sujeito reputado responsável da mesma e ao estar pré-ordenada em função à incoação de um processo penal para garantir a futura aplicação do *ius puniendi*." CASTRO, Carlos Eugênio San Martín. *A privação cautelar da liberdade*... cit., p. 54).

[160] MARTA CRISTINA CURY SAAD GIMENES bem esclarece a importância da defesa técnica para a prisão em flagrante "Se o acusado é preso em flagrante, a imediata Intervenção do advogado guarda especial importância, a fim.de pleitear o relaxamento da prisão' ilegal ou a liberdade provisória, com ou sem fiança, garantindo, por meio de instrumentos legais, tais como petição endereçada à autoridade judiciária competente ou *hábeas corpus*, o necessário insurgimento contra a infundada supressão de liberdade. Tudo isso, por certo, diz-se em favor da proteção efetiva da liberdade, Mas não é só. Do ponto de vista da sociedade, cujo fim último é a paz pública, e como tal interessada apenas na condenação do sujeito efetivamente culpado, deve-se notar que o exercício do direito de defesa por parte do indiciado, e a própria atuação do defensor, no inquénto policiai, podem contribuir para que não sejam aforadas acusações infundadas, apressadas, temerárias e até caluniosas. Pelas mesmas razões, mas em plano secundário, em decorrência da provável redução do número de processos criminais em andamento, advinda do afastamento de acusações desnecessárias, pode-se dizer que o Poder Judiciário também poderá funcionar de forma mais eficaz". GIMENES, MARTA CRISTINA CURY

ao juiz competente e, caso o autuado não informe o nome de seu defensor, será encaminhada cópia integral à Defensoria Pública.

Exemplo de flexibilização possível da prisão em flagrante pode dar-se com relação ao prazo de comunicação de até 24 horas, como já mencionado, em situações excepcionais. A regra, como já dito, é a observância do modelo legal, mas admitindo-se flexibilização em situações excepcionais podem justificar o alongamento deste prazo.

O termo inicial das 24 horas dá-se a partir da captura. Efetivada a restrição da liberdade do acusado a regra é que seja esta comunicação feita nas primeiras 24 horas[161]. A partir do momento em que a liberdade do indivíduo é restringida passam a incidir as garantias constitucionais acima mencionadas[162]. No entanto, há situações em que este comando pode ser flexibilizado a fim de que se possa, até mesmo, garantir maior incidência da proteção constitucional ao indivíduo detido.

A excepcionalidade aqui liga-se à complexidade da causa a qual pode se manifestar de variadas formas. Uma delas pode resultar do excesso de pessoas presas em flagrante em um único caso. Outra dificuldade, é inerente à própria situação de materialidade do delito, como ocorre no caso em que o indivíduo é preso em flagrante com a droga dentro de si, o que torna inicialmente inviável a observância do prazo de 24 horas.

A Corte Europeia de Direitos Humanos já teve oportunidade de analisar situação similar em que era ré a Alemanha. O caso refere-se a Abu Bakah Jalloh, nascido em Serra Leoa, em 1965 e que vivia em Koln, Alemanha. Este caso ocorreu em 29.10.1993, tendo sido a Alemanha condenada ao pagamento de 15.686 Euros por violação dos artigos 3º e 6º, § 1º, da Convenção Européia de Direitos Humanos.

SAAD. Defesa técnica dos presos em flagrante delito. *Boletim IBCCRIM* 173, São Paulo, IBCCRIM, abr. 2007.

[161] MARTA CRISTINA CURY SAAD GIMENES ensina: "Não existe prazo para a captura em flagrante, porque a flagrância depende de perseguição ininterrupta, que pode se estender no tempo. A lavratura do auto de prisão em flagrante delito, contudo, deve ocorrer dentro do prazo de 24 (vinte e quatro) horas, contado da apresentação do preso à entrega da nota de culpa (artigo 306, § 2º, do CPP) e ao encaminhamento da peça ao juiz competente e à Defensoria Pública, caso o preso não informe o nome do seu advogado (art. 306, § lº, do CPP)." GIMENES, MARTA CRISTINA CURY SAAD. *Direito ao silêncio na prisão em flagrante.* In: MALAN, Diogo; PRADO, Geraldo (coord.). *Processo penal e democracia*: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 434.

[162] A prisão em flagrante possui requisitos muito específicos, quais sejam "Imediatismo temporal: a dizer, que se esteja cometendo um delito ou que haja sido cometido instantes antes; Imediatismo pessoal: consistente em que o delinquente se encontre ali nesse momento em situação tal com relação ao objeto ou aos instrumentos do delito e que isto ofereça uma prova de sua participação no feito; e, Necessidade urgente: de tal modo que a polícia, pelas circunstâncias concorrentes ao caso concreto, veja-se impelida a intervir imediatamente com o duplo fim de pôr termo à situação existente, impedindo em todo caso a possível propagação do mal que a infração penal acarreta, e de conseguir a detenção do autor dos fatos." CASTRO, Carlos Eugênio San Martín. *A privação cautelar da liberdade...* cit., p. 63.

Policiais prenderam o Sr. Jalloh por suposto tráfico de drogas após terem visto o suspeito engolindo pequenos sacos que conteriam droga. Tendo em vista que nenhuma droga fora encontrada com ele, o Ministério Público alemão ordenou que os médicos ministrassem remédios que fizessem-o regurgitar a droga.

Jalloh recusou-se a tomar a medicação, de forma que os policiais forçaram sua ingestão: enquanto o seguravam, um médico introduziu um tubo por seu nariz que o faria regurgitar o conteúdo havido em seu estômago, o que efetivamente ocorreu. Verificaram, então, que ele possuía no interior de seu estômago um saco plástico contendo 0,2182 g. de cocaína. Em 23.03.1994, foi Jalloh condenado à pena de 1 ano por tráfico de drogas, não tendo obtido êxito na reclamação constitucional feita perante o BVG.

Posteriormente, foi apresentada reclamação perante a CEDH que acabou por condenar a Alemanha e do voto extrai-se o seguinte trecho[163]:

> "A Convenção não impede, em princípio, o uso da força de intervenção médica capaz de fazer avançar a investigação de uma infracção, mas qualquer

[163] Disponível em: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=3&portal=hbkm&action=html&highlight=jalloh&sessionid=54888479&skin=hudoc-in-en> Acesso em: 20.11.2012. Texto original e integral: "*La Convention n'interdit pas, en principe, le recours à une intervention médicale de force susceptible de faire progresser l'enquête sur une infraction, mais toute atteinte portée à l'intégrité physique d'une personne en vue de l'obtention d'éléments de preuve doit donner lieu à un examen rigoureux. Certes, il faut tenir compte des problèmes que rencontrent les Etats dans leur lutte pour protéger leurs sociétés des maux que provoque l'afflux de drogue. Cependant, il était clair en l'espèce, avant que la mesure litigieuse n'ait été ordonnée et mise en œuvre, que le trafiquant de rue auquel elle était appliquée conservait les stupéfiants dans la bouche et ne procédait donc pas à la vente en grandes quantités, comme en témoigne d'ailleurs la peine qui lui a été infligée par la suite. Il n'est donc pas établi que l'administration de force d'un émétique était indispensable en l'espèce pour obtenir les preuves ; les autorités de poursuite auraient pu simplement attendre l'élimination de la drogue par les voies naturelles, méthode que de nombreux autres Etats membres du Conseil de l'Europe appliquent pour enquêter en matière d'infractions à la législation sur les stupéfiants. Par ailleurs, les parties et les experts sont en désaccord sur le caractère dangereux ou non que représente l'administration d'un émétique. On ne saurait affirmer que cette méthode, qui a déjà entraîné la mort de deux personnes en Allemagne, ne comporte que des risques négligeables pour la santé. Du reste, dans la plupart des Länder allemands et dans une grande majorité au moins des autres Etats membres du Conseil de l'Europe, les autorités s'abstiennent de recourir à l'administration de force d'un émétique, ce qui donne à penser que cette mesure est perçue comme comportant des risques pour la santé. Quant à la façon dont l'émétique a été administré, force est de constater que le requérant a été immobilisé par quatre policiers, ce qui indique l'usage d'une force proche de la brutalité. On lui a posé une sonde nasogastrique pour vaincre sa résistance physique et mentale, ce qui a dû être douloureux et angoissant pour lui. Il a ensuite subi un acte d'intrusion physique supplémentaire contre sa volonté puisqu'on lui a injecté un autre émétique. Il y a lieu de tenir compte également de la souffrance mentale qu'il a endurée en attendant que la substance produisît ses effets, tout en étant immobilisé et maintenu sous surveillance. Il a dû être humiliant pour lui d'être forcé de régurgiter dans ces conditions, en tout cas bien plus qu'en cas l'élimination des stupéfiants par les voies naturelles. En ce qui concerne la supervision médicale, la mesure litigieuse a été mise en œuvre par un médecin dans un hôpital. Cependant, étant donné que le requérant a opposé une résistance vigoureuse, qu'il ne parlait pas l'allemand et s'exprimait uniquement dans un mauvais anglais, il y a lieu de supposer qu'il ne pouvait ou ne voulait pas répondre aux questions du médecin ou se soumettre à un examen médical.*"

> interferência com risco para a integridade física de uma pessoa para a obtenção de provas deve conduzir a análise detida. Certamente, devemos levar em consideração os problemas enfrentados pelos Estados em sua luta para proteger a sociedade dos males que provoca o fluxo de drogas (...). (...) Portanto, não está demonstrado que a administração de um emético à força foi necessário, ante as circunstâncias, para obter as provas, as autoridades judiciais poderiam simplesmente esperar pela eliminação da droga por meios naturais... Além disso, as partes e os peritos discordam quanto à natureza perigosa ou não da administração de um emético. Não se pode dizer que este método, que já resultou na morte de duas pessoas na Alemanha, tenha apenas um risco insignificante para a saúde. Além disso, na maioria dos estados alemães e, pelo menos, a maioria dos outros Estados membros do Conselho da Europa, as autoridades se abstém de recorrer à força da administração de um emético, o que sugere que esta medida é vista como perigosa para a saúde."

Depreende-se deste julgado, em que foram utilizados parâmetros de razoabilidade e de proporcionalidade, que não se pode forçar a ingestão de medicamento que induza o preso a expelir a droga, em especial quando há risco de morte.

Nestas situações, os parâmetros de flexibilização não justificam que o juiz possa ampliar o prazo de 24 horas estabelecido pelo Código, de forma que somente seria contado o termo inicial a partir do momento em que for expelida a droga.

No primeiro caso, em que há excesso de testemunhas, há outra medida que produz resultado de igual intensidade e que viola menos os direitos fundamentais: trata-se de ouvir apenas algumas testemunhas e deixar as demais para serem ouvidas no inquérito. Portanto, não é possível a flexibilização neste caso na medida em que fere o princípio da proporcionalidade notadamente o subprincípio da necessidade.

Já no segundo caso, não é possível forçar a ingestão de medicamento para fazer com que a droga seja expelida. Nesta hipótese melhor se afigura que seja lavrado o flagrante e que se aguarde que a droga seja expelida naturalmente ou que haja necessidade de intervenção médica. O princípio da proporcionalidade, notadamente o subprincípio da adequação conduz a esta conclusão.

4.5 – Flexibilização e Prisão Preventiva – Descumprimento de medidas cautelares pessoais

A prisão preventiva encontra sua regulamentação nos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal. Houve profunda mudança na sistemática da prisão preventiva com o advento de novas restrições e de limitações anteriormente inexistentes no texto legal[164].

O cabimento da prisão preventiva está previsto nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal. Historicamente, o Código de Processo Penal sempre demandou a presença combinada destes artigos.

Assim, deve haver a presença dos dois requisitos da parte final do artigo 312, ou seja, indícios suficientes de autoria e prova da materialidade. Também deve haver a presença de um dos fundamentos constantes do artigo 312, ou seja, garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. Este artigo 312 deveria ser combinado com um dos requisitos constantes do artigo 313 do mesmo Código.

Com a alteração, a redação do artigo 313 do Código de Processo Penal agora dispõe:

> "Nos termos do artigo 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II – se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do *caput* do art. 64 do Código Penal; III – se o crime envolver violência doméstica e

[164] Há autores que veem inconstitucionalidade na prisão preventiva é certo, mas nos afastamos do posicionamento destes autores. Veja-se a posição de MARTÍN ALEJANDRO SÁNCHEZ: "*Concluyendo: de la Constituición Nacional no podemos deducir un reconocimiento expreso al instituto de la prisión preventiva y, analizada la problemática a la luz del art. 18, in fine, del texto constitucional, el caráter de pena se deducirá de cualquier privación de la libertad. Por lo tanto, siendo lo aflictivo la pérdida de la libertad, cualquiera que se imponga com anterioridade a la producción de un juicio previo del que se derive una sentencia firme será inconstitucional, puesto que de las infundadas privaciones de la libertad es que la garantia del juicio previo nos intenta proteger. Ahora bien, el juicio previo es la otra cara del estado de inocencia. Por ello, la pregunta que siempre se impone es la que formulara Manzini: 'Y, em fin, ¿de que inocencia se trata?... Y entonces, ¿por qué no se aplica ele principio con todas sus lógicas consecuencias? ¿Por qué no se abole la prisión provisional*?' (SÁNCHEZ, M. A. Inconstitucionalidad de la prisión preventiva. In: CHIARA DÍAZ, C. A., e HORACIO, D. Garantías, medidas cautelares e impugnaciones en el proceso penal. Rosario - Argentina: Editorial Jurídica Nova Tesis, 2005, p. 482). Em tradução livre: "Concluindo: da Constituição Nacional não podemos deduzir um reconhecimento expresso ao instituto da prisão preventiva e, analisada a problemática à luz do art. 18, in fine, do texto constitucional, o caráter da pena se deduzirá de qualquer privação da liberdade. Portanto, sendo o aflitivo a perda da liberdade, qualquer que se imponha com anterioridade à produção de um juízo prévio de que derive uma sentença firme será inconstitucional, pois que das infundadas privações da liberdade é que a garantia do juízo prévio tenta nos proteger. Isto dito, o juízo prévio é a outra cara do estado de inocência. Por ele, a pergunta que sempre se impõe é a que formulou Manzini: "E, enfim, de que inocência se trata?... E então, por que não se aplica o princípio com todas suas lógicas consequências? Por que não se abole a prisão provisória?"

> familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência."

O parágrafo único do artigo 312 estabelece que a prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). Discute-se se há necessidade de combinação deste dispositivo com o contido no artigo 313 do Código de Processo Penal, notadamente no caso do inciso I.

Trata-se de saber se o descumprimento de medida cautelar diversa da prisão para os casos que envolvam crimes com pena menor do que quatro anos poderá gerar a prisão preventiva[165].

Primeira posição lê o artigo 313, I como óbice intransponível para o decreto de prisão preventiva, assentindo que jamais poderá ser transposta a barreira limite de quatro anos para o decreto de prisão preventiva, salvo nas hipóteses dos incisos II e III.

Neste sentido temos a posição de Gustavo Badaró ao afirmar "Assim como a prisão preventiva originariamente decretada **somente será cabível nas hipóteses do artigo 313 do CPP**, isto é, em regra, para os crimes dologos punivos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos (inciso I), também a prisão preventiva decretada em substituição à medida alternativa à prisão (artigo 312, parágrafo único) somente será cabível nas hipóteses do artigo 313 do CPP"[166].

Argumentam os defensores desta posição que o limite é barreira instransponível para o magistrado, também ao argumento de que este é o limite para a conversão em pena restritiva de direitos. Desta forma, se a substituição por pena restritiva de direitos é cabível, então não haveria qualquer forma de *periculum libertatis* a justificar a decretação da prisão preventiva.

A segunda posição entende ser possível o decreto da prisão preventiva como última e excepcional hipótese. Neste sentido afirma ANDREY BORGES DE MENDONÇA

> "Em síntese, entender necessária a conjugação da prisão preventiva substitutiva (art. 282, parágrafo 4, cc o art. 312, parágrafo único) com as

[165] Esta questão liga-se, a problema central do processo penal hoje que consiste na tentativa de conciliar segurança e efriciência do processo penal com liberdade individual como demonstra Andréia Soltoski "O problema capital da nossa época continua a ser conciliar a exigência da sociedade com a liberdade individual. Infelizmente, grande parte da sociedade ainda tem em mente que o único remédio para as atrocidades do mundo do crime é o encarceramento, consequentemente a prisão preventiva vem sendo utilizada como arma no combate à criminalidade. É correto que cabe ao Estado a repressão da criminalidade, da forma mais eficiente possível, contudo, dentro dos limites em que o permita a justiça, sem nenhuma espécie de favoritismo. (SOLTOSKI, A. A prisão preventiva como *ultima ratio* das medidas processuais. *Justiça e Sistema Criminal*, FAE Centro Universitário, v. 2, nº 3, , p. 196, Jul/Dez 2010).

[166] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier: 2012, p. 739.

> condições de admissibilidade do art. 313 seria decretar a completa inefetividade das medidas alternativas à prisão e, sobretudo, a completa desproteção aos bens jurídicos e valores indicados no art. 282, inc, I, sempre que a pena fosse igual ou inferior a quatro anos e não estivessem presentes quaisquer das estritas exceções do art. 313 do CPP"[167].

Os parâmetros de flexibilização do processo apresentados anteriormente permitem admitir a possibilidade de decretação da prisão preventiva como última hipótese[168].

A prisão preventiva é a última medida cautelar a ser utilizada dentro de um processo. O próprio legislador já estabeleceu este critério no artigo 282, parágrafo sexto do Código de Processo Penal: A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

Vale dizer, em caso de descumprimento de alguma das medidas cautelares impostas não poderá ser decretada a prisão preventiva automaticamente. Deve o magistrado, como primeira opção, impor outras medidas cautelares pessoais em cumulação ou substituição nos termos do artigo 282, parágrafo 4, do CPP: no caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

---

[167] MENDONÇA, Andrey Borges. Prisão e outras medidas cautelares pessoais. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2011, p. 295.

[168] Como última hipótese, registre-se. É sabido por todos os males que o uso de conceitos indeterminados causam à prisão preventiva, daí porque deve seu uso se restringido no processo. Odone Sanguiné ensina a este respeito que "A indeterminação de conceitos como "circunstâncias do fato", "alarma social" ou "frequência de fatos análogos", que no final de contas se reduzem a uma valoração conforme a maiorou menor atenção que o presumido delito tenha tido na imprensa, impeliu a que na prática judicial se tenha feito em alguns casos um uso irrefletido da prisão preventiva. O discurso jurídico costuma enquadrar no indeterminado e incontrolável conceito de ordem pública uma gama de finalidades que, em realidade, não são cautelares, mas sim claramente punitivas, isto é, de pena ou medida de segurança antecipada (*v.g.*, exemplaridade, sentimento de justiça da sociedade, alarma social, periculosidade dos agentes, etc.), supondo, por conseguinte o reconhecimento antecipado da culpabilidade do imputado, com violação da presunção de inocência. Como constatou o "Informe final del Instituto Interamericano de Derechos Humanos", coordenado por Zaffaroni, "na análise das disposições concernentes à liberdade provisória, se observa claramente que a prisão preventiva tende a responder a critérios de pena e não aos de uma mera medida cautelar: perigosidade, alarma social, frequência e classe de delito etc. Isso revela que sua função é punitiva inclusive nos textos legais. Aqui o próprio discurso jurídico o diz por muito que a doutrina queira dissimulá-lo". Por conseguinte, o clamor público deve ser erradicado como fundamento para a prisão preventiva ou para denegar a liberdade provisória porque a privação da liberdade teria finalidade de antecipar a pena, o que resulta inconstitucional à luz dos direitos fundamentais da presunção de inocência, proporcionalidade e devido processo legal. (SANGUINÉ, O. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. In: SHECAIRA, S. S., Estudos Criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva. São Paulo: Editora Método, 2001, p. 273).

Os parâmetros de flexibilização permitiriam o afastamento da limitação do artigo 313, I, do CPP, de forma que poderá a prisão preventiva ser decretada independentemente da quantidade de pena cominada.

O sistema processual penal não pode admitir completa ineficácia. Nesse sentido fala-se em caráter instrumental da prisão preventiva como afirma Carlos Eugênio San Martín Castro

> "Na medida em que o transcurso do tempo necessário para a realização dos atos processuais de investigação, ajuizamento e sanção, possa por em perigo o exito do processo de declaração e/ou de execução, o Juiz está autorizado a limitar a liberdade pessoal do imputado, sob parâmetros estritamente configurados de direta relevância constitucional (medida cautelar que, por afetar o direito à liberdade e à presunção de inocência, incide sobre a pessoa que a padece). A prisão preventiva, portanto, persegue garantir o normal desenvolvimento do processo e, obviamente, a eficaz aplicação do *ius puniendi*, que é precisamente a nota de instrumentalidade que o configura como meio para alcançar essa dupla finalidade, sua adoção depende da concorrência de uma possível imputação. Esta última nota, da mesma forma que a provisionalidade, como enfatiza Moreno Catena, além de reconhecer a extraordinária semelhança que a prisão preventiva tem com as penas de privação de liberdade, é o que, de um ponto de vista jurídico processual, permite diferenciá-la claramente delas." [169]

Assim, tratando-se de caráter excepcional, poderá ser aplicada a prisão preventiva para crimes com pena máxima menor do que 4 anos e fora das demais hipóteses do artigo 313 do Código de Processo Penal.

A legalidade não veda, na medida em que não se trata de espaço proibido pelo legislador ou mesmo de vedação pelo Supremo Tribunal Federal ou pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Da mesma forma a proporcionalidade e seus elementos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito também geram o mesmo resultado: possibilidade de prisão preventiva como última hipótese.

Por fim, quanto à razoabilidade, a decisão que decreta a prisão preventiva, como última hipótese, esgotadas todas as demais possibilidades não se mostra desarrazoada.

---

[169] CASTRO, C. E. S. M. A Privação Cautelar da Liberdade no Processo Penal Peruano. In: AMBOS, K., e CHOUKR, F. H. Processo Penal e Estado de Direito. Campinas: Edicamp, p. 113.

4.6 – Flexibilização e medidas cautelares diversas da prisão: Noções gerais

O sistema processual atual prevê dois tipos genéricos de medidas: de um lado tem-se as medidas substitutivas da prisão preventiva e, de outro, as medidas alternativas da prisão preventiva.

A medida substitutiva, como se depreende do próprio nome, substitui a prisão preventiva decretada. Vale dizer, apenas haverá sua incidência como forma de substituição de prisão preventiva e não de maneira autônoma. No caso brasileiro temos a hipótese do artigo 318 do Código de Processo Penal, ou seja, a prisão domiciliar.

Vale ressaltar que no caso das medidas cautelares alternativas à prisão preventiva não será decretada a prisão preventiva. Ela não chegará a ser alcançada, sendo suficiente a adoção de outras medidas cautelares pessoais menos intensas do que a prisão. Neste último caso pode-se usar a imagem de uma escada em que o último degrau é a prisão preventiva. As medidas cautelares pessoais encontram-se nos degraus anteriores e, por isso, representam alternativa à prisão preventiva: não se chegando a decretá-la[170].

---

[170] A doutrina reconhece o caráter taxativo destas medidas alternativas à prisão como se vê da lição de MARIA DEL PILAR CAVALERO: "*El imputado se encuentra amparado por este estado de inocencia, propio del ámbito penal, sin necesidad de acreditarlo. Por el contrario, será el acusador quien deba destruirlo en el proceso para poder someter ai inculpado a Ia coerción material de la pena. Esta declamación, consecuencia de Ia reacción producida contra la inquisición, ha sido incorporada a nuestra Constitución Nacional (art.75, inc. 22), y a quê el artículo 11, párrafo lº de la Declaración Universal de Derechos Humanos reza: 'toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocência mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley en juicio público en el que se hayan a segurado todas las garantias necesarías para su defensa'. Así las cosas, podemos notar que esto también guarda relación con la garantia del juicio prévio, amparada por nuestra carta magna, em su artículo 18. En el supuesto de que no existiese el reconocimiento expreso al derecho en cuestión, la situación no variaria de la actual, ya que el principio de inocência o presunción de inculpabilidad surgiria de la forma republicana de gobierno y del espíritu de nuestras instituciones (art. 33 CN). Por lo tanto, podemos afirmar que el encartado goza de la misma situación jurídica que un inocente. El positivismo jurídico, sin embargo, considero absurda a esta garantia, al menos en los siguientes supuestos: confesión, delito en flagreancia, delincuentes habituales, reincidentes o por tendencia. Para los adeptos a esta corriente la hipótesis sólo resultaria admisible ante los delincuentes ocasionales, considerando quê la afirmación seria de esta "presunción de inocência" imposibilitaría la persecución y el procedimiento penal. Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, no se puede sostener que deba eliminarse toda posibilidad de coerción estatal/incluso sobre la misma persona del imputado, durante el procedimiento de persecución penal, entendiendo a la coerción estatal como el empleo del poder del Estado, acordado por la ley, que conculca o restringe ciertas libertades o facultades de las personas, para lograr un fin determinado. Así las cosas, el Estado podrá detener a una persona y manténerla en esta situación durante todo el procedimiento penal, en forma preventiva, cuando se den los requisitos establecidos por la ley procesal. Sin embargo, este encarcelamiento preventivo deberá justificarse en cada caso, ya que el imputado, en principio, hasta tanto sea condenado como autor de un delito/gozará del derecho a su libertad personal (arts. 14, 18 y 19 de la CN). Lo que debe presuponerse es el derecho del*

Como exemplos destas medidas temos, basicamente, dois grandes grupos: as medidas alternativas à prisão preventiva estão previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, já a medida substitutiva da prisão preventiva está prevista no artigo 318 do mesmo Código.

As medidas cautelares diversas da prisão, sejam substitutivas, sejam alternativas, precisam estar previstas em lei. Aqui, tem-se importante noção: é possível a flexibilização, mas apenas daquilo que encontra expressa previsão legal.

Desta forma, não se exaure o rol de medidas cautelares nos artigos 318 e 319 do Código de Processo Penal. A Lei de Execução Penal, por exemplo, prevê outras hipóteses de prisão domiciliar no artigo 117. Da mesma forma, temos outra cautelar alternativa à prisão prevista no artigo 294 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/97).

Estes exemplos de flexibilização partem da legislação, por esta razão, o juiz não poderá, em princípio, criar medidas além das previstas na legislação. No entanto, as medidas previstas na legislação poderão ser flexibilizadas, conforme será visto nos próximos tópicos.

---

encausado a permanecer en libertad durante el proceso, es decir que esta debe ser la regia, y su restricción, la excepción. Por otro lado, también dijimos que al encarcelar preventivamente a un indivíduo se afectaria su derecho a la libertad. Si bien este resulta ser uno de sus derechos fundamentales e inviolables, al igual que los demás derechos no es absoluto, sino que está sujeto a las leyes que reglamentén su ejercicio (art 14 de la CN)." CAVALLERO, María del Pilar. Análisis del art. 319 del CPPN. In: CHIARA DÍAZ, Carlos Alberto; HORACIO, Daniel (coords.). *Garantías, medidas cautelares e impugnaciones en el proceso penal*. Rosario/Arg.: Editorial Jurídica Nova Tesis, 2005. p. 144-145). Em tradução livre: O acusado se encontra amparado por este estado de inocência, próprio do âmbito penal, sem necessidade de comprová-lo. Ao contrário, será o acusador quem deva destruí-lo no processo para poder submeter ao acusado à coerção material da pena. Esta declamação, consequência da reação produzida contra a inquisição, foi incorporada à nossa Constituição Nacional (art. 75, inc. 22), e a que o artigo 11, parágrafo 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos reza: "toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se prove sua culpabilidade, conforme a lei em juízo público em que se tenham assegurado todas as garantias necessárias para sua defesa". Dessa forma, podemos notar que isto também guarda relação com a garantia do juízo prévio, amparada por nossa Carta Magna, em seu artigo 18. Supondo-se que não existisse o reconhecimento expresso ao direito em questão, a situação não variaria da atual, já que o princípio de inocência ou presunção de inculpabilidade surgiria da forma republicana de governo e do espírito das nossas instituições (art. 33, CN). Assim, podemos afirmar que o acusado goza da mesma situação jurídica que um inocente. O positivismo jurídico, sem embargo, considera absurda esta garantia, ao menos nos seguintes casos: confissão, delito em flagrância, delinquentes habituais, reincidentes ou por tendência. Para os adeptos desta corrente, a hipótese só resultaria admissível ante os delinquentes ocasionais, considerando que a afirmação seria de que esta "presunção de inocência" impossibilitaria a persecução e o procedimento penal. Sem prejuízo do anteriormente exposto, não se pode sustentar que se deva eliminar toda possibilidade de coerção estatal, inclusive sobre a pessoa do imputado, durante o procedimento ou persecução penal, entendendo a coerção estatal como o emprego do poder do Estado, em conformidade com a lei, que viola ou restringe certas liberdades ou faculdades das pessoas, para lograr um fim determinado. Desta forma, o Estado poderá deter uma pessoa e mantê-la nesta situação durante todo o procedimento penal, de forma preventiva, quando ocorram dois requisitos estabelecidos pela lei processual. Entretanto, este encarceramento preventivo deverá se justificar em cada caso, já que o acusado, em princípio, até que seja condenado como autor de um delito, gozará do direito a sua liberdade pessoal (arts. 14, 18 e 19 da CN). O que se deve pressupor é o direito do processado de permanecer em liberdade durante o processo, é dizer, que esta deve ser a regra, e sua restrição, a exceção. Por outro lado, também dizemos que ao encarcerar preventivamente um indivíduo se afetaria seu direito à liberdade. Por mais que este seja um de seus direitos fundamentais e invioláveis, assim como os outros direitos não é absoluto, mas sim está sujeito às leis que regulamentam seu exercício (art. 14 da CN)."

O processo de escolha do magistrado sobre qual medida cautelar alternativa à prisão deverá ser imposta passa pela análise da teoria geral apresentada no início do capítulo.

Deve o magistrado analisar, primeiramente, a necessidade de imposição de alguma medida cautelar pessoal. Sendo positiva a resposta, então o magistrado deverá avaliar qual medida cautelar será imposta.

Aqui, nesta análise, é importante que o magistrado avalie se será imposta uma única medida cautelar ou mais de uma de maneira combinada. A intensidade da aplicação das medidas cautelares irá variar conforme a necessidade do caso concreto. Assim, poderá ser aplicada uma medida de maneira isolada, ou mais de uma, a depender das circunstâncias do caso concreto.

As medidas cautelares diversas da prisão submetem-se à cláusula geral de revisão conforme o decurso do tempo, ou seja, com o decorrer do tempo no processo há necessidade de sua revisão. Esta revisão pode importar em revogação, alteração ou cumulação de outras medidas além das já impostas.

Já a medida substitutiva da prisão não passa, em princípio, por qualquer análise ligada à proporcionalidade ou à razoabilidade. Em princípio, preenchidos os requisitos objetivos do artigo 318 do Código de Processo Penal, deve ser deferida a prisão domiciliar. Trata-se de dado objetivo e, em princípio, independe de qualquer questionamento sobre a proporcionalidade e os demais elementos de teoria geral das medidas cautelares.

No entanto, mesmo nos casos de medidas objetivas, é possível que sejam imaginadas situações de flexibilização da medida substitutiva da prisão preventiva, seja para sua extensão, seja para sua restrição. Estas possibilidades serão debatidas nos tópicos posteriores.

No início deste tópico foi dito que não há um poder geral de cautela no processo penal brasileiro como existe no processo civil. Daí porque as medidas cautelares pessoais alternativas à prisão existem em rol taxativo previsto no artigo 319 do Código de Processo Penal.

No entanto, o fato de estarem previstas em rol taxativo não as torna imune de aplicação de maneira flexibilizada. Isso porque jamais o legislador irá conseguir pensar em todas as formas processuais que abarquem a integralidade da vida.

A legislação não consegue acompanhar as peculiaridades da vida e, por isso, haverá necessidade de flexibilização também destas medidas do artigo 319 do Código de Processo Penal. Como se verá nos próximos tópicos esta flexibilização é possível e mostra-se condizente com o sistema traçado anteriormente.

Nos próximos tópicos serão verificadas possibilidades de flexibilização envolvendo as medidas cautelares substitutivas e as medidas alternativas à prisão preventiva. Trata-se de análise não exaustiva, na medida em que, como dito, as situações da vida se apresentam com peculiaridades e nuances que o legislador não consegue prever.

4.7 – Flexibilização judicial das medidas cautelares diversas da prisão: Determinações e proibições de comparecimento

Dentre as medidas cautelares alternativas à prisão, o Código de Processo Penal prevê duas expressamente ligadas à questão do espaço. O inciso I do artigo 319 permite ao magistrado a imposição de comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições por ele fixadas, para informar e justificar as atividades. Já o inciso II estabelece a 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.

Na hipótese do inciso I a determinação é de que o acusado compareça em juízo, ou seja, no fórum. O local de comparecimento não deixa margem para dúvida, neste caso: o comparecimento precisa ser em juízo, dando margem para que o magistrado fixe o prazo e as condições deste comparecimento. Neste inciso I não há, pela letra expressa do texto, possibilidade de o magistrado fixar outro local de comparecimento.

Já no inciso II a ideia é a oposta: o magistrado pode proibir o acusado de ter acesso ou mesmo de frequentar determinado lugar para evitar o risco de novas infrações, principalmente quando este local estiver diretamente relacionado com o fato.

Os incisos I e II tem em comum esta relação com o espaço: em um deles está a obrigatoriedade de comparecimento em determinado local (no caso, o fórum), no outro a proibição de comparecimento e frequência a locais diretamente relacionados com a prática criminosa. O caso do inciso II levanta evidentemente a questão do controle da medida. Vale dizer: como se dá o controle da proibição de acesso e frequência ao lugar imposto pelo magistrado?

Nas hipóteses em que o local refere-se a órgãos públicos, o controle será dado pelo próprio órgão público nas hipóteses em que haja alguma forma de controle de acesso a este tipo de local. Desta forma imagine-se, por exemplo, que a proibição seja de acesso a determinado prédio público e que neste prédio haja alguma forma de controle de acesso. Nesta hipótese bastará ao magistrado que encaminhe oficio para este prédio público a fim de informar acerca da proibição de

visita e frequência por parte do acusado. O controle de frequência na entrada do prédio público impedirá qualquer forma de violação desta medida cautelar sem que haja necessidade de flexibilização.

O problema, porém, dá-se na hipótese em que se trata de proibição de acesso a determinado local relacionado ao crime em que não haja controle de entrada no sentido da identificação da pessoa.

Nesta situação o controle do cumprimento da medida cautelar mostra-se mais difícil. Algumas soluções para que seja evitada a total ineficácia da medida podem ser pensadas e, entre elas, está a flexibilização do processo.

É possível flexibilizar o processo para impor o comparecimento do réu a determinado lugar específico, que não o fórum, quando as circunstâncias concretas do caso justificarem.

Quando a conduta do réu estiver diretamente relacionada a evento específico que não tenha qualquer forma de controle de acesso é possível ao magistrado que, para aquele evento específico, obrigue o réu a comparecer pessoal em local público para controle de sua atividade.

Pelo parâmetro da legalidade não há óbice. Ou seja, não há vedação a esta atitude e, da mesma forma, não há vedação pela jurisprudência, seja do STF, seja da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Também a proporcionalidade se mostra presente. A medida é adequada para estimular a obtenção do resultado pretendido, qual seja, evitar a prática criminosa ou a turbação do processo.

Da mesma forma, a medida é necessária pois, não existe outra que produza resultado de igual intensidade e que viole menos os direitos fundamentais. Não há possibilidade do uso de outras medidas do artigo 319 do Código de Processo Penal sem que com isso seja aumentada a restrição em torno do réu. Assim, por exemplo, não é caso de aplicação do inciso IX do artigo 319 do mesmo Código, qual seja a monitoração eletrônica. Em primeiro lugar, parece desproporcional que se use a monitoração eletrônica para evento que ocorre de maneira esporádica. Em segundo lugar elevaria sobremaneira os custos na medida em que implica em que todas as situações como esta envolveriam necessariamente a colocação de monitoração eletrônica.

A monitoração eletrônica não pode ser usada de maneira automática para controle de acesso do acusado a determinado lugar. Ela se mostra mais intensa do que a medida flexibilizada porque gera o controle em tempo integral da vida do indivíduo, enquanto na flexibilização o controle dá- se em tempo parcial.

Por fim, a razoabilidade mostra-se presente nesta questão. Esta flexibilização não se mostra desarrazoada, especialmente quando comparada com as alternativas apresentadas. O filtro da razoabilidade, como já se indicou anteriormente, consiste no teste geral da manifesta irrazoabilidade, ou seja, uma decisão é irrazoável quando nenhum magistrado razoável a tomaria, o que não é o caso desta medida.

Em suma, a situação que se tem é que não há medida cautelar específica dentro do rol do artigo 319, do Código de Processo Penal, capaz de atender aos parâmetros da legalidade, propoprcionalidade e da razoabilidade.

Nesta situação, a flexibilização poderia muito bem resolver a questão com uma simples medida: se é possível, pelo inciso I, impor o comparecimento periódico em juízo e se é possível, pelo inciso II a proibição de frequência a determinados lugares, pode-se então flexibilizar a aplicação dos incisos I e II, do referido artigo, para determinar o comparecimento do réu em outro local público que não o fórum.

4.8 – Flexibilização judicial e suspensão da função pública

A suspensão do exercício da função pública está prevista no inciso VI do artigo 319 do Código de Processo Penal. Trata-se de medida cautelar que poderá ser determinada pelo magistrado quando houver justo receio de que o funcionário público possa se valer do cargo para a prática de infrações penais.

Quando tratou-se do significado de flexibilizar foi dito também que a flexibilização conduziria a que, em alguns casos, houvesse restrição à aplicação da norma processual penal. Este é um dos casos em que podemos ter o uso da flexibilização para restrição do alcance da norma.

A grande questão aqui é ligada à necessidade de limitação temporal de duração desta medida[171], hipótese que não foi regulamentada no Código de Processo Penal.

[171] Para a prisão preventiva são bem conhecidas as críticas e necessidade de limitação conforme se depreende da crítica de CATENA: "*La segunda cuestión relativa al plazo áximo de la detención viene de las normas de la con razón criticada Ley Orgánica 8/1984, del 26 de diciembre contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del art. 55.2 de la Constituición (cuya derrogación ha sido anunciada el pasado mes por el presidente del Gobierno). El art. 13 de la citada ley dispone que 'la detención preventiva podrá prolongarse el tiempo necesario para los fines investigadores hasta un plazo máximo de otros siete días (después del plazo de tres dias previstos en el art. 17 de la Constituición), simpre que tal propuesta se ponga en conocimiento del juez antes de que transcurran las setenta y dos horas de la*

A função pública tem amplos sentidos, pode abarcar desde o funcionário público concursado, passando pelo funcionário público que exerce cargo em comissão e até mesmo alcançar o detentor de mandato, seja ele ocupante do Poder Legislativo ou do Poder Executivo. O problema, contudo, reside na limitação temporal desta medida cautelar. Vale dizer: não há limitação temporal prevista para a duração desta medida no Código de Processo Penal como, também, para as demais medidas cautelares pessoais[172].

No entanto, é possível nos valermos da flexibilização para buscar um sentido de limitação temporal desta medida cautelar de suspensão ou afastamento da função pública afim de evitar maiores danos para o próprio acusado.

O afastamento de alguém de sua função ou a suspensão de seu exercício devem sofrer limitação temporal pois está-se a limitar um direito fundamental, qual seja, o direito ao trabalho e à duração razoável do processo[173].

---

detención. El juez, en el término de veinticuatro horas, denegará o autorizará la prolongación propuesta'." CATENA, Víctor Moreno. Op. cit., p. 132, 1998.

[172] NATALIA SERGI também apresenta o problema da durança da medida cautelar: "*Lo curioso, sin embargo, en cuanto a lo resuelto por el Trib. Casación Penal Bs. As. es que de manera explícita toma los criterios de organismos internacionales para establecer cuál debe ser el plazo razonable; sin embargo, no advierte que la CIDH. ha resaltado que el plazo del encarcelamiento preventivo debe ser sustancialmente inferior, menos flexible, y que determina el plazo para ser juzgado – informe 12/96, párrs. 110° y 111º - . Toma los critérios de la CIDH. para ampliar y flexibilizar el plazo – como lo veremos más adelante – sin embargo, no toma lo que establece respecto de la diferencia que debe existir entre duración del encarcelamiento preventivo y proceso. Adviértase que el Trib. Casación Penal Bs. As. también considera lo dispuesto por el art. 141 CPP. como si la pnsion preventiva y el proceso debieran iniciarse de manera contemporánea, aunque ello no necesariamente deba ser de esta manera. Por ello establece como plazo de duración de la prisión preventiva el que la ley establece para el processo.*" SERGI, Natália. El plazo de duracion del encarcelamiento preentivo segun el Tribunal de Casación Penal de la província de Buenos Aires. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, n. 6, Buenos Aires/Arg, LexisNexis, 2007. p. 1075.

[173] Para tanto veja-se a crítica de AURY LOPES JR. sobre a duração razoável do processo e os efeitos do processo com tramitação indevidamente prolongada: "A perpetuação do processo penal, além do tempo necessário para assegurar seus direitos fundamentais, se converte na principal violação de todas e de cada uma das diversas garantias que o réu possui. A primeira garantia que cai por terra é a da *jurisdicionalidade* insculpida na máxima latina do *nulla poena, nulla culpa sine iudicio*. Isso porque o processo se transforma em pena prévia a sentença, através da estigmatização, da angústia prolongada, da restrição de bens e, em muitos casos, através de verdadeiras penas privativas de liberdade aplicadas antecipadamente (prisões cautelares). É o que Carneluttidefine como a *misure di soffrenza spirituale* ou *di umiliazione.* O mais grave é que o custo da pena-processo não é meramente econômico, mas o social e psicológico. A continuação, é fulminada a *presunção de inocência*, pois a demora e o prolongamento excessivo do processo penal vai, paulatinamente, sepultando a credibilidade em torno da versão do acusado. Existe uma relação inversa e proporcional entre a estigmatização e a presunção de inocência, na medida em que o tempo implementa aquela e enfraquece esta. O *direito de defesa* e o próprio *contraditório*, também são afetados, na medida em que a prolongação excessiva do processo gera graves dificuldades para o exercício eficaz da resistência processual, bem como implica um sobre-custo financeiro para o acusado, não apenas com os gastos em honorários advocatícios, mas também pelo empobrecimento gerado pela estigmatização social. Não há que olvidar a eventual indisponibilidade patrimonial do réu, que por si só é gravíssima, mas que se for conjugada com uma prisão cautelar, conduz a inexorável bancarrota do imputado e de seus familiares. A prisão (mesmo cautelar) não apenas gera pobreza, senão que a exporta, a ponto de a "intranscendência da pena" não passar de romantismo do direito penal. A lista de direitos fundamentais violados cresce na mesma proporção em que o processo penal se dilata indevidamente. Mas o que deve ficar claro, é que existe uma pena processual

Apesar do Código de Processo Penal não prever limitação temporal da duração desta medida, seria necessário que houvesse esta limitação. O direito ao trabalho e a presunção de inocência não podem permitir que o afastamento seja dado de maneira indefinida.

Caso assim fosse, o afastamento cautelar adquiriria natureza de verdadeira medida de natureza material equivalendo a antecipação dos efeitos da tutela penal, no caso em concreto, à antecipação dos efeitos da perda da função pública[174].

O próprio dispositivo do inciso VI do artigo 319 do Código de Processo Penal estabeleceu que a medida somente pode ser determinada caso haja justo receio de que o agente utilize da função para a prática da infração penal.

Em um primeiro momento, pode-se imaginar que enquanto durar este receio de má utilização da função pública poderá ser mantido o afastamento do agente. No entanto, esta posição não pode ser aceita. A natureza cautelar da medida impõe sua limitação temporal e, neste caso, esta limitação evita que seja antecipado o efeito da sentença consistente na perda da função pública.

Imagine-se, por exemplo, no caso da função pública do detentor de mandato (seja legislativo ou executivo). Caso haja duração indefinida da medida haverá, como consequência prática, a cassação do mandato do parlamentar ou do chefe do Poder Executivo por medida cautelar.

Por não poder prolongar a medida indefinidamente, sob pena de alteração da natureza jurídica, há necessidade de limitação temporal de sua duração. A flexibilização permite reconhecer a necessidade de limitação da duração, além de permitir a identificação do limite temporal desta restrição.

---

mesmo quando não há prisão cautelar, e que ela aumenta progressivamente com a duração do processo. Seu imenso custo, será ainda maior, a partir do momento em que se configurar a duração excessiva do processo, pois então, essa violência passa a ser qualificada pela ilegitimidade do Estado em exercê-la." LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. Direito ao processo penal no prazo razoável. *RBCCrim*, n. 65, p. 205, São Paulo, RT, mar. 2007.

[174] Lembrando-se que no processo penal a medida cautelar não pode assumir função de antecipação de tutela novamente como ensinado por CATENA: "*La prisión provisional (prisión preventiva para otros, aunque ello se reduce a unacuestión puramente terminológica) es la privación de libertad dei inculpado que tiene lugar durante la sustanciación de un proceso penal con el fin de asegurar la presencia del inculpado en el proceso, garantizar una ordenada averiguación de los hechos por ei órgano encargado legalmente de dirigir Ia investigación (el juez de instrucción), bajo/la directa inspección del Ministerio Fiscal (art. 306 de la Ley Procesal Penal), y asegurar la ejecución de la pena que eventualmente llegara a imponerse. Desde ningún punto de vista puede atribuirse a la prisión provisional la furíeión de anticipar la pena, ni desde el prisma sancionatorio, ni desde la perspectiva intimidatoria o ejemplar. Esto es evidente porque solo partiendo de la presunción de culpabilidad – de que el inculpado sea, sin más, culpable – se puede justificar su reclusión com fines de intimidación o de ejemplo*." CATENA, Víctor Moreno. Garantía de los derechos fundamentales... cit.,, p. 134.

A legalidade não apresenta qualquer forma de restrição, ou seja, nem a lei impede a limitação temporal nem há vedação pelo STF ou pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Os elementos da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) também conduzem à necessidade de limitação temporal da medida e, a razoabilidade permite identificar esta medida como não teratológica.

Admitida pela flexibilização a possibilidade de limitação temporal da medida surge outra questão: trata-se de saber qual o limite a ser utilizado para a duração máxima desta restrição, como já abordamos.

A Lei 8.112/90 que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, em seu artigo 147 há o estabelecimento do afastamento preventivo do funcionário público nos seguintes termos:

> "Art. 147 – Como medida cautelar e a fim de que o servidor não venha a influir na apuração da irregularidade, a autoridade instauradora do processo disciplinar poderá determinar o seu afastamento do exercício do cargo, pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, sem prejuízo da remuneração. Parágrafo único. O afastamento poderá ser prorrogado por igual prazo, findo o qual cessarão os seus efeitos, ainda que não concluído o processo."

Este artigo pode ser transposto para aplicação no sistema das cautelares do aplicáveis pelo Código de Processo Penal. A medida do Direito Administrativo tem natureza jurídica cautelar e liga-se a tentativa de evitar que o réu no processo administrativo venha a influir na apuração da irregularidade. No sistema processual penal a finalidade da cautelar não é exatamente a mesma, é certo. Neste sistema, a finalidade cautelar dá-se para evitar que a outros crimes voltem a ser cometidos.

Ora, a flexibilização permitiria, então, que fosse estendida a situação do processo administrativo para o processo penal, de forma que, apesar da não identidade de situações, é possível que haja esta extensão. Assim, o afastamento poderá durar, em regra, no máximo 60 dias podendo, excepcionalmente, este afastamento ser prorrogado por igual prazo.

Outra situação refere-se ao agente político que tenha sido eleito, ou seja, membros do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Aqui, em princípio, é preciso que seja verificada se não há medida mais diretamente relacionada com a função destes agentes políticos do que unicamente a medida prevista na Lei 8.112/90.

Pensando na natureza do cargo, é possível admitir a utilização do disposto no artigo 86, § 2º da Constituição Federal, que estabelece o prazo de 180 (cento e oitenta dias) para o afastamento do Presidente da República em casos de processos por crime comum ou de responsabilidade.

Este prazo mostra-se mais adequado do que o previsto na Lei 8.112/90, tendo em vista a natureza jurídica do agente a quem é destinado; já que o afastamento do detentor de cargo ou função eletiva antes do trânsito em julgado da sentença é medida que limita a própria democracia.

Desta forma, com ainda maior razão a limitação temporal impõe-se sob pena de ser permitida o cabimento de liminar até mesmo por cassar o mandato do parlamentar ou do membro do Poder Executivo legitimamente eleito. Daí porque impõe-se, neste caso, a limitação prevista na Constituição Federal.

4.9 – Prisão domiciliar: Medida substitutiva da prisão preventiva

A prisão domiciliar prevista no artigo 318 do Código de Processo Penal é uma medida substitutiva da prisão preventiva. Substitutiva na medida em que é decretada a prisão preventiva e, então, substituída pela prisão domiciliar.

Esta é sua diferença substancial com as medidas cautelares alternativas da prisão preventiva: estas representam um degrau a menos em termos de intensidade quando comparadas com a prisão preventiva.

As medidas alternativas à prisão preventiva estão previstas no artigo 318 do Código de Processo Penal que assim estabelece:

> "Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: I - maior de 80 (oitenta) anos; II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV - gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco. Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

Há duas questões envolvendo este tema que podem ser resolvidas pela flexibilização: a) possibilidade de substituição da prisão preventiva fora das hipóteses do artigo 318 e o b) indeferimento da prisão domiciliar caso o acusado preencha algum requisito legal.

A flexibilização não é a regra e somente será utilizada em situações excepcionais. Daí porque deve-se ter em mente que, em princípio, as hipóteses, previstas no artigo 318 do Código de Processo Penal, são taxativas.

Por serem taxativas, em regra, não se pode admitir que haja a aplicação da medida de prisão domiciliar fora das hipóteses do rol do artigo 318 do Código de Processo Penal. No entanto, em situações excepcionais, é possível sua admissibilidade, mesmo quando não estiverem neste rol.

Os parâmetros de flexibilização da legalidade, proporcionalidade e razoabilidade podem justificar a ampliação desta regra para hipóteses fora do rol quando as circunstâncias do caso concreto o exigirem. Assim, pense-se, por exemplo, na peculiar situação da mulher encarcerada. A lei estabelece que haverá a possibilidade de prisão domiciliar caso seja a pessoa imprescindível aos cuidados de pessoa menor de 6 anos.

Ora, a maternidade[175] merece especial atenção por parte do julgador. Pode ser que seja verificada situação em que, mesmo que a criança complete 6 anos e não seja portadora de

[175] Neste sentido a importante análise feita por CLAUDIA STELLA a respeito da relação entre a maternidade e a prisão: "A gravidez prepara a mulher para desempenhar o papel de mãe. Na nossa sociedade, esse momento é visto de modo especial, pois está ligado ao mito da figura materna. Contudo, a gravidez no sistema prisional pode ser, para a mulher presa, um difícil período, que envolve uma série de impasses. Com relação ao pré-natal, as grávidas que estão em delegacias ou em cadeias paulistas não têm a mesma possibilidade de realizar os exames e o acompanhamento pré-natal necessário que as presas que cumprem pena nas penitenciárias. As mulheres grávidas que cumprem pena nos presídios podem realizar, mesmo que precariamente, exames pré-natais em unidades de saúde externas ao presídio. Segundo o Coletivo de Feministas Lésbicas (1997), nos estabelecimentos prisionais femininos ocorrem problemas específicos. Em relação à saúde das mulheres presas, as condições são precárias, não sendo consideradas as necessidades femininas. As unidades prisionais femininas não dispõem de médicos ginecologistas, mesa para ginecologia e esterilizador de instrumentos ginecológicos. Por exemplo, no presídio feminino do Tatuapé, as consultas pré-natais são realizadas sem exames físicos por falta de instrumentos ginecológicos. Embora não tenha muito "espaço" no sistema prisional - não existem roupas apropriadas ou alimentação diferenciada e o pré-natal é feito de forma precária - a gravidez parece influenciar o ambiente e as relações estabelecidas em seu interior, assim como deve ser influenciada por elas. Como exemplo, os funcionários da instituição prisional podem se inter-relacionar de maneira diferenciada com uma presa grávida. A gravidez mobiliza muitas ações no interior do sistema prisional, a preparação do enxoval do bebê é uma delas. Geralmente, o enxoval é providenciado pela família da mulher presa. Quando a presa não tem família, ou esta não tem condições de ajudar, funcionários e associações acabam se envolvendo em sua preparação. A família assume um caráter primordial na vida das mulheres presas, é ela quem abastece a presa de apoio emocional e material. Esse apoio é imprescindível no caso da gravidez no presídio e na futura guarda da criança. Porém, ocorrem exceções, e algumas presas grávidas podem ser abandonadas por suas famílias, impossibilitando a guarda de seus bebês em suas famílias de origem. Em São Paulo, a presa, na maioria das vezes, dá à luz em um hospital mais próximo da unidade prisional onde cumpre pena. E a possibilidade de voltar com o bebê, ou não, depende do estabelecimento onde está detida: as mulheres que estão nas penitenciárias, podem ter a alternativa, se desejarem, de voltar com o seu bebê para uma ala da enfermaria preparada para esse tipo de acolhimento; já as mulheres que estão presas em delegacias ou cadeias, encaminham os bebês para um outro tipo de guarda, já no hospital. A gravidez prepara a mulher para desempenhar o papel de mãe. Na nossa sociedade, esse momento é visto de

necessidades especiais haja necessidade de manutenção da mãe em prisão domiciliar para os cuidados da criança. Evidentemente que se trata de situação excepcional e que as regras da flexibilização acima apresentadas permitiriam incidência, sempre em caráter excepcional.

Da mesma forma, é possível que quando preenchidos os requisitos legais, em caráter excepcional, seja revogado o benefício da medida substitutiva da prisão preventiva. Não se trata de indeferimento da prisão domiciliar mas, de revogação do benefício anteriormente deferido.

Analisando-se as hipóteses de prisão domiciliar é possível identificar que a revogação da prisão domiciliar ocorrerá sempre que cessado o motivo que ensejou o seu deferimento. Assim, quando a prisão domiciliar é autorizada por condição objetiva, uma vez cessada esta condição haverá de cessar a medida. Assim, tendo sido concedida a medida por estar extremamente debilitado por motivo de doença grave, cessando esta debilidade, cessará o benefício.

Da mesma forma, se a prisão domiciliar foi autorizada pois trata-se de acusada imprescindível aos cuidados de pessoa menor de 6 anos, completada a idade haverá revogação da medida substitutiva.

Todas estas hipóteses de revogação são hipóteses legais. No entanto, é possível imaginar se hipótese de revogação da medida por meio da flexibilização fora destas hipóteses legalmente previstas.

---

modo especial, pois está ligado ao mito da figura materna. Contudo, a gravidez no sistema prisional pode ser, para a mulher presa, um difícil período, que envolve uma série de impasses. Com relação ao pré-natal, as grávidas que estão em delegacias ou em cadeias paulistas não têm a mesma possibilidade de realizar os exames e o acompanhamento pré-natal necessário que as presas que cumprem pena nas penitenciárias. As mulheres grávidas que cumprem pena nos presídios podem realizar, mesmo que precariamente, exames pré-natais em unidades de saúde externas ao presídio. Segundo o Coletivo de Feministas Lésbicas (1997), nos estabelecimentos prisionais femininos ocorrem problemas específicos. Em relação à saúde das mulheres presas, as condições são precárias, não sendo consideradas as necessidades femininas. As unidades prisionais femininas não dispõem de médicos ginecologistas, mesa para ginecologia e esterilizador de instrumentos ginecológicos. Por exemplo, no presídio feminino do Tatuapé, as consultas pré-natais são realizadas sem exames físicos por falta de instrumentos ginecológicos. Embora não tenha muito "espaço" no sistema prisional - não existem roupas apropriadas ou alimentação diferenciada e o pré-natal é feito de forma precária – a gravidez parece influenciar o ambiente e as relações estabelecidas em seu interior, assim como deve ser influenciada por elas. Como exemplo, os funcionários da instituição prisional podem se inter-relacionar de maneira diferenciada com uma presa grávida. A gravidez mobiliza muitas ações no interior do sistema prisional, a preparação do enxoval do bebê é uma delas. Geralmente, o enxoval é providenciado pela família da mulher presa. Quando a presa não tem família, ou esta não tem condições de ajudar, funcionários e associações acabam se envolvendo em sua preparação. A família assume um caráter primordial na vida das mulheres presas, é ela quem abastece a presa de apoio emocional e material. Esse apoio é imprescindível no caso da gravidez no presídio e na futura guarda da criança. Porém, ocorrem exceções, e algumas presas grávidas podem ser abandonadas por suas famílias, impossibilitando a guarda de seus bebês em suas famílias de origem. Em São Paulo, a presa, na maioria das vezes, dá à luz em um hospital mais próximo da unidade prisional onde cumpre pena. E a possibilidade de voltar com o bebê, ou não, depende do estabelecimento onde está detida: as mulheres que estão nas penitenciárias, podem ter a alternativa, se desejarem, de voltar com o seu bebê para uma ala da enfermaria preparada para esse tipo de acolhimento; já as mulheres que estão presas em delegacias ou cadeias, encaminham os bebês para um outro tipo de guarda, já no hospital." STELLA, Claudia. As implicações do aprisionamento materno na vida dos(as) filhos(as). *RBCCrim*, n. 34, p. 237, abr. 2001.

Imagine-se, por exemplo, que autorizada a medida substitutiva venha esta de maneira reiterada a ser descumprida por parte do réu. Em princípio, descumprida a medida de prisão domiciliar caberá a utilização de medida cautelar alternativa à prisão preventiva como forma de dar efetividade para a prisão domiciliar.

Trata-se aqui de uso atípico de medida cautelar alternativa, no sentido de que ela será utilizada para reforçar o cumprimento da medida substitutiva. Assim, descumprida a medida de substitutiva da prisão preventiva, caberá ao magistrado a utilização de alguma medida alternativa para fazer valer a medida substitutiva, por exemplo, poderia o magistrado valer-se da monitoração eletrônica. No entanto, admita-se por hipótese que, mesmo assim, venha o réu a descumprir a medida substitutiva, violando o aparelho de monitoração eletrônica e infringindo a prisão domiciliar.

Nesta hipótese, em caráter excepcional, é possível imaginar o uso da flexibilização de forma a restringir a incidência do artigo 318, do Código de Processo Penal afastando-o e, então, revogando a prisão domiciliar e determinando o recolhimento ao cárcere.

Novamente analisando-se os parâmetros da flexibilização pode-se perceber que se trata da melhor medida para a situação do caso concreto a revogação da prisão domiciliar.

CAPÍTULO 5:
FLEXIBILIZAÇÃO DO PROCESSO: PROCEDIMENTO E PROVAS

O Direito – ao procedimento tem sido reconhecido como corolário do devido processo legal. No entanto, reconhecê-lo não implica em admitir a existência de direito específico encadeamento de atos, mas direito a modelo baseado em paradigmas assentados constitucionalmente e, desde que observados tais, admite-se a flexibilização dos ritos e nos ritos.

Nesse sentido, ANTONIO SCARANCE FERNANDES:

> "O direito a um sistema de regras e princípio que conjuguem eficiência e garantia não representa direito a um procedimento certo, determinado, delineado, com todos os seus atos e fase, em sequência pretederminada, mas o direito a um procedimento assentado em alguns paradigmas extraídos de normas constitucionais do devido processo legal." [176]

Trata-se mais uma vez do reconhecimento da superação do positivismo em busca da aplicação de parâmetros de justiça mais condizentes com a situação do caso concreto.

JOSÉ FRANCISCO DIAS DA COSTA LYRA faz esta crítica ao dogmatismo no Direito penal e suas palavras também podem ser incorporadas ao processo penal:

> "Consolida-se, então, o "dogmatismo", isto é, o acatamento e submetimento do jurista ao estabelecido pelo Direito positivo, independentemente de seu conteúdo valorativo, o que neutraliza os conflitos, abstraindo-os da problemática real e global, escamoteando as tensões de poder que se acercam do discurso jurídico. Em uma palavra, em ares de "dogmatismo", credita-se a "descoberta da verdade" à condição metodológica. O Direito, nesse paradigma reducionista, queda-se aprisionado pelo dualismo sujeito-objeto, no qual o conhecimento e a compreensão do que é Direito é dado por um sujeito solipsista que, na sua subjetividade, descreve, via método seguro, claro e científico, o Direito como ele é (o ser). A verdade, que é absoluta e eterna, deve ser buscada pela eleição de um método. A linguagem, nesse contexto, é mero objeto: uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e objeto. Assim, é concebida como um mero "instrumento" de comunicação. Com isso, o mundo é o das representações, e o sentido (o ser) é entificado no tecnicismo. Daí o acerto de Heidegger quando

[176] FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento*... cit., p. 43.

> afirmou que a filosofia se transformou em uma técnica de explicação das causas últimas, num domínio da subjetividade e da metafísica, que se apoderou da interpretação da realidade. A tarefa que se impõe, no pensamento heideggeriano, é a de libertar a linguagem dos grilhões da gramática" [177].

O foco do trabalho recai sobre o processo de conhecimento e, dada a multiplicidade de possiblidades de flexibilização, destacam-se algumas. Assim, neste Capítulo será analisada a flexibilização no âmbito da resposta à acusação, na utilização da videoconferência, em relação aos memoriais, em relação à obtenção da prova no mundo virtual e ao manejo do Recurso em Sentido Estrito.

Como já visto no Capítulo 2, outros países tem caminhado para o uso da flexibilização legislativa e aqui procur-se-á demonstrar que também é possível o uso da flexibilização judicial em circunstâncias especiais[178].

5.1 – Resposta à acusação: flexibilização do prazo e do momento para arrolar testemunhas

A resposta à acusação é a primeira manifestação formal do acusado no processo penal, exceto nos procedimentos que tenham previsão de defesa antes do recebimento da denúncia. Trata-se de peça obrigatória e, a teor do artigo 396 do Código de Processo Penal, a defesa tem o prazo de 10 dias para sua apresentação. Não há, na legislação, previsão expressa quanto ao termo inicial deste prazo. No entanto, a doutrina[179] tem utilizado por analogia o disposto na Súmula 710 do STF e no artigo 406, parágrafo 1º do Código de Processo Penal para sustentar que trata-se de prazo cujo termo *a quo* para a resposta é o da data da citação.

---

[177] LYRA, José Francisco Dias da Costa. Direito penal, constituição e hermenêutica: pela superação do positivismo jurídico e a possibilidade do acontecer do direito num ambiente de neoconstitucionalismo. *RBCCrim*, n. 91, p. 21, São Paulo, RT, jul. 2011.

[178] Novamente volta-se para a ideia da busca pelo processo justo, como bem observa CRISTIANE DA ROCHA CORREA: "É necessário, portanto, que se conciliem na persecução os escopos de segurança e de justiça, indissociáveis em uma concepção atual de processo penal. O processo não deve servir à sobreposição dos direitos do Estado contra o cidadão, mas sim como garantia do cidadão, até mesmo contra o Estado. O Estado deve ser o maior interessado na proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos e de outros valores cuja preservação é imposta pela ordem constitucional, além do simples interesse em que o processo se desenvolva e encontre seu termo de forma satisfatória." CORRÊA, Cristiane da Rocha. O princípio do contraditório e as provas irrepetíveis no inquérito policial. *RBCCrim*. n. 60, p. 223, São Paulo, RT, mai. 2006.

[179] Neste sentido afirma Gustavo Badaró "O legislador não estabeleceu o **termo inicial** de dezdias. De se aplicar, portanto, por analogia, o parágrafo 1º do artigo 406, que prevê como termo inical do prazo 'o efetivo cumprimento do mandado' de citação.", BADARÓ, Gustavo Righi Ivahy.Processo Penal. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 422.

O § 2º do artigo 396-A do CPP estabelece que o prazo para apresentação da resposta é de 10 dias. Trata-se, em princípio, de prazo preclusivo. Desta forma, não apresentada a resposta no prazo, deverá ser nomeado defensor dativo para a sua formulação nos termos do referido parágrafo. No entanto, é possível a flexibilização deste prazo; já que constitui importante manifestação do direito de defesa. Não se trata apenas de mero exercício vazio de forma, mas de importante concretização dos preceitos constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal.

Essa flexibilização pode ser justificada pela complexidade do caso ou mesmo por situações concretas. Trata-se da aplicação da justificação contida no Capítulo 2 deste trabalho: situações especiais do caso concreto podem justificar o afastamento do modelo legal.

Imagine se a situação em que a resposta é apresentada alguns dias depois de se esgotar o prazo legal e que o magistrado ainda não tenha nomeado defensor dativo ou mesmo que este defensor nomeado não tenha apresentado a defesa. Não há sentido em se rejeitar esta defesa do defensor constituído, que assegurará a ampla defesa.

Esta atuação do magistrado ao aceitar a defesa fora do prazo legal está de acordo com os parâmetros desenvolvidos anteriormente: legalidade, proporcionalidade e razoabilidade.

A complexidade da causa pode justificar a flexibilização do prazo para a resposta à acusação com a sua consequente extensão. Pense-se na hipótese em que a investigação tenha se prolongado durante um ano, com vários volumes de documentos e várias horas de gravação de interceptação telefônica. Nesta situação, dado o volume de material probatório produzido na investigação é possível estender o prazo de 10 dias a fim de permitir o exercício da ampla defesa.

Pode-se objetar que não haveria preclusão para a apresentação de documentos e, quanto à indicação das testemunhas, isso não dependeria de prazo maior para a manifestação da defesa.

No entanto, a defesa, caso não possa efetivar sua manifestação de maneira eficaz perderia a oportunidade de requerer a rejeição da denúncia ou mesmo a absolvição sumária. Assim, é possível a dilação do prazo para a apresentação de resposta de maneira que a flexibilização do processo mostra-se como eficaz forma de composição dos valores da eficiência e do garantismo.

No que se refere à possibilidade de arrolar testemunhas, segundo a posição majoritária[180], trata-se do momento em que a defesa deverá arrolar as testemunhas sob pena de preclusão.

[180] Gustavo Badaró afirma "As testemunhas de acusação são arroladas na denúncia ou na queixa (CPP, art. 41) e as de defesa na 'resposta rescrita' (CPP, art. 396-A), *op cit* p. 322.

O Código de Processo Penal prevê segundo momento para que sejam requeridas diligências, inclusive a oitiva de testemunhas. Trata-se da hipótese prevista no artigo 402 do CPP: caso surja na audiência de instrução alguma referência a testemunha, então, será possível que seja requerida a oitiva. Trata-se de prova cuja necessidade surja na audiência.

Também prevê o Código de Processo Penal a possibilidade de serem arroladas testemunhas nas hipóteses previstas no artigo 384, ou seja, nas hipóteses de *mutatio libelli*. Fora destas hipóteses não há previsão legal de outros momentos para arrolar testemunhas.

A utilização de preclusões permite que o processo seja impulsionado para o resultado final, ou seja, para a sentença. Há inegáveis vantagens, na medida em que se impede o retorno do processo a fases passadas e que se comprometa a eficiência do processo e a sua razoável duração.

No entanto, tais vantagens não podem impor apenas defesa formal ao acusado. A simples concessão da possibilidade de defesa sem a permissão que ela seja efetiva, torna o processo mero simulacro, quando a forma terá valor superior ao conteúdo. Por isso, em situações excepcionais é possível abandonar-se o rigor formal do Código de Processo Penal para permitir que sejam arroladas testemunhas de defesa fora de seu momento próprio.

Imagine a situação em que o réu que tenha sido preso durante o inquérito policial e que trate de acusado assistido pela Defensoria Pública. Se a Defensoria Pública não tiver condições, por seus Defensores ou auxiliares, de ir até o local que o acusado encontra-se preso, somente terá contato com o acusado quando da audiência de instrução, debates e julgamento. Neste caso, tem-se duas opções: a) aceita-se que houve preclusão quanto ao momento de arrolar testemunhas pois não foram indicadas na resposta à acusação; b) permite-se que a defesa arrole testemunhas quando do encontro com o acusado no momento da audiência de instrução, debates e julgamento.

Entre estas duas opções, a possibilidade de arrolar testemunhas é mais condizente com o processo penal justo, no sentido aplicado pelas Cortes Internacionais de Direitos Humanos.

Cuida-se de flexibilização necessária, adequada e razoável, não havendo violação do parâmetro da legalidade. Assim, a flexibilização do processo nesta situação atende o sentido de justiça já reclamado anteriormente neste trabalho: a peculiaridade da situação pode autorizar o abrandamento da forma em prol do justo processo.

5.2 – Videoconferência: flexibilização de sua utilização

O procedimento da videoconferência foi estabelecido em 2009 pela Lei 11.900. Para que possa ser realizada a videoconferência foram estabelecidos alguns parâmetros pelo legislador.

A videoconferência somente é prevista para o interrogatório do réu preso, em hipóteses taxativas do Código de Processo Penal, ou seja, para as contempladas no § 2º do artigo 185[181].

Deve haver motivação antecedente ao ato a fim de que as partes sejam intimadas com 10 dias de antecedência da realização da audiência.

Determinada a realização da videoconferência, todos os atos da audiência serão efetivados por esse meio. Para que o acusado possa realmente tomar parte na audiência e para que seja dada efetividade à autodefesa, ele deve acompanhar todos os depoimentos prestados por videoconferência.

Este é o panorama geral da videoconferência prevista no Código de Processo Penal. No entanto, é possível por meio da flexibilização estender a videconferência para outras situações.

Exemplo significativo do uso da flexibilização consiste na substituição da audiência por carta precatória pela videoconferência. Este modelo está sendo implantado no âmbito da Justiça Federal. Trata-se do chamado "*Projeto XXI*" idealizado pelo Corregedor-Geral da Justiça Federal.

Segundo notícia disponível do site do Superior Tribunal de Justiça

> "Atualmente, o sistema de videoconferência já funciona nas varas federais criminais das três capitais da Região Sul e de Foz do Iguaçu (PR), que não recebem mais cartas precatórias para tomadas de depoimentos de testemunhas e partes em processos que tramitam em outras subseções judiciárias. No interior dos três estados do Sul, o uso do sistema ainda é facultativo, de acordo a disponibilidade de equipamentos de áudio e vídeo já instalados. A previsão é que

[181] Não se desconhece, é claro, as críticas ao sistema da videoconferência. No entanto, observados alguns parâmetros o ganho é maior do que as críticas. Por todas as críticas leia-se a posição de CAROLINA DZIMIDAS HABER que afirma: "A análise da utilização do sistema de videoconferência para produção da prova testemunhal em outros países e nos tratados internacionais leva a conclusão de que sua admissão é excepcional e justifica-se nos casos em que não há outras possibilidades razoáveis e adequadas, em razão de uma ponderação dos interesses em jogo. Isso porque ao lado dos princípios da publicidade, do contraditório e da ampla defesa, surge a necessidade de se conceder maior proteção aos direitos das vítimas contra os riscos de intimidação e do constrangimento de encontrar o acusado na sala de audiências." HABER, Carolina Dzimidas. A produção da prova por videoconferência. *RBCCrim*, n. 82, p. 187, São Paulo, RT, jan. 2010.

até julho de 2013 todas as Varas da Justiça Federal da 4ª Região estejam equipadas."[182].

Como a audiência de instrução e julgamento é una, em caso de necessidade da carta precatória, haveria apenas uma única solução, qual seja, a cisão da audiência. Seria colhida toda a prova no juízo da causa e, depois, com cópia de todo o material probatório colhido em audiência seria realizado o interrogatório do acusado ou a oitiva da testemunha faltante, sendo feita na comarca deprecada.

Recebida a carta precatória pelo juízo deprecado, seria designada a data para oitiva do acusado ou da testemunha e, uma vez realizado o ato, seria determinada a devolução da carta. Juntada aos autos, seria encerrada a instrução com a fixação de prazo para apresentação das alegações finais das partes.

Este modelo traçado pelo Código de Processo Penal é passível de críticas.

Tratando-se de interrogatório do acusado, há verdadeiro enfraquecimento da autodefesa, na medida em que o acusado não apresenta sua versão diretamente para o juiz da causa (no caso do ato deprecado ser o interrogatório).

Este enfraquecimento ocorre em alguns casos por questão financeira: o acusado, que mora em juízo diverso do que corre o processo e não tem dinheiro para comparecer à audiência, é prejudicado em sua defesa.

Além do mais, há prejuízo à duração razoável do processo. A oitiva por precatória acaba por tornar mais demorado o processo e, com isto, tem-se o enfraquecimento da promessa constitucional da duração razoável do processo.

A flexibilização para que os atos realizados por meio de carta precatória sejam substituídos para que o juiz da causa os pratique em videoconferência, mostra-se adequada, necessária e razoável. A realização da videoconferência, nesta situação, aumentaria os ganhos do processo, seja em eficiência, seja na proteção dos direitos fundamentais. É aumentada a eficiência pelo ganho de tempo e redução do número de atos a serem praticados. O ganho de tempo, permitiria que o processo fosse encerrado mais brevemente[183].

---

[182] Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=107883 Acesso em: 28 de novembro de 2012.

[183] Neste ponto merece atenção a lição de Ludmila Mendonça Lopes Ribeiro: "Assim, o estudo do tempo de processamento de um delito pelo sistema de justiça criminal é importante porque este é um indicador da própria capacidade das organizações em implementar a ideia de justiça. Se longo, é cada vez menos provável corrigir falhas técnicas na condução administrativa dos procedimentos ou localizar testemunhas, eventuais

Desta maneira, será aumentada a proteção dos direitos fundamentais na medida em que são reforçados o princípio da ampla defesa e também o princípio da identidade física do juiz visto que o juiz da causa tem contato direto com o acusado.

5.3 – Prazo dos memoriais no procedimento comum e flexibilização

As alegações finais exercem importante função dentro do procedimento. Seu papel está na apresentação para o juiz da causa as razões que devem justificar, na ótica da defesa, o provimento final do magistrado. Tamanha sua importância para o procedimento que a doutrina reconhece de maneira tranquila sua obrigatoriedade, inclusive estabelecendo que haverá nulidade se não tiverem sido apresentadas por uma das partes.

Via de regra, haverá debates orais em que as partes terão o prazo de 20 minutos prorrogáveis por mais dez minutos para a apresentação de suas razões finais. A regra, portanto, é a realização dos debates orais, nos termos do artigo 403 do Código de Processo Penal.

Excepcionalmente haverá a apresentação de memoriais escritos em substituição aos debates orais em três situações (artigos 403, § 3º, e 404): a) se a causa for complexa; b) se houver elevado número de acusados; c) caso tenha sido deferida diligência imprescindível a ser cumprida sem necessidade de nova audiência.

Convertidos os debates orais em memoriais escritos, o Código de Processo Penal estabelece que as partes tenham o prazo de cinco dias para sua apresentação e, então, o juiz deverá proferir sentença no prazo de dez dias (artigo 403, § 3º).

---

vítimas, possíveis agressores; se curto, correse o risco de suprimir direitos consagrados na Constituição e nas leis processuais penais, instituindo, em lugar da justiça, a injustiça (ADORNO; IZUMINO, 2007). A sociologia contemporânea tem analisado cada vez mais esta temática na tentativa de: (a) calcular o tempo despendido pelo sistema de justiça criminal no processamento de uma infração penal; e (b) compreender em que medida os tribunais aplicam os dispositivos legais que regulam o tempo de um processo criminal. No que se refere ao cálculo do tempo propriamente dito, o pressuposto para a realização deste tipo de estudo diz respeito ao contraste dos conceitos de tempo legal e tempo necessário (SANTOS, 1996). O tempo legal para o processamento de um delito seria aquele estabelecido pela lei, pelos Códigos. Já o tempo necessário pode ser entendido como o tempo ideal de duração de um processo, tempo este que harmoniza rapidez e eficiência com proteção dos direitos (o que, em algumas situações, demanda a extensão do prazo prescrito em lei). Assim, um sistema de justiça será considerado tanto mais eficiente quanto menor a diferença existente entre o tempo legal e o tempo necessário, uma vez que: "O Conselho da Europa tem considerado que um processo estará em atraso logo que dure mais que o tempo exigido pelo sistema penal vigente, considerando as exigências decorrentes das regras processuais, constitucionais e outras que garantam direitos ou interesses legítimos do acusado, da vítima ou de terceiros" (SANTOS, 1996, p. 397)." RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes. O tempo da justiça criminal nos EUA, Brasil e Portugal em uma perspectiva comparada. *RBCCRIM*, n. 91, p. 227, São Paulo, jul. 2011.

No que se refere ao prazo para a apresentação dos memoriais ou alegações finais das partes, a rigidez da norma merece alguma flexibilização. A depender da situação concreta, poderá haver a necessidade de ampliação deste prazo para que a acusação e a defesa possam apresentar adequadamente suas razões finais.

A ampliação do prazo permite que o processo ganhe em efetividade e, ao mesmo tempo, amplia também a proteção dos direitos fundamentais na medida em que se caminha em direção ao justo processo.

Há necessidade dessa ampliação, pois o Código de Processo Penal estabelece como obrigatória a apresentação das alegações finais. Caso a acusação não apresente alegações finais não poderá o juiz julgar o processo sem elas, devendo o magistrado oficiar ao Procurador Geral de Justiça para que este designe outro promotor a fim de oferecê-las. Poderá o juiz, se alguma situação especial o exigir, de ofício ou a pedido do Ministério Público, ampliar o prazo.

Em relação à defesa a situação é similar. Antes de substituir o defensor, o juiz deve proporcionar, com o acréscimo de prazo, chance para a defesa pronunciar-se. Em último caso, quando se trate de advogado constituído o juiz deverá intimar o acusado para que constitua novo defensor e, se não constituir, deverá o magistrado nomear defensor dativo. Tratando-se de defensor dativo, poderá o juiz substitui-lo diretamente sem a necessidade de intimação prévia do acusado. Por fim, caso a defesa esteja sob os cuidados da Defensoria Pública, então o juiz deverá oficiar ao Defensor Público Geral para que designe outro defensor público a fim de oferecer alegações finais do processo.

Deve o juiz buscar o prazo adequado e razoável a depender da situação, antes de substituir o representante da parte.

Em suma, razões como a complexidade da causa ou mesmo a existência do material probatório podem justificar a ampliação do prazo pelo magistrado a fim de propiciar às partes, acusação e defesa, o exercício de sua função, antes de afastar quem representa a parte.

5.4 – Flexibilização, prova e meios virtuais

O desenvolvimento tecnológico acaba, na atualidade, por expor a intimidade de uma maneira nunca antes vista. O engenho humano cria com rapidez impensável novas formas tecnológicas e a legislação não consegue acompanhar estas mudanças[184].

[184] A preocupação, contudo, não é recente. Não se pode esquecer do fundamental texto escrito em 1890 "The Right to privacy" em que se asseverou que: *The right of one who has remained a private individual, to prevent his public portraiture, presents the simplest case for such extension; the right to protect one's self from pen portraiture, from a discussion by the press of one's private affairs, would be a more important and far-reaching one. If casual and unimportant statements in a letter, if handiwork, however inartistic and valueless, if possessions of all sorts are protected not only against reproduction, but against description and enumeration, how much more should the acts and sayings of a man in his social and domestic relations be guarded from ruthless publicity. If you may not reproduce a woman's face photographically without her consent, how much less should be tolerated the reproduction of her face, her form, and her actions, by graphic descriptions colored to suit a gross and depraved imagination. The right to privacy, limited as such right must necessarily be, has already found expression in the law of France.' It remains to consider what are the limitations of this right to privacy, and what remedies may be granted for the enforcement of the right. To determine in advance of experience the exact line at which the dignity and convenience of the individual must yield to the demands of the public welfare or of private justice would be a difficult task; but the more general rules are furnished by the legal analogies already developed in the law of slander and libel, and in the law of literary and artistic property. i. The right to privacy does not prohibit any publication of matter which is of public or general interest. In determining the scope of this rule, aid would be afforded by the analogy, in the law of libel and slander, of cases which deal with the qualified privilege of comment and criticism on matters of public and general interest. There are of course difficulties in applying such a rule; but they are inherent in the subjectmatter, and are certainly no greater than those which exist in many other branches of the law,- for instance, in that large class of cases in which the reasonableness or unreasonableness of an act is made the test of liability. The design of the law must be to protect those persons with whose affairs the community has no legitimate concern, from being dragged into an undesirable and undesired publicity and to protect all persons, whatsoever; their position or station, from having matters which they may properly prefer to keep private, made public against their will. It is the unwarranted invasion of individual privacy which is reprehended, and to be, so far as possible, prevented. The distinction, however, noted in the above statement is obvious and fundamental. There are persons who may reasonably claim as a right, protection from the notoriety entailed by being made the victims of journalistic enterprise. There are others who, in varying degrees, have renounced the right to live their lives screened from public observation. Matters which men of the first class may justly contend, concern themselves alone, may in those of the second be the subject of legitimate interest to their fellow-citizens. Peculiarities of manner and person, which in the ordinary individual should be free from comment, may acquire a public importance, if found in a candidate for political office. Some further discrimination is necessary, therefore, than to class facts or deeds as public or private according to a standard to be applied to the fact or deed per se. To publish of a modest and retiring individual that he suffers from an impediment in his speech or that he cannot spell correctly, is an unwarranted, if not an unexampled, infringement of his rights, while to state and comment on the same characteristics found in a would-be congressman could not be regarded as beyond the pale of propriety. The general object in view is to protect the privacy of private life, and to whatever degree and in whatever connection a man's life has ceased to be private, before the publication under consideration has been made, to that extent the protection is to be withdrawn.' Since, then, the propriety of publishing the very same facts may depend wholly upon the person concerning whom they are published, no fixed formula can be used to prohibit obnoxious publications. Any rule of liability adopted must have in it an elasticity which shall take account of the varying circumstances of each case, -**a** necessity which unfortunately renders such a doctrine not only more difficult of application, but also to a certain extent uncertain in its operation and easily rendered abortive. Besides, it is only the more flagrant breaches of decency and propriety that could in practice be reached, and it is not perhaps desirable even to attempt to repress everything which the nicest taste and keenest sense of the respect due to private life would condemn. In general, then, the matters of which the publication should be repressed may be described as those which concern the private life, habits, acts, and relations of an individual, and have no legitimate connection with his fitness for a public office which he seeks or for which he is suggested, or for any public or quasi public position which he seeks or for which he is suggested, and have no legitimate relation to or bearing upon any act done by him in a public or quasi public capacity. The foregoing is not designed as a wholly accurate or exhaustive definition, since that which must ultimately in a vast number of cases become a question of individual judgment and opinion is*

incapable of such definition; but it is an attempt to indicate broadly the class of matters referred to. Some things all men alike are entitled to keep from popular curiosity, whether in public life or not, while others are only private because the persons concerned have not assumed a position which makes their doings legitimate matters of public investigation.'" WARREN, S. D.; BRANDEIS, L. D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, v. IV, n. 5, Dec. 1890. Em tradução livre: "O direito de um particular, para evitar que seu retrato se tornasse público, apresenta o caso mais simples para essa extensão, o direito de proteger a si mesmo a partir de retratos, a partir de uma discussão pela imprensa de um de assuntos particulares, seria um direito mais importante e de grande alcance. Se as declarações ocasionais e sem importância em uma carta, se obra, porém sem arte e sem valor, se as posses de todos os tipos estão protegidos não só contra a reprodução, mas contra descrição e enumeração, quanto mais deveriam os atos e ditos de um homem em sua relação social e nas relações domésticas ser vigiado de publicidade implacável. Se você não pode reproduzir o rosto de uma mulher sem o consentimento dela fotograficamente, muito menos deve ser tolerada a reprodução de seu rosto, sua forma e suas ações, por descrições gráficas coloridas para atender a uma imaginação bruta e depravada. O direito à privacidade, limitado tal como esse direito deve necessariamente ser, já encontra expressão na lei da França. " Resta considerar quais são as limitações a este direito à privacidade, e que remédios podem ser concedidos para a aplicação do direito. Para determinar, antes da experiência da linha exata em que a dignidade e a conveniência do indivíduo deve ceder às exigências do bem-estar público ou da justiça privada seria uma tarefa difícil, mas as regras mais gerais são fornecidos pelas analogias legais já desenvolvidos na lei de calúnia e difamação, e na lei da propriedade literária e artística. i. O direito à privacidade não proíbe qualquer publicação de matéria que é de interesse público ou geral. Na determinação do âmbito desta regra, a ajuda que seria proporcionada pela analogia, a lei de calúnia e difamação, de casos que lidam com o privilégio qualificado de comentários e críticas sobre assuntos de interesse público e geral. Há dificuldades na aplicação de tal regra, mas elas são inerentes ao objeto, e certamente não são maiores do que as que existem em muitos outros ramos do direito,-por exemplo, em que a grande classe de casos em que a razoabilidade ou irracionalidade de um ato é feito o teste de responsabilidade. O projeto de lei deve ser para proteger as pessoas com cujos assuntos a comunidade não tem preocupação legítima, de ser arrastado para uma publicidade indesejável e indesejada e proteger todas as pessoas, seja qual for a sua posição ou estação, de ter assuntos que podem corretamente preferir manter privada do que tornada pública contra a sua vontade. É a invasão injustificada da privacidade do indivíduo que está repreendida, e deve ser, tanto quanto possível, impedida. A distinção, no entanto, observada na declaração acima é óbvia e fundamental. Há pessoas que podem razoavelmente afirmar como um direito a proteção contra a notoriedade de terem sido feito vítimas de empresa jornalística. Há outros que, em diferentes graus, renunciaram ao direito de viver suas vidas rastreadas a partir da observação do público. Assuntos que os homens do primeiro grupo pode justamente lutar, pode, nos do segundo, ser objecto de interesse legítimo para os seus concidadãos. Peculiaridades do modo e pessoa, que no indivíduo comum deve ser livre de comentário, pode adquirir uma importância pública, se encontram em um candidato a um cargo político. Alguma discriminação é necessária, portanto, baseada em fatos ou atos de classe como pública ou privada de acordo com um padrão a ser aplicado ao fato ou ação em si. Para publicar sobre um indivíduo modesto e retraído que sofre de um impedimento em seu discurso ou que ele não pode soletrar corretamente, é uma injustificada discriminação, se não for uma infração, sem precedentes de seus direitos, enquanto comentar sobre as mesmas características encontradas em um candidato a deputado não poderia ser considerado como além dos limites da propriedade. O objetivo geral em vista é para proteger a privacidade da vida privada, e se em qualquer grau e em qualquer conexão a vida de um homem deixou de ser privada, antes da publicação, nessa medida a protecção é de ser retirada. ' Desde, então, a propriedade de publicar os fatos mesmos pode depender inteiramente sobre a pessoa a respeito de quem são publicadas, nenhuma fórmula fixa pode ser usada para proibir publicações desagradáveis. Qualquer regra de responsabilidade adotada deve ter nela uma elasticidade que deve ter em conta as diferentes circunstâncias de cada caso, uma necessidade, que, infelizmente, torna tal doutrina não só mais difícil de aplicação, mas também, em certa medida incerta em sua operação e facilmente repelida. Além disso, são apenas as violações mais flagrantes de decência e decoro que poderiam na prática, ser alcançadas, e isso não é desejável, talvez até mesmo para tentar reprimir tudo o que o melhor sabor e mais afiado senso de respeito à vida privada condenaria. Em geral, então, as questões de que a publicação devem ser reprimidas podem ser descritas como aquelas que se referem à vida privada, hábitos, atos, e às relações de um indivíduo, e não tem qualquer ligação legítima com a sua aptidão para um cargo público que ele procura ou para os quais ele é sugerido, ou para qualquer cargo público ou quase público, que ele busca ou para os quais ele é sugerido, e não têm nenhuma relação legítima ou influência sobre qualquer ato praticado por ele em uma função pública ou quase pública. O precedente não é concebido como uma definição totalmente precisa ou exaustiva, uma vez que o que deve, finalmente, em um grande número de casos se tornar uma questão de julgamento individual e de opinião é incapaz de tal definição, mas é uma tentativa de indicar amplamente a classe de assuntos referidos. Algumas coisas todos os homens são iguais no direito a manter-se da

No processo penal, se de um lado temos a necessidade de proteção da intimidade, de outro, é preciso o aprimoramento das técnicas investigativas e probatórias para a adequada investigação, mormente em relação aos crimes praticados no mundo virtual. Assim, a Lei 12.737/2012 busca proteger a intimidade no meio virtual tipificando várias condutas de violação da intimidade.

A proteção da intimidade encontra previsão constitucional no artigo 5º, X, que considera invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação.

Da mesma forma, o artigo 11 do Pacto de São José da Costa Rica prevê a proteção da intimidade ao dispor:

> "1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas."

Como já dito, uma das características da sociedade moderna é a velocidade no avanço da tecnologia com implicação na vida diária do indivíduo. Por isso, a adoção de regras rígidas para a obtenção da prova no meio virtual é fadada ao insucesso, tanto na proteção do indivíduo, como na própria efetividade do processo.

A proteção ao indivíduo é diminuída na medida em que, apesar de qualquer esforço legislativo, sempre haverá um espaço da intimidade sem proteção. Isto porque o legislador não consegue regular todas as possibilidades reais de exposição da intimidade, seja no meio virtual ou não, ou porque não é capaz de antecipar as mudanças que a tecnologia trará.

A efetividade do processo também é comprometida. A falta de melhoria na atuação dos órgãos de investigação pode gerar sua paralisia e, com isso, importantes dados probatórios podem deixar de ser colhidos.

Diante deste quadro, a adoção de modelo flexível é a melhor resposta na obtenção de fontes de prova virtuais, permitindo ao mesmo tempo maior proteção da intimidade e maior eficácia na investigação.

---

curiosidade popular, seja na vida pública ou não, enquanto outras são apenas privadas porque as pessoas em causa não assumiram uma posição que faz com que os seus feitos se tornem legítimos de investigação pública"

Este modelo flexível já existe no Direito norte-americano, trata-se da teoria das *private searches*.

Nos EUA a proteção à intimidade é assegurada pela IV Emenda Constitucional que estabelece:

> "O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas."[185]

Entende-se que a Quarta Emenda aplica-se diretamente ao Poder Público, não ao particular. Daí conclui-se que sempre que o particular puder realizar uma busca sem autorização judicial, também poderá o Estado realizá-la da mesma forma. A questão consiste justamente no estabelecimento de padrões para que se reconheça em quais hipóteses estaria o particular agasalhado por tal possibilidade para ser estendida ao Estado.

Para a fixação dos padrões foi criada a teoria das *private searches* ou "buscas particulares". Esta teoria surgiu com o caso Katz v. EUA de 1967[186].

---

[185] Disponível em: <http://www.mspc.eng.br/temdiv/const_usa01.shtml#eme_4> Acesso em: 09 de janeiro de 2013.

[186] Acerca deste precedente ensina ORIN S. KERR: "Katz v. United States228 famously attempted to bring Fourth Amendment law into the world of new technologies by introducing the "reasonable expectation of privacy" test. *The new world of computer search and seizure sheds new light — and perhaps new skepticism — on Katz's privacy-based focus. The concept of privacy doesn't quite capture the purpose of Fourth Amendment rules, it suggests; privacy is best seen as a vital byproduct of Fourth Amendment rules, not its goal. The perspective of computer search and seizure suggests that the deeper role of Fourth Amendment doctrine is regulating the information flow between individuals and the state. In a sense, the digital world of computer data is a particularly pure platform for the Fourth Amendment to operate: it offers an environment of pure data, and considers how the courts can limit and regulate law enforcement access to that data given the practical dynamics of how the data can be retrieved. Privacy results when the rules restrict access or use of that information, but the broader question is how to regulate government access to information. The dynamics of criminal investigations in physical space support one set of answers to this question. The dynamics of investigations involving digital evidence may support another."* (KERR, Orin S. Searches and seizures in a digital world. *Harvard Law Review*, v. 119, p. 531, 2005). Em tradução livre: Katz, contra Estados Unidos 228 famosa por trazer a Quarta Emenda ao mundo das novas tecnologias, introduzindo o teste da "expectativa razoável de privacidade". O novo mundo de busca e apreensão de computador lança uma nova luz - e talvez um novo ceticismo – no foco do teste de privacidade de Katz. Sugere que o conceito de privacidade não capta bem a finalidade das regras da Quarta Emenda; privacidade é melhor vista como um subproduto vital de regras da Quarta Emenda, e não seu objetivo. A perspectiva de busca e apreensão de computador sugere que o papel mais profundo da doutrina Quarta Emenda regula o fluxo de informações entre os indivíduos e o Estado. Em certo sentido, o mundo digital de dados de computador é uma plataforma particularmente pura para a Quarta Emenda operar: oferece um ambiente de dados puros, e considera como os tribunais podem limitar e regular o acesso da aplicação da lei para que os dados fornecidos a dinâmica

Katz estava sendo investigado pela FBI por suspeita da prática de apostas ilegais. Estas apostas seriam feitas em um telefone público que ficava dentro de uma cabine pública.

Sem autorização judicial, o FBI colocou um dispositivo dentro do telefone que Katz utilizava e esta prova serviu para sua condenação. Katz recorreu da decisão condenatória argumentando que tratava-se de violação da Quarta Emenda. A Suprema Corte dos EUA teve este entendimento. Para fazer esta análise foi desenvolvido um teste, dando origem à teoria das *private searches*. Por meio desse teste, foi possível perceber se havia a efetiva expectativa de privacidade (neste caso não poderá ser usada a prova) ou não (neste caso poderá ser usada a prova).

O teste consistiu em uma análise ampla da expectativa de privacidade, tanto do ponto de vista do indivíduo quanto da sociedade:

a) expectativa subjetiva de privacidade – consiste na opinião do indivíduo de que possui, naquela situação, privacidade;

b) expectativa objetiva de privacidade – consiste na expectativa de privacidade reconhecida pela sociedade.

Assim, a análise é dupla. Em um primeiro momento questiona-se a expectativa de privacidade do ponto de vista do indivíduo fazendo-se a pergunta "o indivíduo crê gozar de expectativa de privacidade nesta situação?" Caso a resposta seja afirmativa passa-se a um critério objetivo: "A sociedade reconhece como legítima esta expectativa de privacidade do indivíduo?"

O Supremo Tribunal Federal adotou, ainda que implicitamente, os parâmetros apresentados acerca do teste da privacidade em um caso em que um indivíduo era acusado da prática de crime militar e teria, conforme a imputação, valido-se de computador para a difusão das mensagens que o incriminavam. Este computador não era de sua propriedade, mas de uma *lan house*. Os policiais foram até lá, sem mandado judicial e apenas com a autorização do proprietário da *lan house* apreenderam o computador, o que permitiu que chegassem até o acusado.

O Supremo Tribunal Federal entendeu ser válida a prova e, de trecho do voto da relatora, extrai-se a seguinte passagem:

> "Não há falar, nessa perspectiva, em qualquer violação do direito de privacidade do paciente em relação ao conteúdo de comunicações que teria mantido com

---

práticas de como os dados podem ser recuperados. Privacidade resulta quando as regras restringem o acesso ou uso dessas informações, mas a questão mais ampla é como regular o acesso a informações pelo governo. A dinâmica da investigações criminais com apoio espaço físico oferece um conjunto de respostas a esta questão. A dinâmica da investigações envolvendo prova digital pode apoiar o outro."

> terceiros, já que ele próprio as disponibilizou a esses terceiros e esses escolheram revelá-las às instituições militares, por seu teor criminoso. Feitas as devidas adaptações, seria como se pretender violação de privacidade pelo fato de o destinatário de carta com ameaças as revelar às autoridades policiais (*HC* 103.425/AM, Rel. Min. Rosa Weber, j. 26.06.2012).

Apliquemos o teste da toria norte-americana a este caso: 1) o acusado acreditava estar abarcado pela proteção da intimidade? É possível que a resposta seja afirmativa, pois, em regra, as pessoas acreditam que no uso da internet estão protegidas. 2) a sociedade acredita como legítima esta expectativa de privacidade? A resposta só pode ser negativa, com efeito, a sociedade, pensando-se no padrão de quem transmite a outrem seus segredos em *lan house*, não aceita como legítima a expectativa de privacidade neste caso.

Com tais parâmetros, o uso da teoria representa forma exemplar de proteção dos direitos fundamentais ligados à privacidade e à efetividade do processo, compondo ambos os valores.

Em recente texto sobre a proteção da privacidade ORIN KERR realça a necessidade de busca do equilíbrio mencionado:

> *"This Article suggests a new way to think about the development of Fourth Amendment law. By focusing attention on technological and social change as an engine of Fourth Amendment development, it has viewed existing law like a tree with many rings. Just as each ring adds to the tree, growing the tree one ring at a time, so Fourth Amendment law grows case-by-case, with each ring growing in response to some new technology or change in practice. By looking at how the Fourth Amendment develops, the Article has revealed a body of law that is constantly struggling to maintain its role over time. Today's law reflects the accumulated efforts of equilibriummaintenance over many decades. The dynamic is easy to miss. Just as an observer looks at an adult tree and sees a tall edifice that seems fixed, so have scholars looked at existing law and seen a large structure that seems like a fixed mass that is hard to explain. Scholars have focused on the principles layer of doctrine: they have sought to derive the meaning of the Fourth Amendment from its grand tests such as the "reasonable expectation of privacy" test and the balancing of "reasonableness." Recognizing how the law develops, one ring at a time, in response to new facts that alter police power, reveals a different dynamic. So viewed, the law becomes surprisingly coherent in a way scholars have missed. The continuing judicial effort to maintain Fourth Amendment balance is in part a testament to the timeless nature of the prohibition of unreasonable searches and seizures. Unlike most areas of constitutional law doctrine, the basic dynamic of Fourth Amendment law resembles a zero-sum game. Search and seizure law must balance enforcement of criminal prohibitions with the need to preserve civil liberties. Decisions about where to draw the lines invariably move along a*

> *continuum from less police power to more police power. Adjustments guided by historical norms provide a rough baseline for striking the balance that has maintained its appeal today. The Supreme Court continues to try to maintain the balance of the Fourth Amendment in a world with changing facts, and equilibrium-adjustment has provided the critical tool to achieve that vital goal."*[187].

A teoria das *private searches* flexibiliza a forma de verificação da intimidade e sua proteção, de forma a compor o binômio garantismo e eficácia do processo ampliando a atuação de ambos.

5.5 – O uso do Recurso em Sentido Estrito para hipóteses não previstas em lei como forma de flexibilização em sentido amplo

O sistema recursal brasileiro assenta-se na ideia da irrecorribilidade das decisões interlocutórias. Não se trata, contudo, de ideia rígida, pois o Código de Processo Penal contempla hipóteses de Recurso em Sentido Estrito, no artigo 581 e o Recurso de Apelação, das decisões definitivas ou com força de definitivas previstas, no artigo 593, e incisos. São exceções que o Código contempla, pois a regra é outra: as decisões interlocutórias são irrecorríveis[188].

O legislador brasileiro tem se valido da técnica das reformas pontuais para as mudanças das regras do Código de Processo Penal. Isso gera sempre o mesmo problema: são criados novos institutos processuais e as decisões que os examinam não são atreladas aos recursos.

Já se vem admitindo com alguma parcimônia a utilização, no Recurso em Sentido Estrito, a chamada interpretação extensiva como maneira de atenuar a rigidez da regra da irrecorribilidade das decisões interlocutórias. Assim, a doutrina e mesmo a jurisprudência aceitam que haja interposição do Recurso em Sentido Estrito da decisão que rejeita o aditamento da

---

[187] KERR, Orin S. An equilibrium-adjustment theory of the fourth amendment. *Harvard Law Review*, n. 476, 2011. Disponível em: <http://home.heinonline.org/>. Acesso em: 03 de março de 2011.

[188] A par disso, o direito ao recurso mostra-se como direito fundamental como já observado por LUCIANA RODRIGUES KREMPEL: "A possibilidade de se recorrer está justamente no facto de haver uma possibilidade de erro, já que como bem sabemos, as decisões são proferidas por homens e, portanto, falíveis. E, mais, o princípio do duplo grau de jurisdição, hoje claramente garantido pela Constituição da República (LGL 1988\3) Portuguesa, demonstra que se fazia necessário a possibilidade de se recorrer em matéria de facto, já que é justamente no tocante a essa matéria que a probabilidade de erro é maior. Os recursos assumem, então, ademais da condição de um direito fundamental de defesa, assegurado expressamente pela Constituição da República (LGL 1988\3) Portuguesa, a partir da 4.ª Revisão Constitucional, ocorrida em 1997, em seu art. 32.º, n. 1, o papel de remédio jurídico. Esta caracterização fica evidenciada, uma vez que os recursos visam sanar um mal, qual seja, o de um erro em uma decisão." KREMPEL, Luciana Rodrigues. Os recursos em processo penal: relevância e determinação tendo em vista a ordem jurídica constitucional e processual penal em Portugal. *RBCCrim*, n. 45, p. 59, São Paulo, RT, out. 2003.

denúncia ou queixa-crime. Trata-se de extensão do disposto no artigo 581, I, do Código de Processo Penal para hipótese não prevista pelo legislador, como já abordado anteriormente.

Há ainda em relação a outras decisões interlocutórias, a ausência expressa de previsão do legislador de recurso específico. Isso pode ser superado por meio de novas flexibilizações por interpretação extensiva. Vejamos duas delas.

Em primeiro lugar a decisão sobre as medidas cautelares pessoais previstas no artigo 319, do Código de Processo Penal, e a sobre a prisão domiciliar prevista no artigo 318 do Código de Processo Penal. Não há, no artigo 581 do referido Código, nenhuma previsão, expressa, de recurso para a decisão que indefere a aplicação de alguma destas medidas. Isto porque tais medidas mencionadas acima referem-se à Lei publicada em 2011, mas o artigo 581, do Código de Processo Penal, não sofreu qualquer alteração.

A primeira possibilidade, mais rígida, seria reconhecer a impossibilidade de recurso. No entanto, não é a melhor. A solução é irrazoável pois, o próprio legislador admitiu o Recurso em Sentido Estrito para decisões similares como sucede com a decisão que indefere o pedido de prisão preventiva.

Preferível a possibilidade que, por meio de flexibilização com base em interpretação extensiva, admita a incidência de algum dos incisos do artigo 581 do Código de Processo Penal para decisão sobre as medidas cautelares.

Para o acusado, sempre há a possibilidade de uso do *habeas corpus* e, por isso, embora, em tese, a admissibilidade da flexibilização é menos relevante. Necessária, contudo, para a acusação, quando o juiz indefere o pedido de aplicação de medida diversa da prisão.

Trata-se de situação similar ao indeferimento do pedido de prisão preventiva. Em suma, é cabível a hipótese de aplicação do Recurso em Sentido Estrito prevista no artigo 581, V, do Código de Processo Penal.

Caso o magistrado defira o pedido de medida cautelar diversa da prisão, também será cabível o recurso com fulcro no mesmo inciso. Conceder a medida cautelar diversa da prisão equivale, ontologicamente, a deferir a liberdade provisória, decisão também constante do rol do inciso V, do artigo 581, do Código de Processo Penal.

Deve-se até permitir que a vítima possa recorrer da decisão que decretou medida cautelar diversa da prisão ou mesmo da que indeferiu o pedido de prisão preventiva. Não se deve acatar posição no sentido de que a vítima teria unicamente interesse patrimonial no processo penal, na linha da inclinação existente no sentido de aumento nos poderes da vítima no processo penal.

Ademais, o Código de Processo Penal expressamente defere à vítima o direito de requerer a aplicação de medidas cautelares pessoais em face do réu nos termos do artigo 282, §§ 2º e 4º. Ora, se a vítima pode requerer ao magistrado, também poderá recorrer da decisão que negue seu pleito. Não haveria sentido em um sistema que a vítima pudesse requerer ao magistrado a aplicação das medidas cautelares pessoais mas não pudesse recorrer desta decisão, limitando-se o recurso apenas ao Ministério Público[189].

[189] É importante notar que o papel da vítima no processo penal tem sido cada vez mais objeto de controvérsias como demonstra LUIZ ARROYO ZAPATERO: "Não é justa a censura feita aos penalistas liberais por haverem abandonado as vítimas. O Direito Penal liberal é, precisamente, a superação da vingança privada, que anteriormente era administrada pelo rei em nome das vítimas, desconsiderando por completo o delinquente. Isto não é casualidade e sim uma grande conquista intelectual e política da humanidade. Somente há que atentar para as condições sociais e culturais dos países nos quais a vítima tem um papel hegemônico. Entretanto o problema radica no fato de que efetivamente houveram aspectos relacionados à vítima que foram esquecidos pelas legislações. Somente há pouco tempo é que se instrumentalizou, em alguns países, a possibilidade de indenização das vítimas de delitos violentos ou de vítimas de delitos determinados, como as do terrorismo. Cabe destacar, neste ponto, a Decisão Marco da União Europeia que trata do estatuto da vítima no Direito Penal, de 2001, e a Diretiva de 2004 que trata da indenização das vítimas de delitos violentos. As Nações Unidas adotaram em 1985 uma relevante declaração sobre os princípios fundamentais de justiça para as vítimas de delitos e de abuso de poder, a qual, apesar de começar a abrir caminho, todavia necessita de uma maior hierarquia normativa. É necessário o ajuste de todo o Direito Penal à proteção das vítimas, entretanto as vítimas não podem se apoderar do Direito Penal. Vivemos em um "tempo das vítimas" e isso não significa que essa compulsão social e política a favor da vítima seja um capricho antiliberal momentâneo, e sim algo que qualquer especialista na teoria da comunicação audiovisual saberia explicar: A televisão - especialmente depois de que se perderam os pudores - coloca, por exemplo, na mesa de almoço ou de jantar das famílias cenas de vítimas esfaceladas por uma bomba. Essa apresentação ao vivo e em direto do horror terminou gerando uma tensão social de repulsa à criminalidade, de solidariedade cega às vítimas, de exigência ao Estado de uma tutela total, e, por sua vez, uma ausência total de receio ante o Estado. Esses efeitos dos meios e modos de comunicação modernos são elementos da realidade que nós penalistas devemos ter em conta para poder enfrentar os clamores pela inocuização, para enfrentar as políticas criminais de telejornal, de Direito Penal puramente simbólico, e também para evitar o recurso desponderado à meios miraculosos modernos. Como exemplo está o "descobrimento" das novas tecnologias e a pretensão de colocar braceletes eletrônicos em milhares de pessoas condenadas, mesmo quando os poucos especialistas existentes sobre o assunto afirmam que estes meios de controle somente funcionam com êxito se aplicados sobre sujeitos que estão dispostos a submeter-se voluntariamente ao controle. Todo o exposto faz parte do nosso mundo moderno. O Estado tem o dever de garantir à sociedade, sacudida pelo impacto dos meios, que efetivamente atua. O que devemos almejar, é que o Estado cometa as menores barbaridades possíveis, e devemos comunicar à sociedade que esta é a conduta do Estado, realizada com os menores custos possíveis. Em todo caso, o que nem os penalistas e nem a sociedade podem permitir é que existam espaços nas normas penais em que a vítima esteja desprotegida." ZAPATERO, Luis Arroyo. A harmonização internacional do direito penal: ideias e processos. *RBCCrim*, n. 84, p. 49, São Paulo, RT, mai. 2010.

CAPÍTULO 6: FLEXIBILIZAÇÃO E COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

6.1 – O dever constitucional de cooperação

A noção clássica de soberania, apresentada no Capítulo 1, sofreu um duro abalo com o advento do Estado Democrático de Direito e, depois, a concepção do Estado Constitucional Cooperativo acabou por fundamentar as bases de uma nova percepção da soberania.

Falar em fundamentos da cooperação implica reconhecer a base de sustentáculo da cooperação. Implica discutir, portanto, de onde promana a cooperação. Implica também em discutir se há um dever de cooperação constitucionalmente previsto.

Na Constituição Federal encontra-se uma série de argumentos para sustentar a existência de um dever de cooperação.

No preâmbulo tem-se a indicação da vocação constitucional para a cooperação.

No preâmbulo está assim escrito:

> "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL".

Há específica passagem no preâmbulo que deve ser destacada. Quando foi escrito que o Brasil compromete-se na "ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias". Este comprometimento na ordem internacional com a solução

pacífica das controvérsias indica a disposição do legislador constituinte para a cooperação entre os Estados.

Ainda no texto constitucional, outra não é a determinação do constituinte. Como se infere da leitura do artigo 4º, quando estabelece que o Brasil será regido por determinados princípios em suas relações internacionais.

Neste artigo 4º, há, pelo menos, um inciso que demonstra claramente o dever de cooperação imposto pela Constituição Federal, trata-se do disposto no inciso IX que dispõe sobre o princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

Este inciso IX indica o dever de cooperar. A cooperação, como visto em capítulo anterior, com fundamento no Estado Constitucional Cooperativo, é um dos meios pelos quais se desenvolve o progresso da humanidade. Enfim, não há como se negar que a cooperação é um mandamento constitucional[190].

Mas, além do disposto no inciso IX, há outros incisos deste mesmo artigo que também conduzem ao reconhecimento do dever de cooperar.

Destaquemos cada um deles: a) princípio da autodeterminação dos povos (inciso III); b) princípio da igualdade entre os Estados (inciso V); c) princípio da solução pacífica dos conflitos (inciso VII); d) princípio da integração econômica, política, social e cultural (parágrafo único do artigo 4º).

Da mesma forma, há ainda que se destacar o contido no inciso I, do artigo 1º; que trata do estabelecimento da soberania como fundamento da República. Ora, partindo-se do conceito desenvolvido por PETER HÄBERLE de Estado Constitucional Cooperativo, percebe-se claramente a relação entre soberania e Cooperação Jurídica Internacional[191].

---

[190] Neste sentido, de se destacar a lição de WAGNER MENEZES que demonstra que a cooperação é princípio presente na maioria dos Estados, notadamente a partir da Carta de São Francisco: "Nesse sentido, esforço foi feito pela Organização das Nações Unidas que, na Carta de São Francisco, em seu art. 2º, acabou por pautar os princípios que orientariam a ação isolada e as relações entre os Estados no plano internacional, bem como a produção de normas jurídicas derivadas dessas relações, prescrevendo, como princípios de seus Estados-membros: a) a igualdade entre os Estados; b) a boa-fé; c) solução pacífica de controvérsias; d) não-intervenção; e) autodeterminação dos povos e g) cooperação." MENEZES, Wagner. Os princípios no direito internacional. In: CASELLA, Paulo Borba; RAMOS, André de Carvalho (coords.). *Direito internacional:* homenagem a Adherbal Meira Mattos. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 698.

[191] O princípio da solidariedade também é fonte do dever constitucional de cooperar conforme se depreende da lição de MAURILIO CASAS MAIA: "A solidariedade internacional é, nessa linha de raciocínio, resultado da descoberta por parte dos povos do planeta de um crescente regime de interdependência dos Estados nacionais e da alta possibilidade do destino comum entre os mesmos, como leciona Nasser, citando Wendt, asseverando ser a "interdependência" fluente da relação de bens e riscos naturais nas relações entre

Isto porque o Estado Constitucional Cooperativo implica em mudança na concepção de soberania a fim de que possa ser aumentada a relação entre os países.

Com isso, o paradigma da confiança entre os Estados dá maior efetividade à soberania do que aquele paradigma da desconfiança em que a ordem internacional era vista como que um estado de natureza entre os Estados.

Neste sentido, é o importante estudo de ANTENOR MADRUGA:

> "Vista sob a perspectiva da cooperação jurídica internacional, do interesse direto dos próprios Estados, a concessão de *exequatur* a decisões estrangeiras encaminhadas por carta rogatória se mostra essencial não apenas para a eficácia do sistema público de solução de controvérsias e promoção dos interesses individuais, como também para a defesa dos interesses coletivos e difusos, prevenção e combate ao crime, segurança pública e defesa de nossas fronteiras.

Estados e o "destino comum" resulta dos bens e riscos aos quais estão os atores internacionais expostos igualmente. Nesse ponto, agiganta-se a solidariedade como imposição de conduta cogente ao Estado brasileiro no palco das relações internacionais. Ora, como um Estado detentor do objetivo de construção de uma sociedade livre, justa e solidária com fundamento na dignidade humana pode alcançar tal objetivo tomando atitude indigna e frustrante dos valores da liberdade, justiça e solidariedade no plano internacional? Em outras palavras se indaga: um Estado que tem por fundamento a dignidade humana e busca a construção de uma sociedade solidária pode macular tais valores em sua relação com seres humanos de outros Estados? A resposta às indagações acima alinhavadas parece ser apenas uma quando se trata de harmonização do texto constitucional, porque os fundamentos e objetivos do Estado brasileiro (arts. 1.º e 3.º, CF/1988) devem ser aplicados tanto nas relações domésticas quanto, *mutatis mutandis*, nas relações internacionais sob pena do fundamento de a dignidade humana se ver gravemente lesionado ainda que somente em relação a cidadãos de outros Estados. A não aplicação internacional da solidariedade, ademais, fere também a ideia da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, pois o argumento demagógico e egoísta de que tais ideias se circunscrevem ao plano doméstico geram raciocínio injusto não compatível com a ideia de dignidade humana e solidariedade planetária. A Constituição, portanto, impõe observância dos valores da *dignidade, justiça, liberdade, igualdade* e *solidariedade* nas relações internacionais e, ainda que tais institutos jurídicos não sejam citados expressamente no art. 4.º da CF/1988, entre os princípios regentes das relações internacionais, sua observância é cogente sob pena de patente desrespeito aos fundamentos e objetivos do Estado brasileiro. Trata-se, salvo entendimento mais lúcido, de posicionamento que interpreta harmonicamente o art. 4.º da CF/1988 com os demais dispositivos da Carta Maior. Retorna-se, após transitar pelo texto constitucional, à questão da interdependência dos Estados. A interdependência remete à cooperação e esta, por sua vez, remete-nos à solidariedade. Tem-se conotação inversa, entretanto, quando se traz à tona a soberania ligada à independência e ao valor liberdade. A ideia de interdependência e soberania, embora aparentemente conflituosas e constantemente em tensão, podem e devem ser compatibilizadas. Neste sentido Virally: "A Soberania segue sendo perfeitamente viável em situação de interdependência, impondo a todo Estado ter em conta os interesses dos demais a fim de manter com eles relações mutuamente proveitosas". Se por um lado a igualdade soberana estatal e autodeterminação dos povos são princípios internacionais das relações brasileiras, também o são a solidariedade e a cooperação, motivo pelo qual a ponderação entre estes princípios é tarefa constante para produção de uma sociedade internacional justa, igualitária, solidária e livre. Assim, cooperar para uma sociedade internacional justa, igual, solidária e livre é *condictio sine qua non* para o desenvolvimento dos povos, motivo pelo qual se faz imprescindível um breve estudo do chamado princípio da cooperação para o desenvolvimento internacional." MAIA, Maurilio Casas. A cooperação solidária e a desigualdade compensadora como mandamento constitucional brasileiro e imperativo do direito internacional do desenvolvimento. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 79, p. 329, São Paulo, RT, abr. 2012.

> Enfim, a nossa soberania depende cada vez mais da cooperação jurídica internacional" [192].

Ainda, o artigo 3º, II, da Constituição Federal, coloca entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil o de "garantir o desenvolvimento nacional". Para isso, com a globalização e o aumento do comércio internacional surge, naturalmente, a necessidade da cooperação entre os Estados.

Por tudo isso, é possível falar no reconhecimento de um dever constitucional de cooperar.

6.2 – Formas de cooperação: Carta Rogatória

O primeiro instrumento da Cooperação Jurídica Internacional é a Carta Rogatória. Trata-se de clássico meio de cooperação e, basicamente, pode ser entendida como o veículo pelo qual a determinação contida pelo Poder Judiciário de outro país é cumprida no Brasil (no item 6.2 será desenvolvida melhor noção sobre a carta rogatória e sua abrangência).

6.2.1 – Noção e abrangência

A carta rogatória é o instrumento de Cooperação Jurídica Internacional por meio do qual a autoridade judiciária de um país solicita o auxílio da autoridade judiciária de outro país. Basicamente as cartas rogatórias são divididas em cartas rogatórias ativas e passivas. Será ativa a carta rogatória em que conste o Brasil como requerente da cooperação, passiva será aquela em que é solicitada a cooperação do Brasil.

---

[192] MADRUGA, Antenor. O Brasil e a jurisprudência do STF na idade média da cooperação jurídica internacional. *RBCCrim*, n. 54, p. 291, São Paulo, RT, 2005.

Durante muito tempo entendeu-se que as cartas rogatórias possuíam limitações quanto ao ato que poderia por meio delas ser praticado. Desta forma, era da tradição do nosso Direito que as cartas rogatórias somente poderiam, em regra, ter por objeto a prática de atos de informação ou de comunicação processual, não sendo possível o cumprimento de qualquer carta rogatória que tivesse natureza executória.

Mantinha-se a limitação existente na legislação brasileira, cuja origem remontava ao acordo diplomático com Portugal de 1841 e, depois, positivado pelo Aviso Circular de 1 de outubro de 1847. No entanto, gradativamente o dogma da não aceitação de cartas rogatórias executórias foi cedendo terreno nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Neste sentido, NADIA DE ARAÚJO identifica que o Supremo Tribunal Federal passou a permitir cartas rogatórias de cunho executório quando houvesse embasamento em "convenção bilateral ou multilateral expressa sobre a matéria"[193].

Assim, de acordo com a Carta Rogatória 7.910:

> "A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal orienta-se no sentido de considerar insuscetíveis de cumprimento, no Brasil, as cartas rogatórias passivas revestidas de caráter executório, ressalvadas aquelas expedidas com fundamento em atos ou convenções internacionais de cooperação interjurisdicional, como o "*Protocolo de Las Leñas*", que é inaplicável ao caso presente. Exequatur denegado. Precedentes." (Rel. Min. Celso de Mello, j. 01.09.1997)[194].

No entanto, perduraria no Poder Judiciário brasileiro a restrição ampla ao cumprimento de cartas rogatórias de cunho executório[195]. A mudança veio após a Emenda

---

[193] ARAÚJO, Nadia de. *Direito internacional privado:* teoria e prática brasileira. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 301.

[194] Do voto do relator extrai-se o seguinte e interessante trecho: "Em regra, as cartas rogatórias encaminhadas à Justiça brasileira somente devem ter por objeto a prática de simples ato de informação ou de comunicação processual, ausente, desse procedimento, qualquer conotação de índole executória, cabendo relembrar, por necessário, a plena admissibilidade, em tema de rogatórias passivas, da realização, no Brasil, de medidas cientificatórias em geral (intimação, notificação ou citação), consoante expressamente autorizado pelo magistério jurisprudencial prevalecente no âmbito desta Suprema Corte (RTJ 52/299 - RTJ 87/402 - RTJ 95/38 - RTJ 95/518 - RTJ 98/47 - RTJ 103/536 - RTJ 110/55)."

[195] Conforme se verifica da CR 8.377, originária do Panamá, em que se pretendia a repatriação de criança trazida para o Brasil, extrai-se do voto do relator o seguinte trecho: "Isso significa, portanto, que incide, no caso ora em exame, a restrição fundada no magistério jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, que, em tema de cartas rogatórias passivas - e com a só exceção dos casos definidos em convenções internacionais - não tem admitido a possibilidade jurídica de concessão de exequatur para fins de realização, no Brasil, de diligências de caráter executório (RTJ 52/299 - RTJ 87/402 - RTJ 93/517 - RTJ 95/38 - RTJ 98/518 - RTJ 103/536 - RTJ 110/55, v.g.)." (Rel. Min. Celso de Mello, j. 06.10.1998).

Constitucional nº 45, que alterou a competência para a análise das cartas rogatórias, transferida para o Superior Tribunal de Justiça.

No Supremo Tribunal Federal o assunto era regulamentado por meio de seu Regimento Interno. No Superior Tribunal de Justiça passou a ser tratado por meio da Resolução nº 9, de 04.05.2005. Nesta Resolução, ampliou-se o cumprimento de cartas rogatórias passivas, admitindo as de cunho executório.

Parte do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, e da doutrina[196], funda-se na própria Resolução nº 09, notadamente na interpretação de seu artigo 7º.

O artigo 7º dispõe:

> "Art. 7º As cartas rogatórias podem ter por objeto atos decisórios ou não decisórios. Parágrafo único. Os pedidos de cooperação jurídica internacional que tiverem por objeto atos que não ensejem juízo de delibação pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que denominados como carta rogatória, serão encaminhados ou devolvidos ao Ministério da Justiça para as providências necessárias ao cumprimento por auxílio direto."

Apesar da relevância da Resolução como marco regulatório para o cumprimento das cartas rogatórias, sua importância é relativa no sentido da mudança de paradigma para o cumprimento de cartas rogatórias de cunho executório.

O motivo principal da mudança, não foi a edição de um ato administrativo, mas a forma como os operadores do Direito passaram a encarar o tema da Cooperação Jurídica Internacional inserida no tema mais amplo do Estado Constitucional Cooperativo mencionado por PETER HÄBERLE e, principalmente, a inclinação atual para a flexibilização como forma de atenuar a rigidez dos critérios normativos.

Tanto é assim que, apesar da resolução, inicialmente o Superior Tribunal de Justiça manteve a orientação referida, alterando seu posicionamento posteriormente, como esclarece NADIA DE ARAÚJO:

---

[196] ARAÚJO, Nadia de. *A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do estado brasileiro no plano interno e internacional*. In: CASELLA, Paulo Borba; RAMOS, André de Carvalho (coords.). *Direito internacional:* homenagem a Adherbal Meira Mattos. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

> "No início a questão era tormentosa. Mas pouco a pouco o STJ caminha para uma maior utilização da Resolução nº 9 e tem deferido a maioria dos pedidos. O Min. Luiz Fux foi relator de dois casos, a CR 226 e a CR 438. Em sua primeira manifestação na CR 226, o Ministro Luiz Fux voltou a levantar a argumentação impeditiva do STF. No entanto, na CR 438, em que também se requeria a quebra de sigilo bancário para a apuração de crime de lavagem de dinheiro o Ministro Luiz Fux modificou seu entendimento e concedeu o *exequatur*. O Ministro foi sensível às modificações que a EC 45/04 promovera, e à necessidade de que o STJ assumisse posição mais efetiva no combate ao crime organizado transnacional. Deu prevalência, portanto, ao princípio da efetividade do poder jurisdicional no novo cenário da cooperação internacional"[197].

Como se vê, a base dessa flexibilização foi o princípio da efetividade na linha do que indicamos anteriormente nos estudos iniciais. O próprio Supremo Tribunal Federal também começa a indicar mudança em seu posicionamento. Veja-se, por exemplo, o *HC* 85.588/RJ, julgado em 15.12.2006, que teve por relator o Min. Marco Aurélio.

Embora da ementa extraia-se a ideia da não cooperação pela prática de atos executórios no Brasil, do voto vencedor, também do relator, verifica-se que seu posicionamento é justamente pela admissibilidade da prática de rogatória executória, independentemente da existência de Tratado. A concessão da ordem, neste caso, deu-se por outros motivos, não pelo caráter executório.

Contudo, há limites a serem observados para a execução de cartas rogatórias passivas, limites estes que correspondem aos por nós apontados no estudo sobre os parâmetros da flexibilização.

6.3 – Flexibilização na cooperação: O auxílio direto

Outra forma de flexibilização na Cooperação Internacional veio com o auxílio direto. É uma das formas de Cooperação Jurídica Internacional, além da carta rogatória, da extradição e da homologação de sentença estrangeira.

[197] Op. cit., p. 303-304.

Nas palavras de NADIA DE ARAÚJO, pode-se definir o auxílio direto como:

> "a cooperação efetuada entre autoridades centrais de países-parte de convenções internacionais com previsão para essa modalidade de cooperação, como, por exemplo, a Convenção de Haia sobre os aspectos cíveis do seqüestro de menores, e outras convenções bilaterais, como a entre o Brasil e Portugal, em matéria penal"[198].

Por meio desta modalidade, o pedido de cooperação chega ao Estado sem que necessariamente precise passar pelo Poder Judiciário. Isso representa importante flexibilização, pois cria agilidade nos pedidos de cooperação.

Basicamente, pode-se dizer que o auxílio direto está centrado na chamada "autoridade central". Ela é o ator principal da prática do ato cooperacional. Pode-se defini-la como:

> "o órgão encarregado de enviar ou de receber as solicitações de colaboração internacional, repassando-as para aqueles que originalmente as solicitaram ou, em sentido inverso, para aqueles que se encarregarão do seu cumprimento. Todo ato de colaboração internacional envolve, portanto, a figura de duas autoridades centrais: uma do Estado requerente e, a outra, do Estado requerido. Agregue-se, ainda, que os países têm por rotina designar, nos tratados ou nas suas leis internas sobre cooperação internacional, como autoridade central, pessoa diversa do juiz ou tribunal envolvido com o respectivo procedimento penal, geralmente um membro do Poder Executivo ou do Ministério Público"[199].

Levando-se em conta a necessidade ou não de intervenção do Poder Judiciário, no caso de auxílio direto, a cooperação pode ser entendida de duas formas[200]: administrativa e judiciária.

---

[198] ARAÚJO, Nadia de. Op. cit., p. 106.

[199] Definição retirada do Glossário sobre Cooperação Internacional organizado pelo Ministério Público Federal. Disponível em: <http://gtld.pgr.mpf.gov.br/gtld/cooperacao-internacional/glossario/glossario-cooperacao-internacional> Acesso em: 10 de julho de 2010.

[200] Esta classificação baseia-se na classificação elaborada por RICARDO PERLINGUEIROS MENDES DA SILVA que assim leciona: "O auxílio direto, no direito brasileiro, é o procedimento destinado ao intercâmbio entre órgãos judiciais e administrativos de estados diversos, independentemente de carta rogatória ou homologação de sentença estrangeira, sempre que reclamar as autoridades nacionais atos sem conteúdo jurisdicional. O auxílio direto judicial, de competência de juízes de 1ª instância, é o procedimento de jurisdição voluntária

Na cooperação administrativa, não há necessidade de intervenção do Poder Judiciário. A relação dá-se apenas entre as autoridades centrais, de forma que a autoridade central do país solicitante entra em contato diretamente com a autoridade central do país solicitado para a obtenção do auxílio necessário. Assim, se a autoridade central de determinado país precisa saber se um imóvel aqui localizado pertence ao réu de uma ação penal, a cooperação prescinde de intervenção judicial. É feito pedido direto entre as autoridades centrais.

Na Cooperação Judicial, há necessidade de intervenção do Poder Judiciário. O pedido é apresentado pela autoridade central de um país à de outro e, no Brasil, o pedido é dirigido a um Juiz Federal de 1ª instância.

Apesar da maior agilidade da via do auxílio direto e representar flexibilização na via do auxílio direto, também ele não está imune a limitações, assim como a carta rogatória.

6.4 – Limitações à cooperação jurídica internacional

A Cooperação Jurídica, seja pela via da carta rogatória, seja pela via do auxílio direto, está sujeita a limites. Cooperar não significa admitir todo e qualquer pedido feito por outro Estado. Isso porque deve-se reconhecer como válida algumas divergências entre os sistemas. Por outro lado, escolher divergências pontuais entre os sistemas para evitar a cooperação foge do ideal do Estado Constitucional Cooperativo descrito no item 1.2.1 deste trabalho.

Há, aqui, um dilema: não é possível que seja aceita a cooperação de maneira cega, mas, da mesma forma, a escolha isolada de critérios pode ser um impedimento à cooperação. No fundo, o que está por detrás desta discussão é a relação entre a lei interna e a lei estrangeira. Isso torna-se mais visível nos processos envolvendo extradição. Como o

---

destinado ao intercâmbio direto entre os juízes, sempre que reclamar, de juízes nacionais, atos sem conteúdo jurisdicional. O auxílio direto administrativo é o procedimento administrativo destinado ao intercâmbio direto entre os órgãos da Administração Pública, ou entre juízes estrangeiros e agentes administrativos nacionais, sempre que reclamar atos administrativos de agentes públicos nacionais." SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Anotações sobre o anteprojeto de lei da cooperação jurídica internacional*. 2005, p. 78. Publicado em 2005. Disponível em: < www.uff.br/direito/artigos.htm> Acesso em 10 de julho de 2010.

tema é muito relevante para o exame dos caminhos de flexibilização na Cooperação Internacional, interessa o exame em relação a dois países – Estados Unidos e Espanha – antes de vê-lo na órbita do direito brasileiro[201].

O estudo do tema normalmente é feito pela análise da jurisprudência das próprias Cortes nacionais. Aqui não será diferente. Serão analisadas como as Cortes norte-americanas, espanholas e brasileiras têm entendido este tema. Todavia, diversamente, iremos examinar o tema sob a ótica da flexibilização.

6.4.1 – A solução norte americana e a teoria do **non inquiry**

Os Estados Unidos passaram por significativa mudança desde o início do debate sobre o tema da cooperação.

Antes, em sede de extradição, a regra era a não indagação pelas Cortes locais acerca da justiça do sistema jurídico do país requerente, tão pouco existiria questionamentos acerca dos procedimentos ou do tratamento que o extraditando iria receber no país que requeu a extradição[202]. Por meio desta regra a cooperação era simplesmente admitida e não haveria qualquer forma de questionamento sobre a lei estrangeira e o sistema jurídico do país requerente da extradição.

Esta regra acabou sendo fixada pela jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, especialmente a partir dos casos Neely v. Henkel (1901) e Glucksman v. Henkel (1911).

Contudo, com o tempo, a regra passou a ser excepcionada por meio de tratados bilaterais firmados pelos EUA. Em vários deles havia a previsão de exceções à regra do *non inquiry*. MATTHEW MURCHISON cita, como exemplo, um tratado, de 1985, firmado

[201] A importância do olhar para a experiência estrangeira é significativa, muito embora varie conforme a matéria objeto de análise, a história e o próprio texto constitucional, como bem lembra VICKI JACKSON. JACKSON, Vicki C. Constitucional comparisons: convergence, resistance, engagement. *Harvard Law Review*, n. 119, p. 109, 2007. Disponível em: <http://home.heinonline.org/>. Acesso em: 03 de março de 2011.
[202] MURCHISON, Matthew. Extradition's Paradox: duty, discretion and rights in the world of non inquiry. *Stanford Journal of International Law*, n. 43, p. 300, 2007.

entre os EUA e a Inglaterra. Este tratado previa, em seu artigo 3º, que poderia haver investigação sobre o potencial tratamento discriminatório ao fugitivo no país requerente[203].

Outro passo importante para afastar a rigidez da regra do *non inquiry*, também pela via da exceção, foi desenvolvido pela própria jurisprudência norte americana, como ocorreu no caso Gallina v. Fraser, quando ficou conhecida como *Gallina's excepction*.

Gallina era cidadão norte-americano e vivia na Sicília. Foi acusado de, em outubro de 1945 e março de 1946, praticar seis roubos armados na Sicília. Sustentou, em sua defesa, que participava de um grupo separatista na Itália e por isso praticou tais atos. Em dois processos promovidos contra ele na Itália, foi condenado *in absentia* (à revelia). Foi requerida, então, aos Estados Unidos sua extradição para a Itália.

A extradição foi negada, como explica CHARLES DOYLE:

> "Gallina v. Fraser, 278 F.3d 77 (2nd Circ. 1960) *declined to depart from the rule but observed that under some circunstance na extraditee might face 'procedures or punishments so antipathetic to a federal court's sense of decency as to require re-examination' of the question*"[204].

A exceção admitia, então, que o réu poderia recorrer ao "senso de decência" da Corte para que fosse negada a extradição. A crítica a esta solução sustentava que o senso de decência é termo por demais vago e isso tornaria a exceção objeto de elevado subjetivismo[205].

No entanto, ficava clara aqui a adoção de uma espécie de *non inquiry* mitigado, ou seja, seria possível, além das hipóteses previstas em tratados, também negar a extradição que ofendesse o "senso de decência" da Corte.

Percebe-se, nos EUA, apesar da forte presença da regra do *non inquiry*, crescente preocupação com a observância da proteção dos direitos fundamentais. Modernamente, a exceção Gallina tende a ser revista e o critério de exceção antes apoiado

---

[203] DOYLE, Charles. *Extradition to and from the United States.* Nova York: Nova Science Publishers, 2008. p. 303.
[204] Idem, p. 52.
[205] Trata-se de decisão proferida pelo 2º Circuito e não pela Suprema Corte.

no senso da decência da Corte ganha novos contornos sustentado, agora, na proteção dos direitos fundamentais.

Neste sentido, afirma MATTHEW MURCHINSON:

> *"Over fifteen years afteer the height of anti-inquiry sentiment among U.S. judges and academics, the current moment in international human rights law looks radically different from the early 1990s. Beginning in the late 1980s, influential international courts began to recognize and explore the intersection of the duty to extradite and the duty to respect human rights. The so-called 'human rights movement' has sparked the devolpment of new international institutions directed at the curbing human rights abuses alleged against sovereign states"*[206].

Percebe-se que o sistema norte-americano caminhou para a flexibilização no tema da Cooperação Jurídica. Antes o sistema admitia, de maneira ampla, a extradição e passou a estabelecer critérios para a negativa da cooperação. Estes parâmetros aproximam-se dos parâmetros anteriormente desenvolvidos no Capítulo 2.

6.4.2 – A solução espanhola e a STC 91/2000

Em 30 de dezembro de 1996, a Embaixada da Itália, em Madrid, solicitou a extradição de Domenico Paviglianiti, que encontrava-se na Espanha. Na Itália ele foi acusado de vários crimes, existindo contra ele nove ordens de prisão, mas, especialmente, pesava o fato de ser membro da *N'drangueta* (organização mafiosa italiana).

Após uma série de decisões, o caso finalmente chegou à Suprema Corte Espanhola, tendo sido julgado por meio da STC 91/2000, em 30 de março de 2000. Alegava o requerente violação de seus direitos fundamentais e, principalmente, porque teria sido julgado *in absentia* (à revelia).

A importância deste julgamento para o caminhar da flexibilização está no desenvolvimento da ideia da chamada lesão indireta. Caso um país cometa lesões nos

[206] MURCHISON, Matthew. Op. cit., p. 311.

direitos fundamentais de seu nacional, o país que com quem ele coopera também comete lesão aos direitos fundamentais[207].

Esta posição da Corte Espanhola apoiada em regras da Convenção Europeia de Direitos Humanos e em decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos mostra o caminhar da flexibilização. No caso, para melhor garantia dos direitos do extraditando.

O grande mérito da STC 91/2000 tornar clara a tese da lesão indireta: se o país requerente da extradição violou as regras da Convenção Europeia de Direitos Humanos, verbalizada pelas decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos, será recusada a cooperação pois caso fosse aceita haveria indiretamente a prática de lesão pelo país que aceitou cooperar.

Como se percebe da posição espanhola, houve flexibilização para limitar a cooperação. A tese da lesão indireta representa os parâmetros que desenvolvemos espeficamente no Capítulo 3 deste trabalho: caso haja violação de direitos humanos não se permite a flexibilização. No caso da Corte espanhola os parâmetros de flexibilização foram utilizados para restringir a cooperação e, esta restrição também é uma forma de flexibilização.

---

[207] De se destacar, neste ponto, trecho do voto da STC 91: "*También en relación con el exequatur, la STC 132/1991 estableció que estas exigencias 'suponen que el Tribunal español, a la hora de decidir sobre la ejecución en España de una resolución judicial extranjera, ha de tener en cuenta las garantías contenidas en el art. 24 CE y ha de comprobar si, al dictarse la resolución cuya ejecución se solicita, se han respetado las citadas garantías'. Por tanto, el control del Poder Judicial español (y, en su caso, del Tribunal Constitucional) sobre la conformidad a los derechos fundamentales de la actuación de un poder público extranjero se basa en que la sujeción a esos mismos derechos del propio Poder Judicial, según hemos reconocido reiteradamente, no desaparece cuando la actuación del juez español produce un riesgo relevante de vulneración de los derechos fundamentales por parte de los órganos de un Estado extranjero o ejecuta resoluciones de tales órganos vulneradoras de dichos derechos. En parecidos términos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Soering (Sentencia de 7 de julio de 1989) ha declarado que el hecho de que el CEDH tenga un ámbito territorial determinado no excusa a los Estados de toda responsabilidad por las consecuencias previsibles que una extradición pueda entrañar más allá de sus fronteras. En efecto, según se afirma en dicha resolución, en principio el ámbito de aplicación del CEDH se halla territorialmente limitado: en particular, el compromiso de los Estados signatarios se limita a reconocer a las personas sometidas a su jurisdicción los derechos y libertades que proclama. Además, ni el Convenio rige los actos de terceros Estados ni pretende exigir a los firmantes que impongan a aquéllos sus normas, ni, por otra parte, puede entenderse que consagra un principio general según el cual cada Estado firmante, pese a sus obligaciones en materia de extradición, no puede entregar a una persona sin convencerse de que las condiciones en el país de destino encajan plenamente con todas y cada una de las garantías del CEDH*."

6.4.3 – A solução brasileira – posição do STF e do STJ: análise geral dos requisitos para a concessão do **exequatur**

A ordem pública e a soberania são normalmente parâmetros utilizados pelo Supremo Tribunal Federal (especialmente quando foi de sua competência a análise das cartas rogatórias e a concessão do *exequatur*) e pelo Superior Tribunal de Justiça para a concessão do *exequatur* em cartas rogatórias[208].

Além dessa análise também é feita a análise no aspecto formal. Assim, no que se refere à necessidade de autenticação dos documentos que instruem a Carta Rogatória, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência pacífica sobre a tramitação do pedido pela via diplomática ou mesmo por via de autoridade central que não há necessidade desta autenticação[209].

Resta, porém, a análise da questão da ofensa à ordem pública e da soberania nacional. Neste aspecto, a questão mostra-se mais delicada de sistematização acerca do conceito técnico sobre o que violaria ou não a ordem pública e a soberania.

Tendo em vista as opções científicas apresentadas nos tópicos anteriores (*non inquiry*, *non inquiry* mitigado e lesão indireta), é possível dizer que, embora não haja referência teórica expressa, o Superior Tribunal de Justiça aparenta, no mais das vezes, seguir a teoria do *non inquiry* mitigado, embora não seja possível afirmar que a totalidade dos casos apresente esta conformação.

Em muitas das Carta Rogatórias (e demais pedidos de cooperação), tem sido sistemática a afirmação do Superior Tribunal de Justiça de que, nestes procedimentos, somente é analisada a questão da autenticidade, da violação da ordem pública e da soberania.

Neste sentido, temos:

---

[208] Neste tópico a análise da jurisprudência mostra-se importante como já bem anotado por CAROLINA YUMI DE SOUZA: "Um grave problema para a aplicação das medidas de cooperação dentro de nosso ordenamento e que não deve ser desconsiderado é a ausência de regulamentação legal específica com relação à matéria. Sua aplicação depende do entendimento de um quebra-cabeça normativo, que se encontra disposto de maneira esparsa, e do acompanhamento da evolução da jurisprudência" SOUZA, Carolina Yumi de. Cooperação jurídica internacional em matéria penal: considerações práticas. *RBCCrim*, n. 71, p. 297, 2008.

[209] Destacamos, neste aspecto, dois casos: 1) STJ – Carta Rogatória 3.723/DE, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Corte Especial, j. 02.09.2009; 2) STF, *HC* 9.567/CE, Rel. Min. Ricardo Lewandowsky, j. 24.04.2007, 1ª Turma.

> "Na concessão do *exequatur*, esta Corte deve apenas verificar se a diligência solicitada ofende a soberania nacional e a ordem pública, bem como se há autenticidade dos documentos e observância dos requisitos da Resolução nº 9/2005 deste Tribunal" (AgRg nos EDcl na CR 3.584 / UY, STJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 18.11.2009).

A extensão do termo ordem pública tem tido amplo empregado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Assim, foi a ordem pública utilizada para impedir a citação e o interrogatório de pessoa residente no Brasil pois, quando praticou o ato no estrangeiro era adolescente.

É o caso da Carta Rogatória 3.723/DE. Neste caso, pretendia-se a citação e o interrogatório de réu em processo penal. No entanto, havia um detalhe: processado como réu de ação penal, ao tempo do cometimento da infração penal o brasileiro era menor de 18 anos.

Entendeu o STJ não ser possível a concessão do *exequatur*, como se extrai da ementa:

> "Carta rogatória. Direito Penal. Autenticidade. investigação criminal. interrogatório de menor brasileiro. Incabimento. Ofensa à ordem pública. (...) 3. A inimputabilidade penal do agente, contudo, impede o *exequatur* de carta rogatória relativa a investigação criminal, sem prejuízo da iniciativa do Ministério Público, no âmbito de suas atribuições, perante o Juízo da Infância e da Juventude. 4. *Exequatur* denegado." (Carta Rogatória 3.723/DE – STJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Corte Especial, j. 02.09.2009).

Desta forma, conclui-se que no âmbito do Superior Tribunal de Justiça a análise dos pedidos de cooperação jurídica limita-se aos aspectos da violação da soberania, da ordem pública e da observância da Resolução nº 09/2010, embora não haja construção teórica sobre o conteúdo da ordem pública.

Neste sentido:

> "I – Não sendo hipótese de ofensa à soberania nacional, à ordem pública ou de inobservância dos requisitos da Resolução n. 9/2005, cabe apenas a este e. Superior Tribunal de Justiça emitir juízo meramente delibatório acerca da concessão do exequatur nas cartas rogatórias. II - A tramitação da comissão pela autoridade central brasileira assegura a autenticidade dos documentos e dispensa a tradução juramentada no Brasil. (Precedentes) Agravo regimental desprovido". (AgRg na CR 6529 / EX, Rel. Min. Felix Fisher, Corte Especial, j. 17.10.2012).

No entanto, é de salientar-se que havendo ato bilateral ou multilateral do qual o Brasil seja signatário, assume o Superior Tribunal de Justiça posição mais larga na possibilidade da Cooperação[210].

No âmbito do Supremo Tribunal Federal o tema foi analisado de maneira ampla na Extradição 1.085 feita pela República Italiana de cuja ementa se extrai:

> "Extradição. Passiva. Executória. Extensão da cognição do Supremo Tribunal Federal. Princípio legal da chamada contenciosidade limitada. Amplitude das questões oponíveis pela defesa. Restrição às matérias de identidade da pessoa reclamada, defeito formal da documentação apresentada e ilegalidade da extradição. Questões conexas sobre a natureza do delito, dupla tipicidade e duplo grau de punibilidade. Impossibilidade conseqüente de apreciação do valor das provas e de rejulgamento da causa em que se deu a condenação. Interpretação dos arts. 77, 78 e 85, § 1º, da Lei nº 6.815/80. Não constitui objeto cognoscível de defesa, no processo de extradição passiva executória, alegação de insuficiência das provas ou injustiça da sentença cuja condenação é o fundamento do pedido." (Extradição 1.085/República Italiana. Relator Min. Cezar Peluso, j. 16.12.2009. Tribunal Pleno).

[210] Assim é o caso da Carta Rogatória 438/BE, em que se cumpriu ato tendente à quebra de sigilo bancário. Trechos da ementa são reveladores desta opção do STJ: "(...) 4. A pretensão de anular o feito por conta da citação editalícia não subsiste ante o recebimento impugnação, ex vi dos arts. 8º, parágrafo único, e 13, § § 1º e 2º, da Resolução n.º 9, de 04 de maio de 2005, conferindo ao interessado o exercício da ampla defesa e do contraditório (Precedente: AgRg no CR 1.596 - EX, Relator Ministro Barros Monteiro, DJ de 10 de dezembro de 2007). (...) 12. A aplicação da Lei 9.613/98 é inquestionável, face o juízo rogante investigar supostos crimes de lavagem de dinheiro, razão pela qual o Brasil, ao editar o Decreto n.º 5.015, de 12 de março de 2004, tornou-se subscritor da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), a qual expressamente prevê, em seu art. 18, a realização de diligências de busca ou apreensão e se perfaz suficiente à denotar cooperação entre Brasil e Bélgica. (...) 15. A soberania nacional ou a ordem pública não restaram afetadas, porquanto a novel ordem de cooperação jurídica internacional, encartada na Convenção de Palermo, prevê a possibilidade da concessão de *exequatur* em medidas de caráter executório, em seus arts 12, partes 6 e 7; e 13, parte 2 (...)" (STJ, EDcl na CR 438 / BE, Ministro Luiz Fux, Corte Especial, j. 01.08.2008, *gn*).

Fora do âmbito da extradição, o Supremo Tribunal Federal no âmbito da análise de carta rogatória estabeleceu:

> "II – A peça acusatória estrangeira não é essencial para o *exequatur*, uma vez que a única exigência consiste em que a carta rogatória não atente contra a ordem pública ou a soberania nacional**." (***HC* 90.567/CE – Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 24.04.2007).

Da mesma forma, na Carta Rogatória 9.191 estabeleceu o Supremo Tribunal Federal:

> "...conforme ficou consignado na decisão agravada, o mérito da questão posta no juízo rogante não é apreciado no juízo rogado, salvo se a rogatória atentar contra a soberania nacional ou a ordem pública, ou se lhe faltar autenticidade, (RI/STF, artigo 226, p. 2º) o que não ocorre, no caso." **(**CR 9.191 Agr/EP – Espanha. Ag.Reg.na Carta Rogatória, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 08.08.2001).

Percebe-se, no entanto, dos votos apresentados que não há maior preocupação teórica em demonstrar o conteúdo do que se entenda por ordem pública, sendo no mais das vezes citada da forma apresentada acima.

É evidente que não se mostra simples a missão exigida pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Saber exatamente quais são os contornos da ordem pública e da soberania é tarefa que mesmo a doutrina entende como das mais difíceis[211].

[211] Mesmo nos EUA, em que prevalece a ideia do *non inquiry* com alguma mitigação, a Suprema Corte tem sido criticada pela falta de parâmetros claros na aplicação da lei internacional. Neste sentido, veja-se a crítica constante em JEREMY WALDRON. WALDROM, Jeremy. Foreign law and the modern ius gentium. *Harvard Law Review*, v. 119, p. 129.

JACOB DOLINGER demonstra a evolução deste conceito de ordem pública. Indica que este conceito possui aplicação tanto no âmbito interno quanto no âmbito externo (cita, para isso, famoso caso francês, em que o testador determinou que seu imóvel fosse demolido e sua propriedade cercada para todo o sempre, o que foi evidentemente negado)[212].

Contudo, apesar da importância do conceito, parece que efetivamente a advertência de JACOB DOLINGER é merecedora de toda atenção por parte do operador do Direito:

> "A ordem pública internacional deve ser vista como um anteparo armado pelo Direito Internacional Privado contra suas própria regras, a fim de evitar que, no desiderato de respeitar e fortalecer a comunidade jurídica entre as nações, de construir a harmonia jurídica internacional, a fim de garantir a continuidade e fluidez do comércio internacional e a segurança das relações jurídicas internacionais, se criem situações anômalas em que princípios cardinais do direito interno de cada país sejam desrespeitados, que normas básicas da moral de um povo sejam profanadas ou que interesses econômicos de um Estado sejam prejudicados"[213].

O conceito de ordem pública não tem sido empregado de maneira clara e segura pelos Tribunais superiores, que padece ainda de subjetivismo, o que não pode ser admitido na atualidade[214].

---

[212] DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado.*Parte geral. 9. ed. São Paulo: Renovar, 2008. p. 393.
[213].Idem, p. 440.
[214] Embora defendamos a adoção do paradigma da confiança, o fato é que sua implementação ainda se dá de forma lenta e não igual em todos os ramos da cooperação. Assim, por exemplo, ainda há resquícios do paradigma da desconfiança em alguns aspectos da cooperação. Não se trata de movimento único, como pode ser visto, por exemplo, no caso da transferência de presos: "O Estado que concede a transferência preocupa-se com a forma pela qual o Estado recebedor vai executar a sentença. Há sempre um risco de a sentença original não ser executada. Por isso, os Estados são cautelosos na transferência de pessoas condenadas e podem exigir garantias adicionais do Estado recebedor antes de concordar com a transferência. Esta preocupação já deu ensejo, particularmente em casos de interesse dos Estados Unidos, a negociações de troca de prisioneiros. A prática acaba sendo bastante conveniente entre Estados que mantêm relações políticas sensíveis. Essas questões têm limitado a utilização dessa modalidade de cooperação internacional. Entretanto, ela vai se firmando diante do fenômeno mundial das migrações, que dão ensejo a crescente número de estrangeiros em todos os países. No Brasil é crescente o número de acordos bilaterais de transferência de presos." CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *Cooperação internacional na execução da pena: a transferência de presos. RBCCRIM*, p. 233, São Paulo, RT, 2008.

Por outro lado, parece claro que esta tentativa de fixação de parâmetros mais claros para a concessão do *exequatur* e, também para a realização do auxílio direto não é estática. Trata-se de um processo dinâmico cujo resultado final, se é que ele existe, ainda não está claro. Na tentativa de contribuir para a discussão, o próximo tópico proporá, a utilização dos parâmetros da flexibilização na cooperação em busca do levantamento de questionamentos rumo à construção de uma teoria geral da cooperação.

6.5 – Flexibilização do processo: a proposta de paradigma para a cooperação jurídica

A experiência internacional mostra-se fundamental para que se possa compreender nossa própria posição. Daí porque procurou-se situar o debate jurisprudencial brasileiro em face da jurisprudência de outros países.

O que se destaca da posição dos países estudados revela uma maior aproximação do que distensão. Em maior grau – no caso espanhol – ou menor grau – no caso norte-americano, ficou evidente que houve crescente preocupação com a proteção dos direitos fundamentais[215].

Por outro lado, verificando-se a atuação de nossos Tribunais e operadores, percebe-se que estamos todos a tatear na busca por parâmetros mais claros de cooperação e de recusa à ela[216].

---

[215] ADA PELEGRINI GRINOVER já antecipou esta preocupação em antológico texto publicado em 1996 ao afirmar: "Dois valores relevantes, de certo modo antagônicos, ou pelo menos dialeticamente opostos, têm emergido recentemente em sede de cooperação internacional em matéria penal: de um lado, a necessidade de intensificar a referida cooperação na luta contra o crime; de outro, a consciência cada vez mais profunda de que os direitos fundamentais devem colocar-se como termo de referência nessa matéria e, conseqüentemente, como limite à cooperação internacional em matéria penal" GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias processuais na cooperação internacional em matéria penal. *RePro, n.* 81, p. 160, São Paulo, RT, 1996.

[216] Neste ponto, com a devida vênia, parece que o binômio polarizado cumprimento ou denúncia do tratado não se mostra a posição mais adequada. A defender este binômio tem-se a posição de Teori Albino Zavascki que afirma que "No que concerne ao sistema de cooperação jurídica internacional, é importante que se tenha consciência da necessidade de uma posição clara a respeito: ou se adota o sistema estabelecido nos compromissos internacionais, ou, se inconstitucional, não se adota, caso em que será indispensável, além da sua formal declaração interna de inconstitucionalidade, também denunciar, no foro internacional próprio, os tratados e convenções assinados e promulgados. O não cumprimento desses compromissos, é fácil perceber, acaba afetando o funcionamento do sistema como um todo, tanto no que diz respeito aos deveres de cooperação passiva que tem o Brasil em relação à comunidade das Nações, quanto no que diz com o atendimento dos interesses nacionais, nos pedidos de cooperação ativa formulado por autoridades brasileiras. Sob este aspecto, é preocupante a constatação de que são muitas as solicitações de assistência jurídica, via

Assim, os direitos fundamentais colocam-se como um dos pilares sobre os quais deve ser fundada a análise de qualquer pedido cooperacional, seja pela via do auxílio direto, seja pela via da carta rogatória.

Nada mais natural, afinal de contas esta preocupação é um dos pilares centrais do pensamento de PETER HÄBERLE, e um dos marcos teóricos pelo quais é pautada esta investigação[217].

No entanto, a análise dos direitos fundamentais não pode ser exclusivamente auto-centrada na própria referência interna. É dizer: pautar os pedidos de cooperação tão somente pelas posições doutrinárias e jurisprudenciais brasileiras empobrece a discussão e implica, no limite, em não cooperar, violando assim o dever constitucional[218].

A auto-referência também acaba por mostrar posição tendente ao isolacionismo do país neste âmbito, na medida em que a tendência natural é que a recusa do Brasil em

---

rogatória, encaminhadas pelo Brasil, que acabam não recebendo acolhida pelos Estados requeridos porque formuladas sem observância do sistema estabelecido pelos acordos internacionais." ZAVASCKI, Teori Albino. Cooperação jurídica internacional e a concessão de exequatur. *RePro*, n. 183, p. 8, São Paulo, RT, mai. 2010.

[217] Também não se pode abrir mão do processo de reconhecimento quando se tratar de cooperação que envolva ato decisório: "Entretanto, a realização no território nacional de atos judiciais, sem conteúdo jurisdicional, ou ainda de atos administrativos, estrangeiros, no interesse de jurisdição estrangeira, não necessita do referido processo de reconhecimento, podendo ser esses atos praticados, desde que em conjunto com autoridades judiciais ou administrativas nacionais. A indispensabilidade do processo de reconhecimento (delibação) decorre do risco de ofensa à soberania que ocorreria com a recepção de uma jurisdição estrangeira, declarando direitos em definitivo, ou com efeito coercitivo, que fosse contrária a princípios fundamentais do estado nacional." SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. Auxílio direto, carta rogatória e homologação de sentença estrangeira. *RePro*, n. 128, p. 287, São Paulo, RT, 2005.

[218] Cita-se novamente GRINOVER que conseguiu de maneira muito feliz captar esse modelo extremado na cooperação identificando as duas grandes linhas já anteriormente citadas: "Como já assentado nesse trabalho, trata-se de duas posições inconciliáveis: a clássica, pela qual o Estado requerido não é dado interferir ou exercer o controle do que se passou ou vai se passar no processo do Estado requerente, do modo que o princípio do *non inquiry* deveria ser rigorosamente respeitado. Trata-se do denominado *exportban argument*,pelo qual o sistema legal estrangeiro não poderia ser medido na base do sistema do Estado requerido. Mas, no lado oposto, encontra-se a posição preocupada com os direitos do homem, pela qual o Estado requerido é tão responsável quanto o Estado requerente pela rigorosa observância dos direitos fundamentais e das garantias processuais na cooperação internacional em matéria penal. Nesta segunda linha, observou-se que, dado que no momento de extradição – e o mesmo vale para outras formas de cooperação judicial – o indivíduo está submetido à jurisdição do Estado requerido, este se torna responsável pelo tratamento processual e/ou substancial reservado ao indivíduo pelo Estado requerente, ainda que a violação vá ocorrer ou tenha ocorrido fora de sua esfera territorial. Trata-se de extrair do sistema internacional de cooperação judiciária um conceito de jurisdição desligado da esfera territorial de cada Estado envolvido, juntamente com a conceituação de uma responsabilidade direta e imediata do Estado requerido pelas violações, ainda que potenciais, aos direitos humanos por qualquer das partes" GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias processuais na cooperação internacional em matéria penal. *RePro, n.* 81, p. 170, São Paulo, RT, 1996.

cooperar implique também, pela via bilateral, de que os demais países passem a não cooperar com o Brasil[219].

O problema aqui está em pensar de forma extremada sobre a existência de uma lei certa – a do país que recebe o pedido de auxílio – em oposição a uma lei considerada como errada – a do país que requer o auxílio"[220].

A questão fica, então, ainda mais delicada, quando verifica-se a inexistência de um Tribunal internacional[221] com competência para julgar dúvidas sobre os pedidos de cooperação entre os diversos países[222].

---

[219] Acerca da aplicação da ordem pública pela via da auto-referência afirma MARTISTELA BASSO: "(...) sua aplicação, no entanto, uma vez adstrita à lei interna ou à práxis da jurisprudência domésticas, dever ser *parcimoniosa*. " BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado.* São Paulo: Atlas, 2009. p. 268.

[220] CAMARA, K.A.D. Costs of sovereignty. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/fellows_papers/pdf/Camara_2.pdf> Acesso em: 02 de julho de 2010. Afirma: "*Regulation by one state (the imposing state) of conduct in which another state (the spillover state) is interested adversely affects the attainment of the ends justifying the spillover state's law when the imposing state's law is wrong from the perspective of the spillover state. The simplest case of wrong law is where the legal rule applied by the imposing state serves ends different than those served by the legal rule the spillover state would prefer. Further, however, the imposing state generates externalities of sovereignty when its regulation, although aimed at the same end and equally effective alone, interacts negatively with the concurrent regulation of the spillover state; and when its regulation, by limiting the enforcement power of the spillover state, effectively forecloses the spillover state's most preferred regulatory option. Each type of externality of sovereignty is ultimately a form of wrong law: the imposing state's regulation of conduct by a legal rule other than that the spillover state would prefer.*", p. 15.

[221] Esta tendência universalizante por assim dizer pode ser vista na própria União Europeia quando lá se fala na criação de um Ministério Público Europeu: "Sem lugar a nenhuma dúvida, a iniciativa que mais impacto desatou, criando amplos e fortes grupos de defensores como de detratores, foi a futura - porém cada vez mais próxima, felizmente a nosso juízo - criação de uma Promotoria de Justiça de âmbito europeu, com o objetivo de garantir a coerência das investigações em todos os Estados membros. Três foram os impulsos mais importantes dados para a futura criação desta instituição, manifestação clara dos problemas pelos quais atravessou esta iniciativa e o impulso que se produziu por acontecimentos como os do onze de setembro de 2001: a) No *Corpus Juris* para a proteção dos interesses financeiros da União Européia recolheu-se pela primeira vez esse desejo, como evidente plasmação do princípio de territorialidade européia. b) A Comissão das Comunidades Européias, em 11 de dezembro de 2001, fez público o Livro Verde sobre a proteção dos interesses financeiros comunitários e a criação de um Promotor de Justiça Europeu, com o objetivo de concretizar a idéia e aprofundar nas repercussões práticas de sua implantação. Com base nisso, o Parlamento Europeu fez um chamamento à Convenção para que na ordem do dia da próxima Conferência Intergovernamental sobre a revisão dos Tratados, prevista para este ano de 2004, inclua, como primeira fase de uma operação indispensável para um funcionamento mais democrático e eficaz das instituições da União, a introdução de um art. 280 *bis* no qual descansam alguns dos rasgos fundamentais do promotor de justiça europeu - nomeação, destituição, missão e alguns de seus princípios reitores -, efetuando uma remissão ao Direito derivado para outras questões: os tipos penais perseguíveis em relação aos interesses financeiros das Comunidades e as penas aplicáveis; as normas de procedimento aplicáveis às atividades do promotor de justiça europeu, e aquelas pelas quais se controlará a admissibilidade das provas; as disposições aplicáveis ao controle jurisdicional dos atos de procedimento adotados pelo promotor de justiça europeu no exercício de suas funções. c) Na própria Constituição Européia (art. III - 175) assinala-se que a promotoria européia será em um futuro imediato uma peça chave dentro da política geral de cooperação judicial penal na União Européia para combater manifestações delitivas como as comentadas." GARCÍA, Nicolás Rodríguez. Cooperação jurídica penal e Ministério Público europeu. *Revista dos Tribunais*, n. 834, p. 456, São Paulo, RT, abr. 2005.

Como foi dito ao final do tópico anterior e início deste, não há um ponto de chegada sobre este tema. Trata-se de um processo e, como tal, dinâmico, mas os pontos apresentados nos tópicos anteriores demonstraram a necessidade da tentativa de se estabelecer parâmetros seguros para a cooperação e para a não cooperação.

Neste sentido, a opção apresentada pelos países estudados aparenta ser um caminho passível de ser seguido pela jurisprudência brasileira e, neste sentido, a flexibilização do processo e os parâmetros aqui apresentados vão ao encontro da experiência internacional. Vejamos com maior vagar este paradigma[223].

---

[222] A tendência de criação de mecanismo internacional para a solução destas controvérsias parece ser inexorável. Neste sentido, a União Européia criou mecanismo interessante para a solução de conflitos de competência em matéria civil "Com o intuito de reduzir ao máximo as hipóteses de conflito de jurisdição, a União Europeia adotou como solução um instrumento normativo supranacional de aplicabilidade direta e imediata na ordem jurídica dos Estados-membros. Sendo assim, a harmonização das legislações dos Estados-membros referentes à competência internacional foi conduzida pela edição do Regulamento 44/2001 do Conselho, que, em linhas gerais, define o juízo competente para apreciação e julgamento das matérias previstas naquele diplomo normativo, cuja análise neste trabalho foi realizada por uma perspectiva ampla, de modo a apontar seus principais aspectos. Observa-se, portanto, que, a verdadeira força do citado Regulamento 44/2001 não está apenas em seu conteúdo, ou seja, em suas regras disciplinadoras de aplicabilidade direta e imediata, mas sua real amplitude foi extraída pelo sistema jurisdicional supranacional previsto pelo Tratado da União Europeia (TUE) e o Tratado sobre o funcionamento da União Europeia (TFUE), que colocam nas mãos do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) o poder exclusivo de assegurar o respeito à aplicação e interpretação do direito comunitário europeu, promovendo assim a uniformidade no tratamento das normas de competência internacional (competência judiciária) no âmbito daquele bloco econômico. Neste sentido, a uniformidade das regras processuais relacionadas, *in casu*, à competência internacional, viabilizam significativamente o bom funcionamento do mercado interno, facilitando assim, o exercício de direitos e sua correspondente tutela no espaço jurídico europeu." MOSCHEN, Valeska Raizer Borges. A solução europeia para a competência internacional. *RePro*, n. 192, p. 307, São Paulo, RT, 2011.

[223] RAÚL CARNEVALI RODRIGUEZ mostra que a harmonização é um mecanismo possível e parece salutar. No entanto, enquanto a harmonização nãocorre há necessidade de estabelecimento de parâmetros atuais. Sobre harmonização ensina o autor: "*Ante los inconvenientes que presenta el empleo de la asimilación, hasta cierto punto insalvables, tratándose del Derecho derivado, y considerando la imperiosa necesidad de lograr una adecuada tutela para los intereses comunitarios, es que se ha estado recurriendo a la armonización. Esta técnica sí supone una actividad normativa del Estado miembro, como consecuencia de una disposición comunitaria que así lo establece. Por ahora, se puede decir en términos generales que con el objeto de que la tutela otorgada a los bienes jurídicos comunitarios sea similar entre los distintos Estados miembros, las instituciones de la UE dictan una norma procurando dicho objetivo, debiendo los países destinatarios crear las disposiciones necesarias para cumplir con el mandato comunitario. La principal distinción con la técnica precedente radica en que los Estados deben actuar, esto es, deben legislar cuando así se ha dispuesto por la normativa comunitaria, ya sea creando nuevos preceptos o también incrementando las sanciones ya existentes. Grasso, al analizar esta materia, hace una distinción terminológica. En efecto, las expresiones "*armonización" *o* "aproximación" *las emplea para referirse a aquellos casos en que la intervención comunitaria tiene lugar en áreas donde ya hay una normativa. En cambio, cuando lo que se procura es imponer una determinada normativa sancionatoria en una zona no especialmente regulada, prefiere hablar de* "coordinación". *Ahora bien, cabe preguntarse entonces, si la UE no cuenta con facultades de índole punitiva, qué fundamentos normativos la autorizan para exigir de los Estados que legislen penalmente. Al respecto, Tiedemann apunta: "En vista de la falta de transferencia de competencias criminales a la CE por parte de los Estados miembros parece dudoso si la Comunidad tiene derecho de influencia directa sobre los ordenamientos jurídico-penales nacionales de los Estados miembros. La Comisión y el Consejo de Bruselas, sobre todo después del caso famoso 'Itco' o del maíz griego, sí se consideran legitimados para armonizar las legislaciones penales nacionales*." RODRÍGUEZ, Raúl Carnevali. Cuestiones fundamentales que el

A crescente preocupação com a proteção dos direitos fundamentais é fenômeno que se mostra presente nos mais diversos países. Como já visto anteriormente, mesmo países tão distintos dos pontos de vista social e jurídico quanto os Estados Unidos e a Espanha têm demonstrado este viés, seja via doutrina, seja via jurisprudência. É evidente que a intensidade da preocupação e a intensidade da proteção dos direitos fundamentais varia em cada Estado, o que será tratado mais a frente[224].

O que importa, neste momento, é que deixe-se claro que um parâmetro de cooperação não pode passar ao largo da compreensão de que um dos pilares do Estado Constitucional Cooperativo é efetivamente a preocupação com os direitos fundamentais, tanto assim que o parâmetro da legalidade e da proporcionalidade incluem os direitos fundamentais em sua análise.

---

ordenamento comunitário propone a los derechos penales nacionales. *RBCCrim*, n. 40, p. 36, São Paulo, RT, out. 2002. Em tradução livre: "Ante os inconvenientes apresentados pelo emprego da assimilação, até certo ponto insuperáveis, tratando-se do Direito derivado, e considerando a imperiosa necessidade de lograr uma adequada tutela para os interesses comunitários, é que se está recorrendo a uma harmonização. Esta técnica supõe uma atividade normativa do Estado membro, como consequência de uma disposição comunitária que assim estabelece. Por ora, se pode dizer em termos gerais que com o objeto de que a tutela outorgada aos bens jurídicos comunitários seja similar entre os distintos Estados membros, as instituições da EU ditam uma norma procurando dito objetivo, devendo os países destinatários criar as disposições necessárias para cumprir com o mandato comunitário. A principal distinção da técnica precedente reside em que os Estados devem atuar, isto é, devem legislar quando assim tenha sido disposto pela normativa comunitária, seja criando novos preceitos ou também incrementando as sanções já existentes. Grasso, ao analisar essa matéria, faz uma distinção terminológica. Com efeito, emprega as expressões "harmonização" ou "aproximação" para se referir àqueles casos em que a intervenção comunitária tem lugar nas áreas onde já há uma norma. Diferentemente, quando o que se procura é impor uma determinava norma sancionatória em uma zona não especialmente regulada, prefere falar-se em "coordenação". Pois bem, cabe perguntar então se a EU não conta com faculdades de índole punitiva, *que fundamentos normativos* a autorizam exigir dos Estados que legislem penalmente. A respeito, Tiedemann aponta: "Em vista da falta de transferência de competências criminais à CE por parte dos Estados membros parece duvidoso se a Comunidade tem direito de influência direta sobre os ordenamentos jurídico-penais nacionais dos Estados membros. A Comissão e o Conselho de Bruxelas, sobretudo depois do famoso caso 'Itco' ou do milho grego, consideram-se legitimados para *harmonizar* as legislações penais nacionais."

[224] Acerca deste tema e dos novos paradigmas para o Direito Internacional Privado, vale a leitura do texto de RALF MICHAELS. Vide MICHAELS, Ralf. The new european choice of law revolution. *Tulane Law Review*, v. 82, p. 1607-1637. Publicado em: 2008. Disponível em: <http://home.heinonline.org/>. Acesso em: 04 de maio de 2011. destaca-se a seguinte passagem: "*Finally, a third new factor in European choice of law is fundamental rights. Fundamental (or human)rights are sometimes viewed as the basis of classical conflict of laws; that they can influence choice of law, especially within the public policy exception, is not new, either. However, when the Advocate General based his opinion in Grunkin-Paul in part on the right to private and family life in article 8 of the European Convention on Human Rights, includes the right to one's name, this suggests a considerable expansion of their importance, with far-reaching consequences, up to the possibility that choice of law itself becomes an instrument for human rights"*. Op. cit., p. 1635.

Tal visão incorpora o conceito de direitos humanos apresentado por ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS: "Conjunto mínimo de direitos necessário para assegurar uma vida ao ser humano baseada na liberdade, igualdade e na dignidade"[225].

Este pensamento, quando transposto para o processo penal, parece ser menos claro. No entanto, trata-se da linha de pesquisa que, já desde a Tese de Mestrado, temos procurado desenvolver: a busca pelo equilíbrio entre o garantismo e a eficácia do processo.

Busca-se, com este olhar sobre os direitos fundamentais, tentar conferir parâmetros seguros para o estabelecimento das hipóteses de cooperação entre os países. No entanto, como alertado acima, o grau com que cada país entende a defesa dos direitos fundamentais é variável. Isto porque a compreensão dos direitos fundamentais variará no tempo e dependerá da forma como cada país lida com as questões que lhe são particulares.

Diante disso, como evitar que a utilização dos direitos fundamentais como o parâmetro para a cooperação resvale para o subjetivismo (ou, mais especificamente, para o decisionismo) e, portanto, para as hipóteses de negativa de cooperação sem sentido?

Parece que, nesta situação, há outro fator que deve ser levado em conta: trata-se da jurisprudência das Cortes Internacionais de direitos fundamentais, admitindo-se, portanto, a incidência da noção espanhola de lesão indireta.

As Cortes Internacionais que analisam casos contenciosos e consultivos sobre possíveis violações de direitos fundamentais passam, neste contexto, a ter sua relevância aumentada[226].

---

[225] *Op. Cit.* p. 19. Também como o autor citado, não fazemos distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais.

[226] Neste sentido tem-se a posição de JAVIER GARCIA ROCA que afirma: "*Los derechos fundamentales reconocidos por los Estados, constitucional e internacionalmente, son um limite indudable a la soberania y al ejercicio de cualquier poder y deberíamos tomarnos seriamente este aserto. Pero com frecuencia se olvida por los gobernantes y los poderes privados cando el límite resulta enforroso, y de ahí la importancia de fortalecer um control judicializado, supranacional y externo. Em uma comunidad internacional fundada em las ideas de 'cooperación', y, em Europa (también em Iberoamérica), de 'integración', transferir la competencia a um Tribunal supranacional para juzgar no sólo concretas violaciones de derechos isno para protegerlos de forma efectiva y colectiva (collective enforcement), em aras a uma integración común, es um fenómeno que – estimo – se asemeja a la transferência parcial de uma de las marcas sensibles de soberanía de las que hablaba Bodino*." ROCA, Javier Garcia. Soberanía estatal versus integración Europea mediante unos derechos fundamentales comunes: cual es el margen de apreciación nacional? In: ROCA, Javier Garcia; SÁNCHEZ, Pablo A. Fernandez (coords.). *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binário a outro integrado.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009. Em tradução livre: "Os direitos fundamentais reconhecidos pelos Estados, constitucional e internacionalmente, são um limite indubitável à soberania e ao exercício de qualquer poder, e deveríamos tomar seriamente esta

Nas hipóteses de Cooperação Internacional, deve um país analisar se, ao cooperar, estará permitindo que de maneira indireta sejam violados direitos fundamentais que exponham o Estado a possíveis sanções por estas Cortes[227].

Neste sentido, o papel consultivo destas Cortes exerce ainda maior relevância, de forma a orientar os Estados acerca do comportamento em sede de cooperação jurídica internacional. No entanto, surge então outro problema: quando os Estados estão submetidos ao mesmo Tribunal Internacional de direitos humanos, a questão mostra-se menos delicada. O problema maior acontece quando os Estados estão submetidos a Cortes Constitucionais distintas. Imagine-se, por exemplo, uma questão de cooperação envolvendo o Brasil (que está submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos) e a Alemanha (que está submetida à Corte Europeia de Direitos Humanos): como se daria a solução do impasse em sede de divergência de posições entre as referidas Cortes?

Considerando que nesta situação, o Estado deve obediência à Corte a que esteja vinculado; a aplicação da lesão indireta significa, em última análise, também a proteção do Estado contra ações em Tribunais Internacionais. Daí porque, neste caso, parecerá que seja hipótese de efetiva recusa da cooperação.

No fundo, estes parâmetros aqui apresentados são os parâmetros para a identificação dos critérios para a flexibilização do processo abordados nos capítulos anteriores. A observância dos parâmetros – à falta de tribunais internacionais que julguem os casos de cooperação – irá permitir adequar, de um lado, a proteção dos direitos fundamentais e, de outro, o dever de cooperar, constitucionalmente previsto.

---

assertiva. Mas com frequência é esquecida pelos governantes e pelos poderes privados quando o limite resulta duvidoso, e daí a importância de fortalecer um controle judicializado, supranacional e externo. Em uma comunidade internacional fundada nas ideias de 'cooperação' e, na Europa (também na Iberoamérica), de 'integração', transferir a competência a um Tribunal supranacional para julgar não somente concretas violações de direitos, mas para protege-los de forma efetiva e coletiva (*collective enforcement*), em benefício de uma integração comum, é um fenômeno que – estimo – se assemelha à transferência parcial de uma das marcas sensíveis de soberania de que falava Bodino."

[227] É evidente que a preocupação com a posição das cortes internacionais demanda que o próprio Estado reconheça sua importância e dê aplicabilidade a suas decisões. Acerca deste tema valem as advertências feitas por ANTONIO CASSESE. Vide: CASSESE, Antonio. Existe um conflito insuperável entre soberania dos Estados e justiça penal internacional? In: CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille (coords.). *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*. São Paulo: Manole, 2003; notadamente a passagem de fls. 9: "Portanto, não nos deixemos sensibilizar pelas lamentações daqueles que proclamam que a soberania dos Estados está definhando ou já está quase extinta, nem vamos nos entusiasmar com os gritos de alegria dos que exultam por esse pretenso enfraquecimento da soberania. O Estado soberano ainda continua vigoroso; ele ainda é uma espécie de Deus imortal; ele ainda tem em suas mãos a espada e não tem nenhuma intenção de entregá-la às instituições internacionais".

Assim, para que se possa cooperar nas hipóteses em que haja diferença legislativa entre os sistemas, devemos observar os três parâmetros da flexibilização: 1- legalidade; 2 – proporcionalidade; 3 – razoabilidade[228].

Deve, portanto, o magistrado fazer análise escalonada na forma já mencionada no Capítulo 2.

Primeiramente, o magistrado deve analisar se há a proibição interna para a cooperação ou vedação por parte de Tribunal Internacional de Direitos Humanos, visando a realização do ato pretendido pela cooperação.

Caso não haja esta proibição ou vedação, então o magistrado deverá analisar a proporcionalidade e seus subprincípios: adequação, necessidade e, havendo conflito entre direitos fundamentais, a proporcionalidade em sentido estrito.

Por fim, precisará verificar se esta medida, sendo admitida pelos parâmetros da legalidade e da proporcionalidade não se mostra irrazoável. Não sendo irrazoável, então poderá ser admitida a cooperação.

[228] Estes critérios têm, inclusive, a vantagem de incorporar o conceito de ordem pública, até então o parâmetro havido para negar ou admitir cooperação: "Os principais motivos para a recusa de *exequatur* são os previstos na Lei de Introdução ao Código Civil (LGL 2002\400), artigo 17, que nega eficácia aos atos provenientes de outro país quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes. O dispositivo se harmoniza com os requisitos do art. 12, §2º, do mesmo diploma legal, que estabelece a competência das autoridades brasileiras para o cumprimento de diligências deprecadas por autoridades estrangeiras." ARAÚJO, Nadia de. *Medidas de cooperação intejurisdicional no mercosul*. *RePro*, n. 123, p. 06, São Paulo, RT, mai. 2005.

CONCLUSÃO

O trabalho apresentado tentou compreender como as mudanças da pós-modernidade influenciam o processo penal e, como estas mudanças afetam nossa forma de encará-lo.

Temos um processo eminentemente pautado pelos ideais iluministas: é dizer, temos um processo pautado pelo devido processo legal, pela publicidade, pelo contraditório e pela ampla defesa. No entanto, se é verdade que estas garantias encontram-se positivadas em nosso texto constitucional, também é verdade que elas acabam por não atingir os processos e, assim, assegurar a vida dos indivíduos a quem destinam-se.

O descolamento do positivismo jurídico da práxis acaba por evidenciar que a proteção dos indivíduos não pode ser garantida unicamente pela legislação. Aliás, ao contrário, esta constatação serve para demonstrar que as leis, por si só, não são garantia de um processo justo.

Ao mesmo tempo em que foi demonstrado que as leis por si só não são garantias de um processo justo, também demonstrou-se que o processo justo deve ser buscado por todos aqueles que atuam processualmente.

As conclusões apresentadas encontram-se ao logo do trabalho. Contudo, serão apresentadas a seguir em apertada síntese as principais conclusões, o que não dispensa a leitura do trabalho para sua melhor compreensão.

Em apertada síntese, as conclusões são as seguintes:

1 – As transformações pelas quais passam a sociedade são tão rápidas que geram dificuldades para o legislador regulá-las com a necessária eficiência e, assim, há necessidade do estabelecimento de padrões normativos para a solução das questões jurídicas que surgem com estas mudanças, sem contudo, que haja desrespeito aos direitos humanos.

2 – A globalização incrementa a relação entre os países, produz aumento da cooperação jurídica e, por isso, gera fluidez nos sistemas jurídicos, constituindo-se em fator de flexiblização.

3 – Embora vista por alguns como fenômeno estritamente econômico, o sentido da globalização é mais amplo: abarca tanto o fenômeno econômico quanto o fenômeno cultural.

4 – A crise no conceito de soberania conduz a mudança em seu paradigma, caminhando para a flexibilização. O paradigma anterior, amparado na desconfiança, base para a sustentação de um poder ilimitado dos Estados, não se motra mais como adequado e não corresponde à realidade mundial, sendo necessária sua superação, caminhando-se em direção ao paradigma da confiança.

5 – O paradigma da confiança conduz o Estado a ampliar seu alcance. O Estado Constitucional Cooperativo confia no sistema internacional e nos demais Estados. O fato de seu fundamento repousar no respeito aos direitos humanos facilita este mútuo reconhecimento e tornam mais seguras as bases de relacionamento entre os Estados que não mais possuem motivos para desconfiar de outros sistemas jurídicos.

6 – A flexibilização se manifesta na tecnologia por conta da velocidade das mudanças e pelas novas formas de interação entre as pessoas. As mudanças são tão rápidas e tão profundas que alteram diariamente a forma da relação dos indivíduos com o mundo e com as outras pessoas.

7 – O Direito deve refletir o mundo que o cerca, a sociedade em que vivemos. Um processo alheio à sociedade e aos seus valores é um processo que carece de legitimidade. O processo é a manifestação dos valores da sociedade.

8 – A flexibilização gerada no processo penal deve ser vista, contudo, com cuidado para que não sejam abandonadas as garantias criando-se um sistema sem qualquer proteção ao indivíduo.

9 – Com relação aos direitos fundamentais de resistência, percebe-se que a fluidez no processo deve ter limites; limites estes que não podem ferir de morte os direitos de resistência, especialmente em nome das novas tecnologias.

10 – No Direito processual a flexibilização terá o mesmo sentido empregado nos demais ramos do Direito: tornar maleável a norma processual para as situações exigidas no caso concreto.

11 – Nota-se que existe clara tendência na utilização da flexibilização nos países da Europa continental. As alterações legislativas pelas quais passaram estes países demonstram este caminhar para a flexibilização.

12 – O Brasil segue de maneira predominante a tradição continental de sistema processual rígido. Em sua estrutura originária, nosso Código de Processo Penal tinha estrutura marcadamente rígida.

13 – Tem havido processos de flexibilização no Direito brasileiro: as medidas cautelares pessoais, a atenuação do sistema das nulidades e da análise do prejuízo e a admissibilidade do uso da prova ilícita são algumas formas de flexibilização.

14 – A flexibilização pode dar-se em sentido amplo ou em sentido estrito. Em sentido amplo, decorre da utilização dos mecanismos da regra de exceção, da interpretação extensiva e da equidade. A flexibilização em sentido estrito pode ocorrer em três planos: legislativo, judicial e consensual.

15 – São três os parâmetros para que se possa fazer a flexibilização do processo: a) legalidade, b) proporcionalidade e c) razoabilidade. Estes parâmetros são analisados de maneira escalonada.

16 – A análise da legalidade significa que o juiz deve analisar se há permissão expressa ou se há o silêncio da lei. Em ambas as situações será possível a flexibilização. Quando há permissão, em regra, o legislador fixa os critérios de flexibilização e o juiz deve atuar em conformidade com eles. Em caso de silêncio da lei, se o juiz, para adaptar a lei ao caso concreto, concluir pela necessidade de flexibilização, isso nunca poderá representar um desrespeito flagrante ao espírito da norma mas, excepcionalmente o seguimento do caminho inferido pelo ordenamento como um todo, será necessário para a solução adequada e justa.

17 – Se houver vedação da lei, somente poderá haver flexibilização caso o magistrado reconheça a inconstitucionalidade desta vedação.

18 – A proporcionalidade é aplicada por meio de seus subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

19 – A medida de flexibilização será adequada sempre que estimule a obtenção do fim pretendido – adequação qualitativa –, devendo sua duração ou intensidade ser condizente com a sua finalidade – adequação quantitativa. Da mesma forma, a medida deve ser dirigida a um indivíduo sobre o qual incidam as circunstâncias exigidas para sua atuação – adequação subjetiva.

20 – O subprincípio da necessidade significa que uma medida é necessária quando não há outras que produzam resultado de igual intensidade e que violem menos direitos fundamentais.

21 – No caso de *hard case*, então haverá a incidência dos três subprincípios da proporcionalidade: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Aqui, tem-se o sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental colidente e que justifica a adoção da medida restritiva.

22 – A opção escolhida pelo magistrado, ainda que não viole a legalidade ou a proporcionalidade não pode violar o princípio da razoabilidade. Aqui é adotada a posição que ficou conhecida como Teste de Wednesbury: se uma decisão é irrazoável de forma que nenhum administrador razoável a tomaria, então ela não pode ser aceita.

23 – A atuação do juiz irá variar conforme trate-se de flexibilização legislativa ou de flexibilização judicial.

24 – Quando tratar de flexibilização legislativa, a decisão pela flexibilização já foi tomada pelo legislador, cabendo ao juiz decidir por qual caminho seguir. Vale dizer, a escolha pela flexibilização já foi feita, resta ao juiz decidir qual o conteúdo do ato a ser flexibilizado, de forma que parte-se direto para a escolha do juiz entre as possíveis decisões apontadas pelo legislador.

25 – No caso de flexibilização legislativa, podem surgir duas situações distintas para o magistrado quanto aos critérios. Na primeira delas, o legislador já indica os parâmetros para a flexibilização; hipótese que o magistrado deverá necessariamente fundamentar sua decisão com base nestes parâmetros. Na segunda situação, o legislador

não indica os parâmetros da flexibilização. Aqui o magistrado não precisará analisar a legalidade, visto que a lei já determinou a flexibilização, devendo então, apenas, pautá-la pelos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade.

26 – Com a flexibilização é possível que seja privilegiado o interesse da acusação, da defesa ou, a depender da situação, de ambas as partes. A flexibilização pode, portanto, atingir todos os interesses envolvidos no processo.

27 – No caso da flexibilização em favor da defesa, a situação mostra-se de mais fácil admissão. É que o princípio do *favor rei* justifica a adoção de medidas que possibilitem a ampliação dos direitos e garantias individuais.

28 – Mais problemática é a flexibilização em favor da acusação. Neste caso, também é possível a flexibilização do processo para atender interesses da acusação quando as peculiaridades do caso concreto exigirem. A eficiência de que o sistema deve ser dotado justifica que a flexibilização também possa ocorrer para beneficiar os interesses da acusação quando se fizer necessário seu uso.

29 – Contudo, é preciso que seja superada a dicotomia entre os interesses da acusação e os interesses da defesa de forma que ambos coexistam de maneira harmônica.

30 – A flexibilização não pode representar violação aos direitos humanos, sob pena de indevido retrocesso das conquistas da humanidade. Da mesma forma não pode configurar desrespeito ao devido processo legal.

31 – Os direitos humanos possuem três importantes características: universalidade, irrevogabilidade e complementaridade.

32 – A questão liga-se à vedação do retrocesso. Entende-se que não há incompatibilidade com a flexibilização tendo em vista os parâmetros apresentados para sua efetivação.

33 – O direito fundamental pode ser restringido, mas jamais aquém de seu núcleo essencial. Adota-se a teoria do conteúdo essencial relativo.

34 – Toda restrição que passe pelo teste da proporcionalidade não atinge o conteúdo essencial e, portanto, é restrição constitucional.

35 – Tendo em vista a existência de parâmetros claros e concretos, não poderá o magistrado flexibilizar o processos se as Cortes Internacionais de Direitos Humanos já se manifestaram pela impossibilidade de realizar o ato que se pretenda eventualmente fazer.

36 – A análise da vedação do retrocesso em relação ao devido processo legal deve ser feita à luz da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e, neste ponto, a Corte não apresenta restrição à flexibilização.

37 – Da mesma forma, também a Corte tem entendido que os direitos humanos representam um limite à atividade do Estado e, assim, deve haver a observância das garantias mínimas do devido processo legal para aqueles que se encontram na posição de réus em ação penal.

38 – O devido processo legal representa a correta aplicação das leis dentro deste marco de respeito mínimo aos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana. Faz-se necessária a observância de garantias para que seja reconhecido o devido processo legal, não havendo relação de necessariedade com a observância de cada um dos atos específicos do processo.

39 – Uma vez que no parâmetro da legalidade está inserido o respeito aos direitos humanos por meio das decisões da Corte Interamericana e das decisões do Supremo Tribunal Federal não há que se falar em violação dos direitos humanos e do devido processo legal. A observância destes parâmetros impede que haja a violação da cláusula de vedação do retrocesso permitindo ao magistrado conduzir a decisão para as necessidades que os casos concretos possam impor.

40 – A macro-criminalidade é tema que causa grande preocupação aos Estados. Dados seus efeitos deletérios na sociedade, tem recebido tratamento legislativo diferenciado em decorrência de orientação da Organização das Nações Unidas. A preocupação aqui centra-se, notadamente, nas questões atinentes ao terrorismo e à criminalidade organizada.

41 – As Cortes Internacionais de Direitos Humanos já se manifestaram em alguns casos de flexibilização legislativa. O que verifica-se destes julgamentos é que algumas medidas restritivas podem ser tomadas por parte do Estado no trato da criminalidade mais grave ou organizada, mas há um limite para estas restrições.

42 – No que se refere às medidas cautelares pessoais, não se trata, mediante flexibilização, de aceitar a adoção de medidas cautelares atípicas, mas na verdade de flexibilização no sentido empregado no trabalho, ou seja, por meio da extensão das medidas existentes ou sua restrição, não sendo possível a criação de medidas novas.

43 – Não pode o julgador criar novas medidas cautelares distintas das previstas em lei; no entanto, isso não significa que sua execução não possa ser flexibilizada.

44 – Os artigos 310 e 321 do Código de Processo Penal criaram mecanismo de flexibilização legislativa dirigida ao juiz. São mecanismos de flexibilização pois podem ser tomadas várias medidas, como a decretação da prisão preventiva, a liberdade provisória ou medidas diversas da prisão.

45 – A necessidade e a adequação são critérios norteadores inseridos no parâmetro geral da proporcionalidade, analisados anteriormente. Os demais parâmetros apresentados pelo legislador são concretizações do parâmetro geral da razoabilidade.

46 – Utilizando-se dos parâmetros de flexibilização desenvolvidos (legalidade, proporcionalidade e razoabilidade) tem-se que a flexibilização é admitida para que o assistente de acusação possa pedir a aplicação das medidas cautelares pessoais diversas da prisão.

47 – A flexibilização autoriza a restrição temporal das medidas cautelares pessoais diversas da prisão. Da mesma forma que a prisão, as medidas cautelares pessoais diversas da prisão constituem-se em limitação da liberdade do indivíduo antes do trânsito em julgado e, por isso, não podem ser prolongadas de maneira indefinida no tempo.

48 – As medidas cautelares pessoais menos graves, também ostentam caráter cautelar e, portanto, não podem perdurar indefinidamente antes do trânsito em julgado. O prolongamento indevido do processo no tempo irá gerar, forçosamente, a revogação da medida cautelar imposta.

49 – No que se refere à prisão preventiva, os parâmetros de flexibilização permitiriam o afastamento da limitação do artigo 313, I, do Código de Processo Penal, de forma que poderá a prisão preventiva ser decretada independentemente da quantidade de pena cominada, em caráter excepcional.

50 – E possível com a flexibilização estender a incidência do artigo 319 do Código de Processo Penal para determinar o comparecimento do réu em outro local público que não o fórum.

51 – Em princípio, descumprida a medida de prisão domiciliar caberá a utilização de medida cautelar alternativa à prisão preventiva como forma de dar efetividade à prisão domiciliar. Em caráter excepcional, é possível imaginar o uso da flexibilização de forma a restringir a incidência do artigo 318 do Código de Processo Penal afastando-o e, então, revogar a prisão domiciliar e determinar o recolhimento ao cárcere. A flexibilização não é a regra e somente será utilizada em situações excepcionais.

52 – A flexibilização autoriza a possibilidade de arrolar testemunhas fora da resposta à acusação quando a defesa somente tomou contato com o acusado no momento da audiência de instrução, debates e julgamento.

53 – A flexibilização pode ocorrer para que os atos a serem realizados por meio de carta precatória sejam substituídos para que o juiz da causa os pratique em videoconferência, mostra-se adequada, necessária e razoável.

54 – Razões como a complexidade da causa ou mesmo do material probatório podem justificar a ampliação do prazo das alegações finais pelo magistrado a fim de melhor propiciar às partes, acusação e defesa, o exercício de sua função, antes de afastar quem representa a parte.

55 – A aplicação da teoria das *private searches* gera a flexibilização da obtenção da prova no meio virtual e conduz a melhor proteção da intimidade e da eficiência do processo.

56 – Utiliza-se o teste criado pela Suprema Corte Norte-Americana. O teste consiste em uma análise ampla da expectativa de privacidade, tanto do ponto de vista do indivíduo quanto da sociedade: a) expectativa subjetiva de privacidade – consiste na opinião do indivíduo de que possui, naquela situação, privacidade; b) expectativa objetiva de privacidade – consiste na expectativa de privacidade reconhecida pela sociedade.

57 – A teoria das *private searches* flexibiliza a forma de verificação da intimidade e sua proteção, de forma a compor o binômio garantismo e eficácia do processo ampliando a atuação de ambos.

58 – Por meio da flexibilização, com base em interpretação extensiva, é admissível a incidência de algum dos incisos do artigo 581 do Código de Processo Penal para a decisão sobre medidas cautelares. Trata-se de situação similar à do indeferimento do pedido de prisão preventiva. Em suma, é cabível o Recurso em Sentido Estrito previsto no artigo 581, inciso V do Código de Processo Penal.

59 – O artigo 4º da Constituição Federal estabelece o dever de cooperar, conforme se depreende dos princípios nele expostos: a) princípio da autodeterminação dos povos (inciso III); b) princípio da igualdade entre os Estados (inciso V); c) princípio da solução pacífica dos conflitos (inciso VII); d) princípio da integração (parágrafo único do artigo 4º).

60 – Forma de flexibilização na cooperação internacional veio com o auxílio direto. É uma das formas de cooperação jurídica internacional, além da carta rogatória, da extradição e da homologação de sentença estrangeira.

61 – A Cooperação Jurídica, seja pela via da carta rogatória, seja pela via do auxílio direto, está sujeita a limites. Cooperar não significa admitir todo e qualquer pedido feito por outro Estado. Isso porque deve-se reconhecer como válida algumas divergências entre os sistemas. Por outro lado, escolher divergências pontuais entre os sistemas para evitar a cooperação foge do ideal do Estado Constitucional Cooperativo.

62 – A experiência internacional mostra-se fundamental para que sejam melhor compreendidos os limites da cooperação. Da posição dos países estudados, fica evidente que há crescente preocupação com a proteção dos direitos fundamentais.

63 – Nas hipóteses de Cooperação Internacional, deve um país analisar se, ao cooperar, estará permitindo que de maneira indireta sejam violados direitos fundamentais que exponham o Estado a possíveis sanções pelas Cortes. Para que se possa cooperar nas hipóteses em que haja diferença legislativa entre os sistemas, devemos observar os três parâmetros da flexibilização: 1- legalidade; 2 – proporcionalidade; 3 – razoabilidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús. Reflexões sobre o processo e constituição: a tarefa transformadora do processo e a efetividade do estado. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, p. 224, São Paulo, GRÁFICA/EDITORA, 2006.

ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos.* Bogotá/Colômbia: Universidad Externado de Colombia, 1995.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais.* Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008.

ANDOLINA, Ítalo. Il tempo e il processo. *RePro*, n. 126, p. 259, São Paulo, RT, 2009.

ANDRADE JUNIOR, Luis Carlos Vilas Boas. Limites da (promoção da) igualdade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 77, São Paulo, RT, out. 2011.

ARAÚJO, Nadia de. *A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do estado brasileiro no plano interno e internacional*. In: CASELLA, Paulo Borba; RAMOS, André de Carvalho (coords.). *Direito internacional:* homenagem a Adherbal Meira Mattos. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. *Direito internacional privado:* teoria e prática brasileira. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Medidas de cooperação intejurisdicional no mercosul*. *RePro*, n. 123, p. 06, São Paulo, RT, mai. 2005.

ÁVILA, Humberto. O que é o devido processo legal? *RePro*, n. 163, p. 50, São Paulo, RT, 2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. As novas medidas cautelares alternativas à prisão e o alegado poder geral de cautela no processo penal: a impossibilidade de decretação de medidas atípicas. *Revista do Advogado*, n. 113, ano XXXI, p. 80, São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo,2011

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy.Processo Penal. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012.

BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado.* São Paulo: Atlas, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. *A sociedade individualizada:* vidas contadas e histórias vividas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

_____. *Globalização:* as consequências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

BECHARA, Fabio R. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal*: eficácia da prova produzida no exterior. São Paulo: Saraiva, 2011.

BERARDI, Luciana Andrea Accorsi. Interpretação constitucional e o princípio do devido processo legal. *Revista de Direito Constitucional e Internacional,* n. 54, p. 210, São Paulo, RT, 2006.

BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BETTIOL, Giuseppe. Instituições de Direito e processo penal. Coimbra: Coimbra Ed, 1974.

BIDART, Adolfo Gelsi. Tutela Procesal 'Diferenciada'. *RePro*, n. 44, p. 100, São Paulo, RT, 1986.

BINDER, Alberto M. *Introdução ao direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade (e reflexões frankfurtianas).* 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. São Paulo: EDIPRO, 2001.

BRIGGS, Arthur. *Cartas rogatórias internacionais.* Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1913.

BRUN, I. R; SOLER, J. M. R.; GONZÁLES, M. R. *Derecho procesal penal*. Pamplona: Gobierno de Navarra, 2006.

BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito internacional privado e applicação de seus princípios com referencia ás leis particulares do Brazil.* Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve E C., 1863.

CALAMANDREI, Piero. La relatività del concetto di azione. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, v. XVI, parte 1, 1939.

CAMPUZANO, Alfonso de Julios. *Constitucionalismo em tempos de globalização.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

CASSESE, Antonio. Existe um conflito insuperável entre soberania dos Estados e justiça penal internacional? In: CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille (coords.). *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*. São Paulo: Manole, 2003.

CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet:* reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *Cooperação internacional na execução da pena: a transferência de presos. RBCCRIM*, p. 233, São Paulo, RT, 2008.

CASTRO, Carlos Eugênio San Martín. *A privação cautelar da liberdade no processo penal peruano.* In: AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal e estado de direito*. Campinas: Edicamp, .

CATENA, Víctor Moreno. Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año IV, n. 8-A, Ad-Hoc, Buenos Aires – Arg., 1998.

CAVALLERO, María del Pilar. Análisis del art. 319 del CPPN. In: CHIARA DÍAZ, Carlos Alberto; HORACIO, Daniel (coords.). *Garantías, medidas cautelares e impugnaciones en el proceso penal*. Rosario/Arg.: Editorial Jurídica Nova Tesis, 2005.

CAVALLI, Cássio Machado. A compreensão jurídica do dever de razoabilidade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 50, p. 220, São Paulo, RT, 2005.

CHIARLONI, Sérgio. Riflessioni microcomparative su ideologie processuali e accertamento della verità. *RePro*, n. 176, p. 105, São Paulo, RT, 2009.

CORRÊA, Cristiane da Rocha. O princípio do contraditório e as provas irrepetíveis no inquérito policial. *RBCCrim*, n. 60, p. 223, São Paulo, RT, mai. 2006.

COSTA, Domingos Barroso da. Da modernidade à pós-modernidade, do positivismo ao pós-positivismo sobre a exposição da crise de legitimidade do sistema penal brasileiro pelas transformações da sociedade e do direito. *RBCCrim*, n. 94, São Paulo, RT, jan. 2012.

COSTA, José de Faria. *Linha de direito penal e de filosofia, alguns cruzamentos reflexivos.* Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

_____. O fenómeno da globalização e o direito penal econômico. *RBCCrim*. n. 34, São Paulo, RT, abr. 2001.

COX, Archibald. The Supreme Court 1965 Term--Foreword: constitutional adjudication and the promotion of human rights. *Harvard Law Review*, v. 80/91, 1966-1967. Disponível em: <http://home.heinonline.org/>. Acesso em: 30 de outubro de 2012.

DEU, Teresa Armenta. *Estudios sobre el processo penal.* Santa Fé/Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2008.

DI MAIS, Gerardo Ramon; OBLIGADO, Daniel Horacio. *Las nulidades en el processo penal*. 2. ed. Lima: Ediciones Juridicas del Centro: 2011.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais.* 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado.*Parte geral. 9. ed. São Paulo: Renovar, 2008.

DONNELLy, Jack. Cultural relativism and universal human rights. *Human Rights Quaterly*, v. 6, n. 4, nov. 1984. Disponível em: <http://home.heinonline.org/>. Acesso em: 25 de agosto de 2012.

DOYLE, Charles. *Extradition to and from the United States.* Nova York: Nova Science Publishers, 2008.

DULCLERC, Emir. Princípios constitucionais relativos à prisão processual no Brasil: o problema da inefetividade. Diagnóstico crítico e alternativas de superação. *RBCCrim*, n. 64, São Paulo, RT, jan. 2007.

FALLON JR., Richard H. Judicially manageable standards and constitutional meaning. *Harvard Law Review*, v. 119, 1274. Disponível em: <http://home.heinonline.org/>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2012.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7. ed. São Paulo: RT, 2012.

_____; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Recursos no processo penal:* teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.

_____. Funções e limites da prisão processual. *RBCCrim*, v. 64, p. 239, São Paulo, RT, jan. 2007.

_____. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. *RBCCrim*, n. 70, São Paulo, RT, jan. 2008.

_____. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal.* São Paulo: RT, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*: nascimento e crise do estado nacional. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FOLADOR, Patricia Micheli. Os princípios orientadores da convenção europeia de direitos humanos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 79, , São Paulo, RT, abr. 2012

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual.* São Paulo: Editora Atlas, 2008.

GARCÍA, Gerardo Nicolás. Hacia lá abolición de lá prisión preventiva. *Pensamento penal del Sur*, Publicación del Área Penal de las Faculdades de Derecho de las Universidades Nacionales del Comahue, del Sur y de La Pampa, 2006/II, Fabián J. Di Plácido Editor.

GARCIA, Maria. Fundamentalidade e direitos fundamentais: o § 2.º do artigo 5.º DA CF/1988. Direitos humanos e direitos e garantias fundamentais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 67, São Paulo, RT, 2009.

GARCÍA, Nicolás Rodríguez. Cooperação jurídica penal e Ministério Público europeu. *Revista dos Tribunais*, n. 836, p. 456, São Paulo, RT, 2005.

GIDDENS, Anthony. *Sociologia.* 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2005.

GIMENES, Marta Cristina Cury Saad. Defesa técnica dos presos em flagrante delito. *Boletim IBCCRIM* 173, São Paulo, IBCCRIM, abr. 2007.

_____. *Direito ao silêncio na prisão em flagrante.* In: MALAN, Diogo; PRADO, Geraldo (coord.). *Processo penal e democracia*: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: RT, 2001.

_____; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal:* teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.

GONZÁLES, M. R.; BRUN, I.R; SOLER, J. M. R. *Derecho procesal penal*. Pamplona: Gobierno de Navarra, 2006.

GREVI, Vittorio. *Compendio di procedura penale*. 5. ed. Padova: CEDAM, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias processuais na cooperação internacional em matéria penal. *RePro, n.* 81, p. 160, São Paulo, RT, 1996.

_____; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal*: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.

GROSSMAN, Gene M. e KATZ, Michael L. Plea bargaining and social welfare. The American Economic Review, vol. 73, nº 4, p. 749, 1983.

GUERRA, Willis Santiago. A dimensão processual dos direitos fundamentais. *RePro*, n. 87, p. 166, São Paulo, RT, 1997.

HABER, Carolina Dzimidas. A produção da prova por videoconferência. *RBCCrim*, n. 82, São Paulo, RT, jan. 2010.

HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HARVEY, David. *Condição pós-moderna.* 7. ed. São Paulo: Edições Loyola, 1998.

HATHAWAY, Oona A. Do human rights treaties make a difference? *Yale Law Review*, v. 111, p. 2020-2022, 1935, 2001-2002. Disponível em: <http://home.heinonline.org/>. Acesso em: 05 de agosto de 2011.

JACKSON, Vicki C. Constitucional comparisons: convergence, resistance, engagement. *Harvard Law Review*, n. , p. 109, 2007. Disponível em: <http://home.heinonline.org/>. Acesso em: 03 de março de 2011.

KERR, Orin S. An equilibrium-adjustment theory of the fourt amendment. *Harvard Law Review*, n. 476, 2011. Disponível em: <http://home.heinonline.org/>. Acesso em: 03 de março de 2011.

_____ Searches and seizures in a digital world. *Harvard Law Review*, v. 119, p. 531, 2005.

KREMPEL, Luciana Rodrigues. Os recursos em processo penal: relevância e determinação tendo em vista a ordem jurídica constitucional e processual penal em Portugal. *RBCCrim*, n. 45, p. 59, São Paulo, RT, out. 2003.

KUTNER, Luis. World habeas corpus for international man: a credo for international due process of law. *University of Detroit Law Review*, v. XXXVI, n. 3, 1959. Disponível em: <http://home.heinonline.org/>. Acesso em: 05 de abril de 2011.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos, um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.* São Paulo: Companhia das Letras Editora, 1988.

LÉVY, Pierre. *O futuro da internet:* em direção a uma ciberdemocracia planetária. São Paulo: Paulus, 2010.

_____. *O que é o virtual*? São Paulo: Ed. 34, 1996.

LEONE, Giovanni. Tratado de Derecho Procesal Penal, volume I – Doctrinas Generales. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1989.

LEVY, Pierre.Cibercultura. São Paulo: Ed. 34, 1999.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. Direito ao processo penal no prazo razoável. *RBCCrim*, n. 65, p. 205, São Paulo, RT, mar. 2007.

LÖWENTHAL, Paulo Friedrich Wilhelm. As origens do devido processo legal substancial e o seu desenvolvimento na Suprema Corte Norte-Americana. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 75, p. 283, São Paulo, RT, 2001.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. Direito penal, constituição e hermenêutica: pela superação do positivismo jurídico e a possibilidade do acontecer do direito num ambiente de neoconstitucionalismo. *RBCCrim*, n. 91, São Paulo, RT, jul. 2011.

MADRUGA, Antenor. O Brasil e a jurisprudência do STF na idade média da cooperação jurídica internacional. *RBCCrim*, p. 291, São Paulo, RT, 2005.

MARTINI, Carlo Maria; ZAGREBELSKY, Gustavo. *La exigencia de justicia.* Madrid: Miguel Carbonell, 2006.

MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri. *Teoria geral dos direitos fundamentais.* 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

MAIA, Maurilio Casas. A cooperação solidária e a desigualdade compensadora como mandamento constitucional brasileiro e imperativo do direito internacional do desenvolvimento. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 79, São Paulo, RT, abr. 2012.

MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal. II Parte General Sujetos procesales.* Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MELCHIOR, Antonio Pedro. Juiz-Secretário de segurança pública. Breve ensaio sobre o neoconstitucionalismo e o ativismo judicial em matéria criminal na realidade periférica - judge secretary for public safety. A brief overview about neo-constitutionalism and legal activism in criminal matter in the reality of the outskirts. *RBCCrim*, n. 96, São Paulo, RT, mai. 2012.

MENEZES, Wagner. Os princípios no direito internacional. In: CASELLA, Paulo Borba; RAMOS, André de Carvalho (coords.). *Direito internacional:* homenagem a Adherbal Meira Mattos. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MICHAELS, Ralf. The new european choice of law revolution. *Tulane Law Review*, v. 82, p. 1607-1637, 2008. Disponível em: <http://home.heinonline.org/>. Acesso em: 04 de maio de 2011.

MICHAUD, Jean. F. Chronique du parquet et de l'instruction. *Revue de science criminelle et de droit pénal compare*. Nouvelle Série, nº 1, Éditions Sirey, 1972.

MILLER, Arthur S. *An affirmative thrust to due process of law? The George Washington Law Review*, v. 30, n. 3, 1962. Disponível em: <http://home.heinonline.org/>. Acesso em: 15 de julho de 2011.

MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral.* (Tese de Doutorado). São Paulo: Universidade de São Paulo, Curso de Direito, 2010.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro:* análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

_____. Análise judicial da prisão em flagrante: por uma abordagem sistêmico-constitucional. *Revista do Advogado*. (A Reforma do Processo Penal), ano XXXI, n. 113, p. 97, set. 2011.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. A teoria das restrições dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 69, p. 90, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010

MOSCHEN, Valeska Raizer Borges. A solução europeia para a competência internacional. *RePro*, n. 192, p. 307, São Paulo, RT, 2011.

MURCHISON, Matthew. Extradition's Paradox: duty, discretion and rights in the world of non inquiry. *Stanford Journal of International Law*, p. 300, 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais:* trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

OBLIGADO, Daniel Horacio; DI MAIS, Gerardo Ramon. *Las nulidades en el processo penal*. 2. ed. Lima: Ediciones Juridicas del Centro: 2011.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos – visões contemporâneas.* São Paulo: Associação Juízes para Democracia, 2001.

_____; GOMES, Luiz Flávio. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro.* São Paulo: RT, 2000.

PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas*: tempo, caos e as leis da natureza. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1996.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterior para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador.* 7. ed. Madrid: Centro de Estudos Políticos y Constitucionales, 2007.

_____. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *Processo internacional de direitos humanos:* análise de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos na integração econômica: análise comparativa da proteção de direitos humanos e conflitos jurisdicionais na União Europeia e Mercosul*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Processo internacional de direitos humanos*: Análise de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Direitos humanos em juízo, comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de direitos humanos e estudo da implementação dessas decisões no direito brasileiro.* São Paulo: Max Limonad, 2001.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial, parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RESCIA, Victor Manuel Rodríguez. *El debido proceso legal y la convención americana sobre derechos humanos*. Liber Amicorum. Héctor Fix-Zamudio, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998.

RESENDE, Tiago Souza de. A liberdade provisória como regra constitucional. In: ESTEVES, Heloísa Monteiro de Moura; PINTO, Felipe Martins; RESENDE, Sérgio Antônio de (coord.). *Análise de precedentes criminais do Superior Tribunal de Justiça*. Estudos em homenagem à Desembargadora Jane Ribeiro Silva. Belo Horizonte: Editora Atualizar, 2009.

RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes. O tempo da justiça criminal nos EUA, Brasil e Portugal em uma perspectiva comparada. *RBCCRIM*, n. 91, São Paulo, RT, jul. 2011.

RICCIO, Giuseppe. Errore di calcolo sui termini massimi di custodia cautelare ed errore di interpretazione: una equipoarazione solo apparente. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nuova Serie, Anno XXXV, Dott. A. Giuffrè Editore, 1992.

RIONDATO, Silvio. Dal mandato d'arresto europeo al libro verde sulle garanzie alla constituzione europea: spunti sulle nuove vie di affermazione del diritto penale sostanziale europeo. *Rivista Trimestale di Diritto penale dell'economia*, anno XVII, n. 3-4, 2004. CEDAM.

ROCA, Javier Garcia. Soberanía estatal versus integración Europea mediante unos derechos fundamentales comunes: cual es el margen de apreciación nacional? In: ROCA, Javier Garcia; SÁNCHEZ, Pablo A. Fernandez (coords.). *Integración europea a través de derechos*

fundamentales: de un sistema binário a outro integrado. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

RODRIGUES, Anabela Miranda. A fase preparatória do processo penal – tendências na Europa. O caso português. *RBCCrim*, n. 39, São Paulo, RT, jul. 2002.

RODRÍGUEZ, Raúl Carnevali. Cuestiones fundamentales que el ordenamento comunitário propone a los derechos penales nacionales. *RBCCrim*, n. 40, p. 36, São Paulo, RT, out. 2002.

ROMANO, Mariaivana. Il diritto alla libertà nell'ordinamento spagnolo procedimento penale e misura detentiva. *L'Indice Penale*, Nuova Serie, anno VIII, n. 3, p. 1188, CEDAM, 2005.

ROSAS, Roberto. Devido processo legal: proporcionalidade e razoabilidade. *Revista dos Tribunais* p. 11, 2001.

RÜDIGER, Francisco. *As teorias da cibercultura.* Porto Alegre: Sulina, 2011.

SÁNCHEZ, Martín Alejandro. *Inconstitucionalidad de la prisión preventiva.* In: CHIARA DÍAZ, Carlos Alberto; HORACIO, Daniel. (coords.). G*arantías, medidas cautelares e impugnaciones en el proceso penal*. Rosario/Arg.: Editorial Jurídica Nova Tesis, 2005.

SANGUINÉ, Odone. Efeitos perversos da prisão cautelar. *RBCCrim*, v. 86, set. 2010.

_____. *A inconstitucionalidade do clamor publico como fundamento da prisão preventiva*. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (coord.). *Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva*. São Paulo: Editora Método, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os direitos humanos na zona de contato entre globalizações rivais. *RBCCrim*, n. 64,São Paulo, RT, jan. 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. 30 anos de vigiar e punir (Foucault). *RBCCrim*, n. 58, p. 289, São Paulo, RT, jan. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

_____. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 57, São Paulo, RT, out. 2006.

SECHI, Paola. Liberta personale dell'imputato. Custodia cautelare. Detrazzione dalla pena inflita per alto reato. Condizioni. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale,* Nuova Serie, anno XXXI, Dott. A. Giuffrè Editore, 1988.

SERGI, Natália. El plazo de duracion del encarcelamiento preentivo segun el Tribunal de Casación Penal de la província de Buenos Aires. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, n. 6, Buenos Aires/Arg, LexisNexis, 2007.

SEVCENKO, Nicolau. *A corrida para o século XXI:* no loop da montanha russa. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

SHECAIRA, Sério Salomão. Comentários ao acórdão 142.513/ES, Rel. Min. Nilson Naves. *RBCCrim*, n. 84, p. 417, São Paulo, RT, mai. 2010.

SICHES, L. R. *Tratado general de filosofia del derecho*. 22. ed. México: Editorial Porrúa S.A., 1959.

SILVA, Danielle Souza Andrade e. A temporalidade específica da prisão preventiva: um mecanismo de conciliação entre garantias individuais e efetividade no processo penal. *RBCCRIM,* v. 62, p. 197, São Paulo, RT, set. 2006.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. Auxílio direto, carta rogatória e homologação de sentença estrangeira. *RePro,* p. 287, São Paulo, RT, 2005.

_____. *Anotações sobre o anteprojeto de lei da cooperação jurídica internacional*, Publicado em 2005. Disponível em: < www.uff.br/direito/artigos.htm>. Acesso em 10 de julho de 2010.

SILVA, Virgilio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais,* n. 798, p. 29, São Paulo, RT, 2002.

_____. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOARES, Guido F. S. União Europeia, Mercosul e a proteção dos direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia (coord.). *Direitos Humanos, globalização econômica e integração regional*: desafios do direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002.

RÜDIGER, Francisco. As teorias da cibercultura, perspectivas, questões e autores. Porto Alegre: Sulina, 2011.

SOLER, J. M. R; GONZÁLES, M. R.; BRUN, I.R. *Derecho procesal penal*. Pamplona: Gobierno de Navarra, 2006.

SOLTOSKI, Andréia. A prisão preventiva como ultima ratio das medidas processuais. *Justiça e Sistema Criminal*, v. 2, n. 3, p. 196, Curitiba: FAE Centro Universitário, jul.-dez. 2010.

SOUZA, Artur César de. Justo processo ou justa decisão. *RePro*, n. 196, p. 469, São Paulo, RT, 2011.

SOUZA, Carolina Yumi de. Cooperação jurídica internacional em matéria penal: considerações práticas. *RBCCrim*, p. 297, São Paulo, RT, 2008.

STELLA, Claudia. *As implicações do aprisionamento materno na vida dos(as) filhos(as).* RBCCrim, n. 34, São Paulo, RT, abr. 2001.

SUANNES, Adauto. Os fundamentos éticos do devido processo penal. 2 ed. Ver e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.* 3. ed. São Paulo: RT, 2009.

URANI, Marcelo Fernadez. *(Re)pensando as prisões cautelares com Elio Fazzalari.* In: FAYET JÚNIOR, Ney; MAYA, André Machado (coords.). *Ciências penais*: perspectivas e tendências da contemporaneidade. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

VERNET, Joseph. I sostitutivi del cárcere preventivo. *Rivista di Criminologia e Diritto Criminale*, anno LXXV, Dott. A. Giuffrè Editore, 1970.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.* 7. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

_____; MARTINI, Carlo Maria. *La exigencia de justicia.* Madrid: Miguel Carbonell, 2006.

ZAPATERO, Luis Arroyo. A harmonização internacional do direito penal: ideias e processos. *RBCCrim*, n. 84, p. 49, São Paulo, RT, mai. 2010.

ZAVASCKI, Teori Albino. Cooperação jurídica internacional e a concessão de exequatur. *RePro*, n. 183, p. 8, São Paulo, RT, 2010.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Ainda que tardia, que venha a liberdade: breve panorama sobre a prisão cautelar no direito brasileiro. *RBCCrim*, n. 85, São Paulo, RT, jul. 2010.

WALDROM, Jeremy. Foreign law and the modern ius gentium. *Harvard Law Review*, v. 119, p. 129,

WARREN, S. D.; BRANDEIS, L. D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, v. IV, n. 5, Dec. 1890.