

Revista Brasileira de
ESTUDOS CONSTITUCIONAIS

RBEC

A *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais* – *RBEC* é uma revista jurídica especializada em Direito Constitucional, de periodicidade quadrimestral. Sua formatação é peculiar: cada número possui, ao mesmo tempo, conteúdo temático e uma seção destinada aos mais variados temas de interesse da teoria da Constituição e da prática constitucional contemporânea.

Entre suas seções, pode-se apontar:

- Doutrina estrangeira (devidamente traduzida e relacionada ao tema específico de cada número);
- Doutrina nacional;
- Jurisprudência comentada;
- Resenhas.

As propostas de artigos para edição na *RBEC* deverão ser enviadas para <rbec.rev@gmail.com>.

Assinaturas

0800 704 3737
(31) 2121-4949



visite nosso site
www.editoraforum.com.br

31019-90038164



Revista Brasileira de
ESTUDOS CONSTITUCIONAIS

RBEC



A cautelaridade no processo penal democrático e a hiper-racionalidade inquisitória

Flaviane de Magalhães Barros

Pós-Doutora (CAPES) junto a *Università degli studi di Roma Ter.*
Doutora em Direito Processual pela PUC Minas.
Mestre em Direito Processual pela PUC Minas.

Leonardo de Carvalho Barbosa

Mestrando em Direito Processual pela PUC Minas

Resumo: O presente artigo propõe-se a desenvolver uma análise da (in)eficácia da teoria da cautelaridade no processo penal sob uma perspectiva democrática devido à hiper-racionalidade inquisitória que insiste em permear as ações dos magistrados. Afirma-se a necessidade de superação dessa mentalidade, para que os responsáveis pelo provimento adotem efetivamente a democracia processual, optando por um poder compartilhado e controlado que objetiva a tutela dos direitos fundamentais, concretizando o princípio acusatório. Sustenta-se que, no processo jurisdicional democrático, nenhuma decisão pode se restringir ao plano autárquico-estatal, tendo como referência as pré-compreensões do agente que encarna o Poder Público. Conclui-se que a problemática da cautelaridade no processo penal só será resolvida pela via da argumentação, respeitando a relação de reciprocidade e complementaridade que se estabelece entre os direitos fundamentais no Direito Constitucional.

Palavras-chave: Medida cautelar. Processo penal constitucional. Estado Democrático de Direito. Hiper-racionalidade. Inquisição.

Sumário: 1 Introdução – 2 O processo penal constitucional desafiado por uma hiper-racionalidade inquisitória – 3 O princípio acusatório – 4 A cautelaridade e necessidade de superação da hiper-racionalidade inquisitória – 5 Conclusões – Referências

Processo e jogo, papel selado e cartas de baralho... É preciso, advogados e juízes, fazer o impossível para que assim não seja; e para que verdadeiramente o processo sirva à justiça. Mas não se deve ignorar que é bem outra coisa a realidade psicológica, tão sombria inclusive quando se mostra atraente, que de maneira volúvel e confusa enche de intranquilidade as bem-modeladas gavetas do Direito Processual, cujo estudo, caso não seja ao mesmo tempo estudo do homem vivo, é abstração estéril.
(CALAMANDREI, 2003, p. 256)

1 Introdução

O presente trabalho tem como tema a análise da (in)eficácia da teoria da cautelaridade no processo penal sob uma perspectiva democrática devido à hiper-racionalidade inquisitória que insiste em permear as ações dos responsáveis pelo processo jurisdicional.

A hiper-racionalidade (ROUANET, 2006, p. 291-292) é uma doença da razão que forma um universo jurídico antidemocrático, fundado na filosofia da consciência e que se projeta em um método cognitivo solipsista que anula a processualidade.

Por consequência, conduz a uma situação de protagonismo judicial, que relativiza a argumentação jurídica diminuindo a participação das partes na produção do provimento jurisdicional, por meio de uma razão hegemônica e excludente que não aceita dialogar e que se basta para conhecer os fenômenos da vida e no processo penal, o caso penal (MARQUES, 2011a, p. 475-480).

Caracteriza-se, assim, como um obstáculo à eficácia do devido processo constitucional, que visa garantir o pluralismo democrático e a construção participada do provimento.

A problematização do tema é realizada a partir da necessidade de superação desta doença da razão, típica dos Sistemas Inquisitórios, para que as garantias constitucionais que fundamentam o processo penal democrático sejam efetivamente respeitadas, em especial, no tocante às medidas cautelares pessoais, que frequentemente se projetam sobre a fase investigativa com uma aura de "justiça" já realizada.

Assim, o objetivo precípua deste estudo é denunciar que de nada adianta desenvolver uma teoria da cautelaridade do processo penal em conformidade com o Estado Democrático de Direito e ao princípio acusatório, se essa característica inquisitória não for completamente superada, tanto na mente dos responsáveis pelo processo, como também em seus atos e interpretações, principalmente, ao analisar a possibilidade de decretação das medidas cautelares.

A justificativa da pesquisa reside na necessidade de consolidação de uma teoria da cautelaridade do processo penal democrático, a partir da concepção deste como garantia constitucional, o que só se torna possível por meio da ruptura completa com o procedimento inquisitório.

2 O processo penal constitucional desafiado por uma hiper-racionalidade inquisitória

Quando se pretende estudar a teoria da cautelaridade sob a perspectiva de um processo penal constitucional, observa-se a importância da relação entre Constituição e Processo, principalmente, pela compreensão deste como garantia constitucional.

No final do século XIX, influenciado pelo pensamento de Oskar von Bülow, através da teoria da relação jurídica, o processo se configurou a partir dos vínculos subjetivos formados entre as partes e o juiz (BULÖW, 2003).

Na relação jurídica, as partes apareciam em condição de desigualdade, ficando subordinadas ao juiz — representante do Estado e detentor do poder de dizer o direito e com papel de proeminência — o que lhe permitia impor determinado comportamento processual àquelas (GONÇALVES, 1992, p. 70-74).

Assim, o processo se constituía em mero instrumento de jurisdição (teoria instrumentalista), ficando a atividade decisória legitimada pela consciência do responsável pela "prestação" jurisdicional.

Somente na segunda metade do século XX, com o movimento de constitucionalização, é que a teoria do processo começa a rever a instrumentalidade, uma vez que os preceitos constitucionais reclamam a reestruturação do procedimento, visando assegurar, para as partes, igual oportunidade de intervenção influente, na atividade preparatória da decisão (MARQUES, 2011b, p. 3).

A discussão do modelo constitucional de processo toma como marco a teoria procedimentalista do Estado Democrático de Direito, em que o sujeito de direitos é considerado autor e destinatário da norma jurídica. Para isso, torna-se imprescindível compreender o processo como uma garantia constitucional codependente aos direitos fundamentais (BARROS, 2009a, p. 332).

Parte-se da apropriação da teoria do processo como procedimento realizado em contraditório de Fazzalari, para propor uma releitura do processo, passando este a ser entendido como um procedimento em que há a garantia de construção participada da decisão (BARROS, 2009a, p. 333).

Assim, para consolidar a noção de processo como garantia de direitos fundamentais, é necessária a apropriação dos conceitos de processo e procedimento de Fazzalari, além de uma releitura da teoria geral do processo.

Surge, então, o modelo constitucional, em que o processo se estrutura em torno de uma base principiológica uníssona (composta pelos princípios do contraditório, da ampla argumentação, da fundamentação da decisão e do terceiro imparcial) presente na Constituição, que afirma a democracia e viabiliza a efetiva participação dos interessados e respeito aos direitos fundamentais (BARROS, 2009a, p. 333-335).

Desta forma, na atualidade, se o juiz fundamenta a sua decisão em argumentos não utilizados pelas partes, ocorre a violação do princípio da fundamentação das decisões e, conseqüentemente do contraditório, visto que as partes não participaram da construção do provimento; da ampla argumentação, já que o tempo processual foi insuficiente para que as partes construíssem de forma efetiva os argumentos a serem utilizados na defesa de seus interesses; do terceiro imparcial, uma vez que ao decidir com base em impressões e/ou sentimentos pessoais, o julgador passa a ser o único intérprete do direito, reforçando o seu subjetivismo e atingindo sua imparcialidade (FIORATTO; DIAS, 2010, p. 240).

Pelo que se percebe, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 propôs um novo esquema processual, democrático, que assegura a construção participada da decisão, viabilizando a participação igualitária e influente dos interessados, conferindo-lhes ampla liberdade para introduzir argumentos e produzir provas, no tempo e no espaço do processo (MARQUES, 2011b, p. 6).

Democrático porque a democracia é, por excelência, o regime do discurso, da palavra pública: toda decisão supõe a discussão aberta, a confrontação explícita das posições das partes presentes, a exposição a todos de razões válidas para todos. É, negativamente, a rejeição do Mestre e, de forma positiva, um regime de discurso que obedece ao princípio da substitutibilidade infinita dos lugares, dos locutores e dos ouvintes (WOLFF, 2006, p. 73).

É a partir de uma raiz democrática de processo, desvinculada do conceito de relação jurídica, não mais condizente com o Estado Democrático de Direito, que se efetiva uma releitura da teoria processual, feita em sintonia com a Constituição.

Isso porque, por meio do princípio da democracia, o Direito deixou de ser compreendido como um conjunto de normas positivadas com caráter coercitivo representado pelo Estado, passando a exercer um papel legitimador dessas, através de um procedimento discursivo, fundado nos direitos fundamentais e na cidadania.

É nessa forma participativa para a construção dos provimentos que se baseia o modelo constitucional de processo:

O modelo constitucional de processo é um esquema geral de processo que possui três importantes características: a expansividade, que garante a idoneidade para que a norma processual possa ser expandida para microsistemas, desde que mantenha sua conformidade com o esquema geral de processo; a variabilidade, como a possibilidade de a norma processual especializar-se e assumir forma diversa em função de característica específica de um determinado microsistema, desde que em conformidade com a base constitucional; e a perfectibilidade, como a capacidade de o modelo constitucional aperfeiçoar-se e definir novos institutos por meio do processo legislativo, mas sempre de acordo com o esquema geral. (BARROS, 2009b, p. 14-15)

Nesse sentido, o microsistema do processo penal possui especificidades diante dos direitos fundamentais a que visa garantir. Assim, a base principiológica uníssona — consolidada pelo contraditório, ampla argumentação, fundamentação das decisões e o terceiro imparcial — necessita de uma interpretação conjunta com os princípios constitucionais da presunção de inocência, princípio acusatório e a garantia das liberdades individuais dos sujeitos, devido às características próprias do modelo constitucional de processo (expansividade, variabilidade e perfectibilidade) (BARROS, 2011, p. 19).

No Brasil, para que se construa um processo penal constitucional, é necessário, em primeiro lugar, compreender que, na realidade brasileira, as práticas inquisitórias (autoritárias) encontram sobrevida no atual Código, que acaba por se dissociar do princípio acusatório. A resistência dos operadores do direito em reconhecer a hiper-racionalidade inquisitorial subsidia também tal compreensão. A hiper-racionalidade inquisitória entendida como uma das patologias da razão, que se julga soberana com relação ao outro.

Razão essa, extrema, que formula julgamentos que se pretendem universais sem, em momento algum, questionar se eles têm realmente validade ou se correspondem a percepções meramente subjetivas (ROUANET, 2006, p. 291-292).

Para se entender a hiper-racionalidade inquisitória, é preciso conhecer seu marco teórico — vinculado à filosofia da consciência — que sustenta que o mundo existe enquanto realidade exterior e que a sua estrutura pode ser, integralmente, compreendida pela razão, com toda a realidade sendo apreendida pelo intelecto, gerando um ambiente antidemocrático, dominado por uma razão superior, excludente e até mesmo doentia (hiper-racionalidade) (MARQUES, 2011b, p. 475-480).

Desconsidera-se, simplesmente, a vulnerabilidade humana diante da apuração do fato, da produção das provas, na imposição de medidas cautelares, na interpretação do Direito e na realização da Justiça (MARQUES, 2009, p. 150).

Assim, enquanto os Juízes se colocarem como *senhores da prova*, capazes de, baseados em sua própria racionalidade, extrair todos os aspectos dos fatos da vida, não teremos um processo penal eminentemente democrático (MACHADO, 2012, p. 121).

Isto porque, podendo decidir antes, para depois buscar no processo as provas que confirmem a premissa por ele eleita, cria-se um *quadri mentali paranoidi* (CORDERO, 1986), fazendo com que o julgador torne seu imaginário um real possível (MACHADO, 2012, p. 121).

É justamente a hiper-racionalidade que impede a argumentação das partes e garantia do terceiro imparcial que julga conforme os argumentos e provas apresentados em contraditório judicial, sem se influenciar por sua compreensão subjetiva da vida, do direito e do caso penal, se contrapondo as bases constitucionais e sem permitir uma compreensão plena do princípio acusatório.

3 O princípio acusatório

O Código de Processo Penal Brasileiro, datado de 1941, foi influenciado pelo Código de Processo Penal Italiano de 1930, baseado pelos ideais fascistas e pelo princípio inquisitório, que primava por uma ação repressiva, justificada na primazia do interesse público sobre o do indivíduo e que acabava por renunciar à tutela dos direitos fundamentais (MARQUES, 2009, p. 142).

O princípio inquisitório inspira-se na ideologia da defesa social e instrumentaliza a gestão centralizada de poder. Monopolizando toda informação relevante, o princípio prima pelo poder concentrado e sem controle, voltado para a realização do Direito Penal. Ele molda o método inquisitivo a partir de uma investigação secreta da verdade, na qual o Juiz investigador detém a gestão da prova e o poder de demonstrar a culpa antecipadamente. [...] o princípio inquisitório concentra na pessoa do Juiz inquisidor todo o conhecimento adquirido na investigação. [...] em um procedimento sem partes, ele constrói sozinho, e em segredo, todo o saber que mais tarde será enunciado como verdade real. (MARQUES, 2009, p. 147)

Já a Constituição Brasileira de 1988 inaugurou um novo processo penal — participativo, pluralista e aberto — fundado no princípio acusatório e que, portanto, não se compatibiliza com a ideologia repressiva e centralizadora do Código de Processo Penal de 1941 que ainda permanece em vigor.

É, exatamente, a acusatoriedade que viabiliza a democracia processual penal, instituindo a descentralização e o compartilhamento do poder, visando à garantia dos direitos fundamentais. Assim, transforma o processo penal em um ambiente argumentativo de proteção aos direitos fundamentais (MARQUES, 2009, p. 147).

[...] se pode chamar acusatório a todo sistema processual que concebe o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o juízo acusatório como uma contenda entre iguais iniciada pela acusação, a quem compete o ônus da prova, enfrentada a defesa em um juízo contraditório, oral e público e resolvida pelo juiz segundo sua livre convicção. (PRADO, 2006, p. 153)

Por consequência, a decisão judicial deixa de ser uma pré-compreensão de uma realidade — formulada por um único sujeito — para se converter em um raciocínio devidamente problematizado, que enfrenta possibilidades distintas e resulta da ampla argumentação jurídica que se desenvolve em torno do caso concreto (MARQUES, 2009, p. 148).

E este desenvolvimento com atuação das partes, que permite a construção do provimento de forma argumentativa e em contraditório, sem pré-compreensões judiciais é um grande desafio, haja vista a teoria da cautelaridade adotada atualmente pela legislação processual penal brasileira que ainda permanece incrustada de aspectos eminentemente inquisitoriais, tanto nos requisitos das medidas cautelares pessoais quanto na possibilidade de decretação de ofício pelo responsável pela decisão.

Isto porque, a imparcialidade do juiz exige que ele se afaste das atividades preparatórias, de modo a se manter imune aos preconceitos que a formulação antecipada de uma tese produz, principalmente quando alheia à garantia do contraditório (PRADO, 2006, p. 175).

Nesse sentido, deve-se formular uma teoria da cautelaridade do processo penal em completa harmonia com os princípios constitucionais do processo, em específico ao princípio acusatório.

4 A cautelaridade e necessidade de superação da hiper-racionalidade inquisitória

Conforme exposto, o modelo constitucional de processo penal busca rechaçar o horizonte do conflito entre segurança e liberdade, instituindo um ambiente de proteção dos direitos fundamentais, que necessitam ser aplicados de forma dinâmica e simultânea. E isso só é possível através da institucionalização do espaço e do

tempo da argumentação das partes, conformadora dos atos decisórios (MARQUES, 2012, p. 238).

Assim, surge a necessidade de se estabelecer uma teoria da cautelaridade do processo penal, em total concordância ao modelo constitucional de processo penal, bem como ao princípio acusatório.

A teoria da cautelaridade que tem fundamento nos estudos de Chiovenda, Carnelutti e Calamandrei, analisa a questão em termos do processo civil e de uma base processual fundada em uma matriz inquisitorial e autoritária, sustentada pela compreensão do socialismo processual voltado a proteção do próprio Estado e do processo como instrumento conformador. Logo, as bases do processo cautelar italiano que tanto serviu no Brasil para sustentar o processo civil e o processo penal não são suficientes para superação da hiper-racionalidade inquisitória, já que se sustenta no poder de cautela do juiz para proteger o próprio processo e não o direito das partes.

Quanto se refere a teoria da cautelaridade no processo penal, deixando de lado essa indevida apropriação do processo civil, deve-se sempre respeitar o modelo constitucional de processo, o princípio acusatório e o princípio da presunção de inocência, base delimitadora de interpretação das medidas cautelares pessoais (BARROS; MACHADO, 2011, p. 13-14). Dito em outras palavras, a base principiológica constitucional permite inferir um arcabouço para a teoria da cautelaridade penal, livrando-a de simplesmente sustentar em características como provisoriedade, preventividade, acessoriedade e instrumentalidade.

Logo, não se pode admitir que essa se aproxime da execução provisória e tenha caráter satisfativo de uma antecipação de um possível mérito do processo principal (BARROS; MACHADO, 2011, p. 16-17). Certamente, esse é um dos maiores riscos que se corre quando a hiper-racionalidade inquisitória ainda se mantém forte e contundente a interferir no subjetivismo do juiz.

Assim, as prisões preventivas ficam mais próximas da realização imediata de uma solução de justiça para combater a violência do fato na realidade social. Acaba-se, deste modo, por se transformar o instituto processual em um meio de política criminal para garantir credibilidade, justiça e efetividade. Desnatura-se a finalidade de uma teoria da cautelaridade com bases constitucionais que busca garantir os direitos fundamentais.

É necessário, portanto, delimitar, com base nos princípios constitucionais do processo, as características desta teoria com o escopo de nunca se violar, indevidamente, o direito de liberdade do cidadão.

Tomando-se por base o princípio acusatório, no que diz respeito às medidas cautelares pessoais, destaca-se que:

O direito que se pretende tutelar com as medidas cautelares pessoais é o da acusação no processo. Assim, é esta parte que deve, primordialmente, atuar, requerendo a decretação das referidas medidas. O papel do Juiz é o de concretizar o processo como garantia dos direitos fundamentais, logo, na sua atuação, deve ele verificar os argumentos da acusação que demonstrem concretamente a pertinência (necessidade e adequação) da medida cautelar pessoal no processo penal. (BARROS; MACHADO, 2011, p. 35)

Ademais, a noção de que tais medidas cautelares devem ser discutidas a partir do direito da acusação e de sua atuação no processo nos leva à consideração de que essas, na fase processual, só devem ser requeridas pelas partes. Já na fase de inquérito, por representação da autoridade policial ou por requerimento do Ministério Público (BARROS; MACHADO, 2011, p. 30).

A busca por um devido processo penal cautelar exige a iniciativa por parte dos encarregados pela investigação ou pelo titular do direito de ação (Acusação), até o que o juiz deverá permanecer inerte, sob pena de quebra da sua imparcialidade (PRADO, 2006, p. 181). Assim, as medidas cautelares não podem ser decretadas, de ofício, pelo juiz.

Não se diga que o juiz penal dispõe de um poder geral de cautela, que o autoriza a, *ex officio*, promover as providências cautelares que julgue pertinente, pois tal poder, como no processo civil, não se exercita sem provocação da parte no feito cautelar. [...] quando se trata da tutela dos mais importantes bens de um indivíduo, não é admissível supor que o encarregado de decidir sobre sua fruição seja alguém que tenha espontaneamente tomado a iniciativa de ordenar a prisão do investigado. (PRADO, 2006, p. 181)

Além disso, nega-se por completo a existência de uma interpretação no sentido de ser a prisão processual a representação dos interesses da polícia judiciária ou, ainda, que esta vise, exclusivamente, garantir a confiança na Jurisdição (BARROS; MACHADO, 2011, p. 31), pontos evidentes de uso da hiper-racionalidade inquisitória.

Logo, a decisão judicial que analisa pedido de decretação de medidas cautelares no processo penal deve ser entendida como garantidora de direitos fundamentais e não como instrumentadora de políticas de segurança pública.

Mais ainda, deve ser fundamentada, exclusivamente, com base no direito da acusação e não no resultado útil do processo, visando atingir escopos metajurídicos.

Entretanto, uma teoria da cautelaridade em consonância com o princípio acusatório e o processo penal constitucional não terá eficácia enquanto os responsáveis pelo processo não se libertarem da hiper-racionalidade inquisitória.

Afinal, ao decretar, de ofício, medidas cautelares, o Juiz, por meio de uma cognição sumária, procede à avaliação subjetiva do comportamento da parte, o que dá acesso — ainda que inconscientemente —, às influências sentimentais, sugestões da simpatia, aos desvios da política e aos imperativos da religião, sempre respaldadas por uma razão hegemônica e, falsamente, imune a equívocos (CALAMANDREI, 2003, p. 252).

No que se refere às medidas cautelares no processo penal, a Constituição tenta estabelecer uma disciplina para as medidas cautelares pessoais, visando, exatamente, essa superação:

A Constituição em seu art. 5º traz um rol de garantias individuais do cidadão, sendo que elas possuem específica aplicação nas medidas cautelares pessoais penais. A Constituição, como documento histórico que é, avalia os erros do passado, apresentando-nos as bases para um novo presente e futuro. No caso brasileiro, tais garantias justificaram-se em razão dos abusos do período da ditadura militar com as prisões para averiguações, os desaparecimentos forçados, a prisão sem ordem judicial prévia, a autoexecutoriedade das medidas impostas pelas autoridades policiais (típicas do procedimento inquisitório) (BARROS, 2011, p. 36)

A Constituição prevê ainda como base para aplicação do direito, o princípio da proporcionalidade, entendido como proibição de excessos. Proibições essas que, no tocante às medidas cautelares pessoais no processo penal, impedem que a liberdade do cidadão seja restringida em maior gravidade, com efetiva desproporção em relação à sanção que ele, eventualmente, possa receber em sede de decisão de mérito ao final do processo penal (BARROS, 2011, p. 38).

O que ocorre na prática judicial, entretanto, é exatamente o contrário. O referido princípio acaba sendo utilizado como uma saída hermenêutica equivocada para aparentes conflitos entre o direito à segurança e o direito à liberdade:

[...] diz-se que a partir do princípio da proporcionalidade, em razão da prevalência do interesse público sobre o privado, impõe-se a decretação de alguma medida cautelar pessoal, mormente a prisão. Tal entendimento é em sua essência viciado, se prestando a autênticos fins punitivistas, eis que retira o caráter cognitivo da decisão, reforçando, por outro lado, a sua perspectiva autoritária de um sujeito solipsista o qual é capaz de pesar (como se existisse uma balança para isso), no caso concreto, qual princípio tem maior relevância e, logo, deveria ser aplicado. (BARROS, 2011, p. 38-39)

Assim, a existência dessa hiper-racionalidade inquisitória é facilmente comprovada quando da decretação das medidas cautelares no processo penal. Isto porque, o julgador, neste momento, ainda se inspira na ideologia da defesa social, monopolizando a gestão da prova e demonstrando a culpa de forma antecipada.

Acaba por desconsiderar sua vulnerabilidade humana diante da apuração do fato, da produção da prova, da interpretação do direito e da própria realização da justiça (MARQUES, 2009, p. 150).

É necessária, portanto, a superação dessa mentalidade, para que os responsáveis pelo provimento adotem efetivamente a democracia processual, optando por um poder compartilhado e controlado que objetiva a tutela dos direitos fundamentais.

Somente assim, o princípio acusatório estará devidamente respeitado, uma vez que a decisão de decretação das medidas cautelares previstas na legislação processual penal deixará de ser uma pré-compreensão de uma realidade, formulada por um único sujeito, para se converter em um raciocínio devidamente problematizado, que enfrenta possibilidades distintas e resulta da ampla argumentação jurídica que se desenvolve em torno do caso concreto (MARQUES, 2009, p. 147).

A democracia constitucional representa uma conquista da qual a sociedade moderna não pode abrir mão em favor da ideologia da defesa social. O poder que se legitima na técnica de controle e de promoção deve ser compartilhado entre instituições. Essa regra é sagrada. Do contrário, a sociedade vai ser engolida novamente pelo Leviatã. (MARQUES, 2009, p. 150)

Por este motivo, “ser cuidadoso em conceder medidas cautelares” – este deveria ser um dos primeiros lemas do bom juiz” (CALAMANDREI, 2003, p. 247).

E este cuidado, primeiramente, deveria consistir na superação da hiper-racionalidade inquisitória que, por sua vez, caracterizaria a efetivação do princípio acusatório.

5 Conclusões

Assim, para que se obtenha uma teoria da cautelaridade do processo penal constitucional, é necessário superar essa doença da razão, através da adoção de uma razão dialógica que admita todas as manifestações que não violem os princípios da convivência democrática e os direitos humanos.

Cumpra ao processo penal instaurar um ambiente de proteção aos direitos fundamentais, bem como se ajustar ao modelo constitucional, para consolidar o

espaço e o tempo da argumentação jurídica. No processo jurisdicional democrático, nenhuma decisão pode se restringir ao plano autárquico-estatal, tendo como referência as pré-compreensões do agente que encarna o Poder Público.

A problemática da cautelaridade no processo penal só será resolvida pela via da argumentação, respeitando a relação de reciprocidade e complementariedade que se estabelece entre os direitos fundamentais no Direito Constitucional.

Se o Juiz é feito da mesma matriz humana do réu, do Advogado de Defesa e do Promotor de Justiça, portanto, igualmente vulnerável, não se pode admitir que a crença doentia na sua razão prevaleça sobre o diálogo.

Precautionary Principle on Democratic Criminal Procedure and Inquisitorial Hyper-Rationality

Abstract: This article intend to develop an analysis of the (in) effectiveness of the theory of precautionary measure in criminal proceedings under a democratic perspective due to the hyper-rationality of inquiry that insists permeate judges action. Affirms the need to overcome this mentality, so that those responsible for providing effectively adopt procedural democracy, opting for a shared power and controlled that aims to protect fundamental rights, implementing the accusatory principle. It argues that the court democratic process, no decision can be restricted to state-municipal plan, with reference to the pre-understandings agent who embodies the Government. We conclude that the problem of precautionary measure in criminal proceedings shall be settled by way of argument respecting the relationship of reciprocity and complementarity that exists between the fundamental rights in constitutional law.

Key words: Precautionary measure. Constitutional criminal procedure. Democratic State of Law Hyper-rationality. Inquisition.

Referências

- BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do processo penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis nº 11690/08 e nº 11719/08*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009b.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Org.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009a.

BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Prisão e medidas cautelares: nova reforma do processo penal: Lei nº 12.403/2011*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

BÜLOW, Oskar von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Campinas: LZN, 2003.

CALAMANDREI, Piero. *Instituições de direito processual civil: segundo o novo código*. São Paulo: Bookseller, 2003. 3 v.

CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: Utet, 1986.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FIORATTO, Débora Carvalho; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do Estado Democrático de Direito. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 4, v. 5, jan./jun. 2010.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MACHADO, Felipe Daniel Amorim. Gestão da prova: a pedra de toque do processo penal acusatório. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). *Constituição e processo: uma análise hermenêutica da (re) construção dos códigos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do Juiz: inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 46, n. 183, jul./set. 2009.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A hiper-racionalidade inquisitória. In: BONATO, Gilson. *Processo penal, constituição e crítica: estudos em homenagem ao Professor Dr. Jacinto Nelson de Miranda*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011a.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A prisão cautelar como garantia da ordem: do signo ao argumento. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Org.). *Constituição e processo: uma análise hermenêutica da (re) construção dos códigos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. *O modelo constitucional de processo e o eixo estrutural da processualidade democrática*. Belo Horizonte: 2011b. Texto encaminhado pelo autor.

NUNES, Dierle José Coelho. Apontamentos iniciais de um processualismo constitucional democrático. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Org.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. 1. ed. 3. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROUANET, Sérgio Paulo. A deusa razão. In: NOVAES, Adauto. *A crise da razão*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

WOLFF, Francis. Nascimento da razão, origem da crise. In: NOVAES, Adauto. *A crise da razão*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BARROS, Flaviane de Magalhães; BARBOSA, Leonardo de Carvalho. A cautelaridade no processo penal democrático e a hiper-racionalidade inquisitória. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, p. 19-32, jan./abr. 2013

Recebido em: 11/03/2013

Aprovado em: 09/04/2013

Impedimentos constitucionais à redução da maioria penal no Brasil

Karyna Batista Sposato

Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).
Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (USP).

Émille Laís de Oliveira Matos

Graduanda em Direito da Universidade Tiradentes (UNIT).

Resumo: O principal argumento deste texto concentra-se em demonstrar que o processo de constitucionalização do Direito da Criança e do Adolescente impõe limites materiais para reformas de natureza constitucional que resultem na supressão de direitos individuais, quando afixados no núcleo pétreo da Constituição. Este é o ponto de partida para discutir as propostas de alteração da maioria penal no Brasil: do reconhecimento da dimensão constitucional da inimputabilidade penal brotam os impedimentos de tais propostas prosperarem dentro do nosso sistema constitucional.

Palavras-chave: Maioria penal. Constitucionalização. Inimputabilidade penal. Constituição Material. Direitos fundamentais.

Sumário: 1 Introdução: os termos do debate – 2 A Constituição Rígida e as lições de Guastini – 3 A constitucionalização do Direito da Criança e do Adolescente na Constituição Federal brasileira de 1988 – 4 Dos impedimentos constitucionais à redução da maioria penal no Brasil – 5 Considerações finais – Referências

1 Introdução: os termos do debate

Mais uma vez, a opinião pública se vê às voltas com o debate da redução da maioria penal.¹ Desde 1999, o Congresso Brasileiro enfrenta e se esquiva

¹ O histórico das proposições nesta matéria remete à PEC nº 20/1999, de autoria do ex-senador José Roberto Arruda aprovada pela CBJ em 2007, por 12 votos a 10, com uma emenda propondo nova redação ao texto original (Substitutivo). A proposta defende a redução da maioria penal para