

LOS PRINCIPIOS DE LA CAUTELARIDAD PROCESAL PENAL: UNA VISIÓN DESDE LA HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL

Bruno Gadelha Xavier¹
Aloísio Krohling²

Resumen

El artículo aquí estructurado tiene como objetivo presentar un análisis a partir de la hermenéutica que reconoce la eficacia constitucional en la esfera del proceso penal brasileño. De esta manera, a partir del tema de la cautelaridad vamos a trabajar con tres principios, cuales son, los axiomas de la Jurisdiccionalidad y de la Motivación, la Provisionalidad y Provisoriedad, y, por fin, la Excepcionalidad. Para ello, a partir de un estudio bibliográfico tenemos como hipótesis central que el procedimiento punitivista brasileño, insertado en una lógica de exclusión social, encuentra aún como único límite normativo principios que usualmente son olvidados en la práctica forense.

Palabras-clave: Cautelaridad; Hermenéutica; Procedimiento penal.

THE PRINCIPLES OF PROCEDURAL CRIMINAL PROSECUTION: A VISION FROM THE CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS

Abstract

The article here structured as an objective to present an analysis from a hermeneutics that reconciles constitutional efficiency in the field of Brazilian criminal procedure. Therefore, from the topic of precautionary measures, we will work with three principles, the axioms of Jurisdictionality and Motivation, Provisionality and Provisionality, and, finally, Exceptionality. So, from a bibliographic study we are concerned with the central hypothesis that the Brazilian punitive procedure, inserted in a logic of social exclusion, finds itself as the only normative limit principles that usually are forgotten in forensic practice.

Key words: Precautionary; Hermeneutics; Criminal Process.

Introducción

¹ Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV); Doutorando em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ); Doutorando em Educação pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV); Mestre em Filosofia pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Professor Universitário; brunogadelhaxavier@hotmail.com.

² Pós-Doutor em Filosofia Política e Doutor em Filosofia pelo Instituto Santo Anselmo (Roma). Mestre em Sociologia Política (Escola de Sociologia e Política de São Paulo). Professor de Filosofia do Direito do Programa de Mestrado e Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória. krohling@gmail.com.

La esfera procesal penal debe ser objeto, desde ya, de una interpretación que confiera eficacia a los dictámenes y postulados constitucional pulsantes en la Constitución de 1988. Dicho de otra forma, en que pese a los orígenes del lenguaje y de la tesitura política de surgimiento de la legislación procedimental procesalista, corresponde al intérprete ampliar el catálogo de los significantes actuales para implementar las esperanzas políticas y sociales.

La constatación hecha por la Criminología Crítica de matriz materialista histórico-dialéctica, de la existencia de un sistema penal clasista volcado para el cerceamiento de la clase subalterna del seno social encuentra concordancia con el presente escrito; sin embargo, por una cuestión de actuación estratégica el discurso garantista debe ser mantenido en la práctica de todo agente que, aun sabiendo de la falibilidad del discurso burgués, se reconoce inserto en el mismo y teniendo que actuar a partir de las balizas que éste ofrece.

De esta manera, la utilización de los principios en el proceso penal encuentra lastreio en la eficacia práctica de control del poder público en su función de investigación. En este sentido, el presente artículo está dividido en tres partes, en las que pretendemos insertar la relevancia de una teoría procesal comprometida con una actuación estratégica en el movimiento procesal del cotidiano forense, en especial en la cuestión de la cautelaridad en el proceso penal.

En un primer momento, tejaremos consideraciones de la relevancia de los principios en el Estado Democrático de Derecho brasileño. En un segundo momento, pasaremos a un análisis de los axiomas de la Jurisdiccionalidad y de la Motivación; el punto siguiente veremos la lógica de la Provisionalidad y Provisoriedad, para, en una última ocasión en el escrito, estudiar el axioma de la Excepcionalidad.

1 Hermenéutica constitucional y la relevancia de los principios en sede de estado democrático de derecho

Con el advenimiento del post-positivismo, los principios ganaron fuerza e importancia dentro del ordenamiento jurídico occidental. De hecho, la noción de que poseen sí fuerza normativa - por lo tanto, considerados, al lado de las reglas, como norma jurídica, aun con divergencia entre los jusfilósofos sobre si hay o no eficacia normativa - hizo que la teoría del Derecho buscara justificaciones de definiciones distintas de lo que venga a ser esta figura jurídica; una superación exsurge, la del

positivismo en su ideología burguesa original - en especial por la propia falibilidad del sistema capitalista hasta entonces vigente, y de su consiguiente reinvención:

O positivismo jurídico, oposto a qualquer teoria do direito natural, associado ao positivismo filosófico, negador de qualquer filosofia dos valores, foi a ideologia democrática dominante no Ocidente até o fim da Segunda Guerra Mundial. Elimina do direito qualquer referência à ideia de justiça e, da filosofia, qualquer referência a valores, procurando modelar tanto o direito como a filosofia pelas ciências, consideradas objetivas e impessoais e das quais compete eliminar tudo o que é subjetivo, portanto arbitrário³.

¿Cómo definir, por lo tanto, los principios? Con la reinserción de la discusión sobre la persistencia de valores-por el post-positivismo- en las normas jurídicas, se abre el abanico para discusión de lo que venga a ser la definición de la lógica principiología. Que el derecho, como objeto del mundo de la cultura, hace que observemos que la norma jurídica está siempre impregnada de valor. Este componente axiológico, experimenta variaciones de intensidad de norma a norma, de modo que, al observar el ordenamiento jurídico, podemos percibir que hay preceptos cargados de valores con mayor o menor intensidad, y que, debido a su colocación dentro del sistema, termina por influir en otras partes del ordenamiento. Enseña Carvalho⁴:

Em Direito, utiliza-se o termo “princípio” para denotar as regras de que falamos, mas também se emprega a palavra para apontar normas que fixam importantes critérios objetivos, além de ser usada, igualmente, para significar o próprio valor, independentemente da estrutura a que está agregado e, do mesmo modo, o limite objetivo sem a consideração da norma. Assim, nessa breve reflexão semântica, já divisamos quatro usos distintos: a) como norma jurídica de posição privilegiada e portadora de valor expressivo; b) como norma jurídica de posição privilegiada que estipula limites objetivos; c) como os valores insertos em regras jurídicas de posição privilegiada, mas considerados independentemente das estruturas normativas; e d) como o limite objetivo estipulado em regra de forte hierarquia, tomado, porém, sem levar em conta a estrutura da norma. Nos dois primeiros, temos “princípio como norma”; enquanto nos dois últimos, “princípio” como “valor” ou como “critério objetivo”.

Actualmente, hay gran discusión en cuanto a la aplicabilidad de los principios -principalmente en cuanto a la colisión de éstos-, que aún tiene su definición variada -aunque con muchos puntos convergentes- entre los autores. Se destaca, a fines

³ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica**. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins fontes, 2000, p. 91.

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 21 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 145.

elucidantes, que las obras de Ronald Dworkin (2001) y Robert Alexy (1993) son fundamentales para el estudio actual de la lógica principiológica. Como afirma José de los Santos Carvalho Filho⁵:

A doutrina moderna tem-se detido, para a obtenção do melhor processo de interpretação, no estudo da configuração das normas jurídicas. Segundo tal doutrina – nela destacados os ensinamentos de Robert Alexy e Ronald Dworkin – as normas jurídicas admitem classificação em duas categorias básicas: os princípios e as regras. As regras são operadas de modo disjuntivo, vale dizer, o conflito entre elas é dirimido no plano da validade: aplicáveis ambas a uma mesma situação, uma delas apenas a regulará, atribuindo-se à outra o caráter de nulidade. Os princípios, ao revés, não se excluem do ordenamento jurídico na hipótese de conflito: dotados que são de determinado valor ou razão, o conflito entre eles admite a adoção do critério da ponderação de valores (ponderação de interesses), vale dizer, deverá o intérprete averiguar a qual deles, na hipótese sub examine, será atribuído grau de preponderância. Não há, porém, nulificação do princípio postergado; este, em outra hipótese e mediante nova ponderação de valores, poderá ser preponderante, afastando-se o outro princípio em conflito.

En el presente, la visión de Alexy⁶, en la que los principios se dan como mandatos de optimización, necesarios para el orden normativo vigente, conforme a la redacción del autor:

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio.

Además, se observa, en una lógica democrática constitucional, que los principios acaban, como ya afirmado arriba, por poseer su innegable carga axiomática superior a las reglas, siendo el instrumento por excelencia para vehicular, preceptuar, enunciar, entre otros, los derechos y garantías fundamentales.

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos, 2009, p. 18.

⁶ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993, p. 86-87.

Se concluye, entonces, que de mister importancia se hace el análisis y el estudio de los principios -ya sean implícitos o expresados (positivados) - para una comprensión completa del ordenamiento jurídico. Con el destaque para la afirmación de la calidad de norma que tales poseen, siendo, por lo tanto, aplicables directamente al caso concreto.

2 Jurisdiccionalidad y motivación

Es conveniente señalar que, por una cuestión de demanda del ordenamiento jurídico, y del propio Estado de Derecho, las decisiones cautelares deben ser dadas por autoridad jurisdiccional competente, de modo motivado (salvo el flagrante delito, que tiene su control jurisdiccional a posteriori):

“Em se tratando de prisão *ad custodiam*. Tanto como na prisão *ad poenam*, vigora o postulado de que não há prisão *sine iudicio*. Somente a prisão em flagrante dispensa o controle jurisdiccional prévio. Nos demais casos de prisão penal [...] é indeclinável o *iudicium* prévio do magistrado. E na prisão em flagrante, como a Constituição tutela de forma direta e imediata a liberdade de locomoção, impedindo que sofra restrições ilegais ou abusivas [...] imperativo se faz que a captura e detenção do paciente se realizem segundo os estritos preceitos e mandamentos legais, pois, do contrário, pode o ato coativo ser anulado ou revogado mediante ordem de habeas corpus”⁷.

Es importante señalar una definición concreta de lo que venga a ser la jurisdicción, como figura que representa la concesión a la tercera - que debe ser imparcial, en el caso, el Estado - a fin de estipular, por medio del decisum, el reconocimiento y tutela de las relaciones jurídicas deducidas - que será, indudablemente, no susceptible de control externo, sea, fuera de los límites jurisdiccionales - que se tornará indiscutible en la órbita jurídica. En este sentido, cabe la nota de Cruz y Tucci⁸:

Desse modo, na visão do juspositivista contemporâneo (condicionado à dogmática e distante do elemento histórico), passando o Estado moderno a deter o monopólio da distribuição da justiça, assume a jurisdição, na qual se

7

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Vol. IV. Campinas: Millenium, 2000, p. 31-32.

⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Jurisdição e poder**: contribuição para a história dos recursos cíveis. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 2-3.

materializa o poder conferido a determinados órgãos estatais com a precípua finalidade de compor litígios e solucionar conflitos de interesse.

Crítica este posicionamiento en el cual la "[...] jurisdicción es la actividad pública y exclusiva con la que el Estado sustituye la actividad de las personas interesadas y propicia la pacificación de personas o grupos en conflicto, mediante la actuación de la voluntad del derecho en casos concretos⁹", en el sentido de que la jurisdicción no es más meramente observada por la aplicación del derecho por el magistrado, de manera acrítica positivista", complementa Marinoni¹⁰:

Em resumo: quando se afirma que a jurisdição tem o dever de tutelar os direitos se quer dizer que a jurisdição tem o dever de aplicar a lei na dimensão dos direitos fundamentais, fazendo sempre o resgate dos valores substanciais neles contidos. Tutelar os direitos, em outros tempos, é aplicar a lei, diante das situações concretas, a partir dos direitos fundamentais. É o atuar a lei na medida das normas constitucionais e dos valores nelas encerrados. Há aí um nítido plus em relação à teoria chiovendiana e uma intenção que nem passava pela cabeça dos antigos doutrinadores que viam na jurisdição uma função voltada à tutela dos direitos subjetivos privados violados.

No cabe duda: jurisdicción es ejercicio de poder, de imposición de voluntad en una relación social - aunque con existencia de resistencias en seno democrático¹¹. Pero ¿cómo ejercer ese poder? ¿Cómo se debe llevar al juez penal? De acuerdo con el pensamiento de Aury Lopes Jr.¹² el juez asume una nueva posición en el Estado Democrático de Derecho, y la legitimidad de su actuación no es política, sino constitucional, consubstanciada en la función de protección de los cinco derechos fundamentales, así como los derechos humanos - de todos, aunque, para ello, tenga que adoptar una posición contraria a la mayoría; de hecho, tiene el fulcro de tutelar al individuo y reparar las injusticias cometidas, si es el caso, absolver cuando no existan pruebas plenas y legales. Complementa Carnelutti¹³, en su lección clásica:

O juiz, exatamente porque não é parte, exatamente porque está sobre as partes, possui aqueles dotes de experiência e de imparcialidade que faltam

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: processo cautelar**. Vol.4. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 135.

¹⁰ MARIONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. 2011, p. 141.

¹¹ WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Vol.2. Brasília: Unb, 1999, p. 175.

¹² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol 1. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 110.

¹³ CARNELUTTI, Francesco. **Direito processual penal**. Vol. II. Trad. Júlia Jimenes Amados. Campinas: Péritas editora, 2001, p. 53.

ao ofensor, e são necessárias para que seja castigado somente quem deve ser castigado e quando e como deve ser castigado.

De esta manera, el "juez natural" debe juzgar la demanda de manera socialmente correcta, no puede, en ningún momento, esquivar las peculiaridades sociales, mucho menos armarse con una postura inquisitiva, basada en mera eficiencia de la práctica punitiva, un embractorismo utilitarismo que acaba confundiendo eficiencia (irracional, contra las garantías constitucionales) con eficacia procesal, y se vale de un discurso protector para conducir prácticas abusivas. Complementa tal crítica las sabias palabras de Aury Lopes Jr.¹⁴:

É aquele juiz que absorve esse discurso de limpeza social e assim passa a atuar, colocando-se no papel de defensor da lei e da ordem, verdadeiro guardião da segurança pública e da paz social. A situação é grave, na medida em que tudo isso se reflete na eleição e no próprio sentir do ato decisório, pois a sentença é reflexo da eleição de uma das teses a ele submetidas (acusação e defesa), bem como de um juízo axiológico de prova e da lei aplicável ao caso. [...] Mas, principalmente, esse juiz transforma o processo numa encenação útil, meramente simbólica e sedante, pois desde o início já tem definido a hipótese acusatória como verdadeira.

Además, se hace necesario apuntar que, actualmente, no encontramos magistrados con el perfil de la óptica utópica "dworkiana" de "juez Hércules", valiente, que mantiene sus decisiones aunque contraria a la jurisprudencia, que se ocupa de los "hard cases" de manera siempre a resguardar los derechos fundamentales. Lo que se observa, lógicamente, de la realidad, es un "juez Sísifo", que está encadenado a una gran "roca", es decir, el tribunal. Hay que observar que en la práctica, decisiones que se dan como "valientes", o que sólo afirman la óptica constitucional de derechos y garantías, pero que van contra el entendimiento colectado por las cámaras de los tribunales, acaban siendo rechazadas, y reformadas, el juez, como mero definidor de apelante / apelado, agravante / agravado.

En este momento, trae a la baila crítica de Aury Lopes Jr.¹⁵, a mero fin elucidativo, que entrelaza la jurisdiccionalidad a la prisión cautelar, que será mejor desarrollada en la parte de análisis criminológico del presente trabajo:

¹⁴ LOPES JÚNIOR, Aury, 2011, p. 117.

¹⁵ LOPES JÚNIOR, Aury, 2011, p. 14.

A rigor, cotejando os princípios da jurisdição com a presunção de inocência, a prisão cautelar seria completamente inadmissível. Contudo, o pensamento liberal clássico buscou sempre justificar a prisão cautelar (e a violação de diversas garantias) a partir da “cruel necessidade”. Assim, quando ela cumpre sua função instrumental-cautelar, seria tolerada, em nome da necessidade e da proporcionalidade. Mas, infelizmente, a prisão cautelar é um instituto que sofreu uma grave degeneração, que dificilmente será remediada por uma simples mudança legislativa como a presente. O maior problema é cultura, é a banalização de uma medida que era para ser excepcional”.

Conjuntamente a la jurisdicción, está la necesaria y debida motivación. Es posible, además, trabajar en el presente tópico con la noción de motivación, para las decisiones judiciales. En este espeque, recuerda, con propiedad Grinover, Dinamarco y Cintra¹⁶ que:

Mais modernamente, foi sendo salientada a função da política da motivação das decisões judiciais, cujos destinatários não são apenas as partes e o juiz competente para julgar eventual recurso, mas *quisquis de populo*, com a finalidade de aferir-se em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das decisões.

No basta con que la decisión sea dictada por el tribunal competente si, la misma no fue inteligible y debidamente traer las razones que, por el libre convencimiento motivado, el magistrado justificó el decisum. Ahora bien, se busca, en otras palabras, un camino correcto y claro entre significado y significante en el pronunciamiento estatal, a fin de garantizar a los sujetos procesales la debida razón por la cual el Estado-juez entendió ser la medida jurisdiccional dispuesta cabalmente. Necesaria la lección de Sarlet, Marinoni y Mitidero:

O dever de motivação das decisões judiciais é inerente ao Estado Constitucional e constitui verdadeiro banco de prova do direito ao contraditório das partes. Não por acaso, a doutrina liga de forma muito especial contraditório, motivação e direito ao processo justo. Sem motivação a decisão judicial perde duas características centrais: a justificação da norma jurisdiccional para o caso concreto e a capacidade de orientação de condutas sociais. Perde, em uma palavra, seu próprio caráter jurisdiccional¹⁷.

¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Teoria geral do processo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 77.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 665-666.

Con propiedad aséptica Cámara¹⁸ que no hay, por parte de este principio, concreta demanda por parte de los ciudadanos de que el poder público elabore decisiones con verdaderos tratados o monografías basadas, siendo exigible sólo que sea la fundamentación adecuada las decisiones, lo que podrá ser cumplido aunque "Justificación adecuada: esto es lo que exige nuestro ordenamiento constitucional, esto es lo que resulta adecuado y conforme a los pilares del Estado Democrático de Derecho".

De esta manera, como en otro tiempo dispuesto, hay la necesidad real -de acuerdo con la justificación arriba dispuesta- de toda medida cautelar pasar por el cribado del judicial (aunque ese control, sea en un momento posterior, como se da en el caso del flagrante).

3 Provisionalidad y provisoriedad

De acuerdo con el discurso de la dogmática vigente, cabrían las medidas cautelares si se presenta el *fumus commissi delicti* y/o *periculum libertatis*. De hecho, es una situación fáctica, de modo que, incansable el mantenimiento de la medida excepcional, si no se presenta, más que nada, los elementos que fundamentan la medida procesal. En las palabras de Aury Lopes Jr.¹⁹: "El desprecio por la provisionalidad conduce a una prisión cautelar ilegal, no sólo por la falta de fundamento que la legitima, sino también por indebida apropiación del tiempo del imputado."

El principio de provisoriedad se encuentra dispuesto en los enunciados normativos del párrafo 4 y 5 del artículo 282 del Código de procedimiento penal, veamos:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

[...]

§ 4º 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). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

¹⁸ CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Lições de direito processual civil**. Vol.1. 18 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 56-57.

¹⁹ LOPES JÚNIOR, Aury, 2011, p. 17.

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).²⁰

Ser provisional, por lo tanto, es inherente a la naturaleza misma de la medida. Se destaca, si no revocada, al menos sustituida puede ser la medida (por ejemplo, cercenamiento procesal por una de las medidas cautelares). En la misma medida en que puede ser revocada, puede, muy bien, prolongarse, una vez constatado la necesidad y los requisitos de la medida.

La provisoriedad, a su vez, remite a la corta duración que debe tener la medida cautelar, y está ligada, con la razonable duración del proceso, que será debidamente relatada en su propio momento. En relación con la facticidad propuesta por el principio de la provisionalidad, presenta un gran cáncer del sistema procesal vigente: la indeterminación. En ese sentido, se hace necesario apuntar el problema dispuesto en la sede de prisión cautelar y la ausencia de plazo (salvo en el caso de prisión temporal, modalidad que, además de la prisión pena, tiene su tiempo máximo estipulado en la inteligencia de la ley).

Mientras reine la fundamentación de requisitos para el cercenamiento cautelar, quedará atrapado el individuo. Por demasiado deletéreo tal afirmación, al observar que la realidad carcelaria brasileña carece de condiciones dignas al encarcelado, que, no se olvide, por más que discursos punitivistas apunte como "enemigo" (término que será mejor delimitado en el presente trabajo), es ciudadano de derecho.

En el caso de que la jurisprudencia haya intentado-sin el debido éxito -en el límite de la suma de los plazos que componen el procedimiento del delito en comento, la crítica Aury Lopes Jr.²¹. De esta manera, si superados 81 días y si mantuviera encarcelado el individuo, en el marco de un procedimiento ordinario aún no concluyente, habría un exceso de plazo, el remedio constitucional habeas corpus. Además, hubo decisiones que apuntaron el plazo como excesivo basado en la violación del plazo para la práctica de algún acto específico, como en el caso de ofrecimiento de denuncia - dentro de 5 días - cuando el imputado está detenido, una vez superado tal lapso temporal, sería adecuado alegar la ilegalidad de la medida

²⁰ BRASIL. Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 08 mai. 2019.

²¹ LOPES JÚNIOR, Aury, 2011, p. 19.

penitenciaria. Sin embargo, el autor²², con la salvedad de que: "Son marcos que pueden ser utilizados como indicativos de exceso de plazo en caso de prisión preventiva. Sin embargo, son plazos sin sanción, por lo tanto, con un gran riesgo de ineficacia. ".

No hay plazo, no hay sanción específica para la "demora" cautelar, el legislador, en la reforma reciente, podría haber realizado un gran favor a la sociedad, estipulando un término delimitado, al contrario, su silencio hizo que una de las grandes molestias del procedimiento criminal se perpetuara.

4 Excepcionalidad

El cercenamiento cautelar debe ser observado como excepción, y no como regla, por más que la realidad judicial sostenga una hermenéutica y práctica contrarios. Se destaca: con la inserción de las medidas cautelares diversas de la prisión (advenimiento de la ley 12.403/2011), se afirmó a prisión cautelar como excepción, a verificarse de la redacción de los artículos 282, §6º, y 310, inciso II (CPP), *in verbis*:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). [...]

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011)²³.

Es necesario recordar que las medidas cautelares diversas de la prisión se aplicarán siempre en cumplimiento del binomio necesidad y adecuación.

En el plano del deber-ser lógico, que expresa un cierto *modus operandi*²⁴, se considere la cautelaridad procesal penal como excepción, lo que se observa es una

²² LOPES JÚNIOR, Aury, 2011, p. 20.

²³ BRASIL, 1941.

²⁴ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 49-50.

distorsión del instituto (aun sabiendo que éste debería sumarse a la debida presunción de inocencia). El discurso de seguridad y de sociedad del miedo nunca estuvo tan presente en nuestra sociedad, siendo la prisión un simbolismo de la seguridad (aunque, falaz) por parte del Estado; en este sentido sigue el Habeas Corpus juzgado por la Suprema Corte nacional:

HABEAS CORPUS" - PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA COM FUNDAMENTO NA GRAVIDADE OBJETIVA DO DELITO E NA SUPOSTA INSEGURANÇA E INTRANQUILIDADE DAS TESTEMUNHAS - FORMULAÇÃO DE JUÍZOS MERAMENTE CONJECTURAIIS - INADMISSIBILIDADE - CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL - UTILIZAÇÃO, NA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA, DE CRITÉRIOS INCOMPATÍVEIS COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - SITUAÇÃO DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADA - "HABEAS CORPUS" DEFERIDO - EXTENSÃO, DE OFÍCIO, DOS EFEITOS DA DECISÃO CONCESSIVA DA ORDEM DE "HABEAS CORPUS" AOS DEMAIS LITISCONSORTES PENAIIS PASSIVOS, POR AUSÊNCIA, QUANTO A ESTES, DE QUAISQUER CIRCUNSTÂNCIAS DE ORDEM PESSOAL. A PRISÃO CAUTELAR CONSTITUI MEDIDA DE NATUREZA EXCEPCIONAL. - A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. A prisão preventiva, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e presença de indícios suficientes de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. - A questão da decretabilidade da prisão cautelar. Possibilidade excepcional, desde que satisfeitos os requisitos mencionados no art. 312 do CPP. Necessidade da verificação concreta, em cada caso, da imprescindibilidade da adoção dessa medida extraordinária. Precedentes. A PRISÃO PREVENTIVA - ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR - NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE PUNIÇÃO ANTECIPADA DO INDICIADO OU DO RÉU. - A prisão preventiva não pode - e não deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão preventiva - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. A GRAVIDADE EM ABSTRATO DO CRIME NÃO CONSTITUI FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE. - A natureza da infração penal não constitui, só por si, fundamento justificador da decretação da prisão cautelar daquele que sofre a perseguição criminal instaurada pelo Estado. Precedentes. A PRISÃO CAUTELAR NÃO PODE APOIAR-SE EM JUÍZOS MERAMENTE CONJECTURAIIS. - A mera suposição, fundada em simples conjecturas, não pode autorizar a decretação da prisão cautelar de qualquer pessoa. - A decisão que ordena a privação cautelar da liberdade não se legitima quando desacompanhada de fatos concretos que lhe justifiquem a necessidade, não podendo apoiar-se, por isso mesmo, na avaliação puramente subjetiva do

magistrado de que a pessoa investigada ou processada, se em liberdade, poderá gerar insegurança ou intranquilidade nas testemunhas. - Presunções arbitrárias, construídas a partir de juízos meramente conjecturais, porque formuladas à margem do sistema jurídico, não podem prevalecer sobre o princípio da liberdade, cuja precedência constitucional lhe confere posição eminente no domínio do processo penal. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, NO CASO, DA NECESSIDADE CONCRETA DE DECRETAR-SE A PRISÃO PREVENTIVA DO PACIENTE. - Sem que se caracterize situação de real necessidade, não se legitima a privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. Ausentes razões de necessidade, revela-se incabível, ante a sua excepcionalidade, a decretação ou a subsistência da prisão preventiva. O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE, COMO SE CULPADO FOSSE, AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL. - A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) - não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime indigitado como grave, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível - por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) - presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes consequências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes²⁵.

Aury Lopes Jr.²⁶ retoma la base de Ferrajoli al afirmar que la detención cautelar es pena procesal, siendo que primero se castiga y se procesa posteriormente, optando por un claro carácter de prevención general y retribución; si fuese verídico el hecho de ausencia de naturaleza punitiva, deberían ser cumplidas en instituciones diversas de las que son, y no, como se observa del relato fáctico actual, en que el preso cautelar se encuentra en situación, muchas veces, más perjudicial preso definitivo (no que se afirme que ambos deberían estar en condiciones malas, por el contrario). Complementa el autor:

No Brasil, as prisões cautelares estão excessivamente banalizadas, a ponto de primeiro se prender, para depois ir atrás do suporte probatório que legitime a medida. Ademais, está consagrado o absurdo primado das

²⁵ STF. SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). **Habeas Corpus 95886**. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5848031/habeas-corpus-hc-95886-rj/inteiro-teor-101953785>>. Acesso em: 24 mai. 2019.

²⁶ LOPES JÚNIOR, Aury, 2011, p. 24.

hipóteses sobre as fatos, pois prende-se para investigar, quando, na verdade, primeiro se deveria investigar, diligenciar, para somente após prender, uma vez suficientemente demonstrados a *fumus commissi delicti* e a *periculum libertatis*. [...] Infelizmente as prisões cautelares acabaram sendo inseridas na dinâmica da urgência, desempenhado um relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea. O simbólico da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma (falsa) noção de "eficiência" do aparelho repressor estatal e da própria justiça. Com isso, o que foi concebido para ser "excepcional" torna-se um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente. Nessa teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares. Conclui-se, portanto, que o problema não é legislativo, mas cultural²⁷.

Por último, vale decir que las propias medidas cautelares diversas de la custodia son, por sí solas, excepcionales. Exceptúan la libertad sin condicionamiento por parte de las medidas del artículo 319, del Código de Proceso Penal²⁸. El magistrado sólo debe invocar la actuación de las medidas cuando se muestren necesarias a la persecutio criminis o a la necesidad probatoria procesal, no siendo admitidas, además, cuando no se acumule en el artículo del delito la pena privativa de libertad, puesto que en ese caso el agente ya se queda se habría suelto, libertad incondicional.

Conclusão

La cautelaridad en sede de proceso penal demanda una afirmación que sólo puede imperar en la práctica secuestrada por el discurso de la norma jurídica burguesa por la constante lucha por la eficacia de las balizas constitucionales. El carácter superestructural del Derecho encuentra en la praxis su falibilidad constante y nítida, sin embargo, corresponde al agente en el campo jurídico tener coraje para saber que la excepción que se vislumbra en el cotidiano puede ser combatida en el intento de aplicación de un lenguaje constitucional.

Como se recuerda a Eduardo Couture²⁹, el respeto a la formalidad en el acto jurisdiccional es imperioso, o sea, la "Fuerza Normativa de la Constitución" no debe ser tomada como falacia, sino como actitud contemporánea de restricción de la oscuridad en los foros y las delegaciones en cuanto a la función real del aparato penal, un control hecho por una "función pública, realizada por órganos competentes

²⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional)**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 210-211..

²⁸ BRASIL, 1941.

²⁹ COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Buenos Aires: Julio César Faira, 2002, p. 34.

del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante la toma de decisión de cosa juzgada [...].

Si por un lado la actuación de los abogados en la afirmación de los principios frente a la cautelaridad procesal penal nos parece realmente relevante, corresponde también al juicio realizar su función con el más alto grado de fundamentación y tomando como base los altísimos números de un sistema penal fallido, en el sentido de que se trata de una jurisdicción democráticamente reconocida, [...] que constituido antes del hecho a ser juzgado, de acuerdo con el orden taxativo de competencia establecida de conformidad con la ley"³⁰.

Exsurge la hermenéutica constitucional que toma por base los principios no sólo como opción política, axiomática, sino como prescripciones con fuerza normativa y afirmación necesaria; la superación del sistema penal puede todavía parecer distante en términos de abolición de la forma jurídica burguesa, sin embargo lo cotidiano debe actuar con la norma y contra la norma para asegurar la ruptura - aunque circunstancial - con, como dijo Pashukanis, el "Fetichismo" "Sujeto de Derecho".

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; MIRANDA, Gustavo Senna. **Os princípios do processo penal**. 1 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Lições de direito processual civil**. Vol.1. 18 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARNELUTTI, Francesco. **Direito processual penal**. Vol. II. Trad. Júlia Jimenes Amados. Campinas: Péritas editora, 2001.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2007.

³⁰ BEDÊ JÚNIOR, Américo; MIRANDA, Gustavo Senna. **Os princípios do processo penal**. 1 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009, p. 79-80.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 21 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Buenos Aires: Julio César Faira, 2002.

DINARMACO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Teoria geral do processo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol 1. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. Aury. **Introdução crítica ao processo penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional)**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Vol. IV. Campinas: Millenium, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: processo cautelar**. Vol.4. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts.1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica**. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins fontes, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2012.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Jurisdição e poder: contribuição para a história dos recursos cíveis**. São Paulo: Saraiva, 1987.

WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Vol.2. Brasília: Unb, 1999.