

Renato Furtado: A prisão preventiva e o contraditório como regra

Ano novo, eleições, Copa do Mundo e, sempre, expectativas. Nisso de esperar, uma sincera observação e até mesmo uma ponderação ao nosso sistema de Justiça Criminal, tão mal visto mundialmente [\[1\]](#) de maneira que o mesmo venha a realizar as mudanças de comportamento, ótica de mundo, mais



É do estadista Sólon a afirmação de que a sociedade está bem

governada quando os cidadãos obedecem aos magistrados e os magistrados obedecem às leis.

Lamentavelmente, indo do Supremo aos juízes de piso, salvante raras exceções, o apreço pelo acatamento à lei, "*a defesa da liberdade enquanto valor democrático constitucional por meio do Direito*" [\[2\]](#), não tem sido o ponto forte de considerável parte da magistratura criminal.

Indo ao ponto, com relação aos magistrados obedecerem à lei, conforme Sólon, em especial naquilo que tange ao contraditório prévio previsto justamente em lei no artigo 282 §3º do CPP, a desatenção ao comando legal é quase geral. Na prática processual, o que se observa é que poucos, bem poucos, juízes criminais desta fazem conta, a respeitam.

E o estranho é que, como diria o comentarista de futebol Arnaldo Cezar Coelho, a regra é clara. Diz o Código de Processo Penal:

"Artigo 282 — As medidas cautelares previstas neste título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

§3º. Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, para se manifestar no prazo de cinco dias, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo, e os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional".

Não há muito a se interpretar. Só a cumprir. E é aí que a coisa toda fica meio esquisita. Os juízes, ao decretarem a prisão preventiva, "*ingerência máxima do Estado sobre o seu cidadão*" [3], simplesmente passam olímpicamente ao largo desse parágrafo, não só não o aplicando como também sequer justificando o porquê de não o cumprir. O que nos intriga é que estes agem como se tal parágrafo não estivesse lá no Código de Processo Penal.

Nos corredores dos fóruns tornou-se um parágrafo como que mudo, ausente, invisível, completamente dispensável aos punitivistas de plantão país afora. É desconcertante ainda, porque "*há muito que consideramos que o princípio da constitucionalidade e da legalidade material ampla das normas penais materiais e processuais deve reger a atuação dos atores do Estado, mormente os que imprimem uma restrição de direitos e liberdades fundamentais pessoais, sendo de destacar os que empreendem o ius puniendi*" [4].

O que mais chama a atenção é que tal disposição legal se encontra na lei adjetiva repressiva penal desde o ano de 2011, através da Lei nº 12.403/11. O que o legislador fez, através do pacote "anticrime", foi tão somente potencializar, dar ênfase ao contraditório prévio. Já por duas vezes deixou clara a exigência de tal conduta.

A busca do legislador é a de estabelecer, através do contraditório prévio um balanceamento, uma calibragem melhor entre as tantas possibilidades que tem o órgão acusador comparado a defesa. Nesse sentido, Alexis Couto Brito esclarece que "*é essencial ao processo acusatório que exista de fato o contraditório. (...) Sabe-se que no processo penal a força de uma das partes (acusação) é evidentemente maior que outra (defesa). E é na garantia do contraditório que se restaura o equilíbrio entre os interesses públicos punitivo e de liberdade, que para o juiz estão, e devem estar, em mesmo plano*" [5].

De fato, aquilo que é decidido pelo magistrado não há de ser fruto exclusivo de sua vontade, tirocínio ou inteligência, e, sim, construído de forma participativa via argumentos e provas advindas das partes e endereçadas ao autor do provimento. Isso é devido processo, isso é contraditório. Tal dialética, inclusive, só tornaria tais decisões mais legítimas, confiáveis e justas. Em especial, quando esta puder vir a agredir uma das colunas que sustentam o Estado democrático de Direito: a liberdade, conforme preâmbulo da Constituição Federal.

No entanto, a doutrina, até mesmo ela, no caso do contraditório prévio demonstra alguma insegurança e traz questionamento sobre sua aplicabilidade. Em 2011, quando inicialmente surge esse salutar mecanismo, dizia Fauzi Hassan Choukr que, mesmo a lei tendo desejado o contraditório prévio, ela não foi ao ponto de elencá-lo de forma clara, por causa de sua problemática redação, sendo necessária uma leitura sistemática do ordenamento para assegurar sua aplicação [6].

Agora, após uma redação cristalina por parte do legislador, insiste parte da doutrina em ser árdua a execução do instrumento. Por todos: "*Uma disposição de difícil aplicação em alguns casos, embora seja salutar sua previsão, é o contraditório prévio, de viés participativo, posto no §3º do artigo 282 do CPP, no sentido de que o juiz deve intimar a parte contrária, quando receber o requerimento de qualquer medida cautelar, para que se manifeste no prazo de cinco dias*" [7].



Outros, noutro vértice, apontam firmemente no sentido de sua aplicação. Em 2011, por todos, dizia Antônio Magalhães Gomes Filho: *"A disposição em exame, oportunamente introduzida pela Lei 12.403/2011, visa a deixar claro que, em regra, o processo cautelar não dispensa a defesa, que somente será limitada nos casos em que houver absoluta necessidade de adoção urgente da providência acautelatória. Fora daí, deve ser intimada a parte atingida pela restrição – o investigado ou acusado-, para que possa oferecer alegações e trazer eventualmente provas, sempre com a intervenção da defesa técnica"* [8].

Já atualmente, após a nova redação, por todos, pontua Claudio do Prado Amaral: *"A nova redação do artigo 282, §3º do CPP deixa claro que a regra é o contraditório prévio, e não o diferido. Este último deve ser classificado como 'medida excepcional'. E como tal, justificada nos termos (de urgência e perigo)"* [9].

Ainda, o jurista Renato Brasileiro de Lima, concordando com o contraditório prévio como regra ainda, cuida de apontar as consequências de sua não instauração injustificada: *"Com o novo regramento legal parece não haver mais dúvidas no sentido de que, ausente fundamentação explícita apontando a impossibilidade de observância do contraditório prévio em virtude de urgência ou perigo de ineficácia da medida, ter-se-á medida cautelar manifestamente ilegal, passível, pois, de relaxamento, pela instância superior"* [10].

O fato é que inobstante a rapidez, a sumariedade que cerca a decretação da medida cautelar pessoal mais extrema, tal decisão não está afastada da observância do *due process of law* e os seus consectários mais óbvios: ampla defesa e contraditório. A decretação da cautelar não é terra onde a Constituição não pisa. A prisão preventiva tem um regramento, tem uma lei que a rege. Pode-se desta discordar, até não gostar. Deixar de cumprir, não. Isso é a antítese de um Estado de Direito, sua derrocada, sua negação.

A precipitação, o entender a Justiça como linha de produção e vinculada aos índices, isso só faz mal aos cidadãos que caem à mercê do tribunal. O trabalho dos juízes não se mede pelo número de prisões decretadas quase em escala industrial e, sim, pela prudência, pelo bom senso, pela guarda e zelo dos preceitos fundamentais. Pelo acatamento, enfim, do Direito posto na Constituição e no Código de Processo Penal em estrita legalidade.

Exatamente nesse sentir: *"A credibilidade das instituições não será resguardada somente quando se decreta uma cautelar pessoal, mas sim através do seguro e legal processo judicial. É exatamente a regularidade, a observância do texto normativo que rege a matéria das cautelares – Leis 5.349/67, 12.403/11 e 13.964/19 que, efetivamente, assegurará a credibilidade do sistema de justiça criminal"* [11].

Também o Supremo Tribunal Federal: *"A observância dos direitos e garantias constitui fator de legitimação da atividade estatal"* [12]. Ainda: *"O processo penal é instrumento de legitimação do direito de punir o Estado e, para que a intervenção estatal opere nas liberdades individuais com legitimidade, é necessário a respeito à legalidade estrita e as garantias fundamentais"* [13].



Sobre o tema, em passagem-relâmpago, era o que tínhamos a dizer. Numa esperança que nunca morre, espera-se por parte de juízes e tribunais, apenas, que estes obedeçam a lei, para que os cidadãos, por sua vez, possam obedecê-los com segurança.

Um pouco estranho solicitar tal coisa, mas, infelizmente, este é o "estado de arte" em terras tupiniquins. A ver o artigo publicado na **ConJur** em que o articulista declara, com razão, que "*o direito — como o conhecemos — está em profunda decomposição*" [14].

Ano novo. Que seja vida nova e novas posturas por parte da Justiça Criminal.

[1] Indevido processo legal — Brasil é o segundo país com a justiça criminal mais parcial do mundo, mostra ranking. Revista Consultor Jurídico, 28 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-28/brasil-segundo-pais-justica-criminal-parcial-mundo>. Acesso em 03/01/2022.

[2] GUEDES VALENTE, Manuel Monteiro. *Direito e Liberdade*, Ed. Almedina, ano 2022, pág. 39

[3] HASSEMER, Winfried. *Crítica al Derecho Penal de hoy*. Buenos Aires: Ed. Ad – Hoc, ano 2003, pág. 121.

[4] GUEDES VALENTE, Manuel Monteiro. *Direito e Liberdade*. Ed Almedina, ano 2022, pág. 41/42.

[5] BRITO, Alexis Couto de. *Código de Processo Penal: Estudos comemorativos aos 80 anos de vigência*. Ed. RT, ano 2021, Tomo I, pág. 365.

[6] CHOUKR, Fauzi Hassan. *Medidas cautelares e prisão processual: comentários à lei 12.403/2011*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pág. 52.

[7] JARDIM, Afrânio Silva e AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Código de Processo Penal: Estudos comemorativos aos 80 anos de vigência*. Ed. RT, ano 2021, Tomo I, pág. 387.

[8] GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Medidas cautelares no processo penal – prisões e suas alternativas*, Ed RT, ano 2011, pág. 46.

[9] AMARAL, Claudio do Prado. *Pacote Anticrime* —



Comentários à Lei 13.964/2019, Ed. Almedina, ano 2020, pág. 108.

[10] LIMA, Renato Brasileiro de. CPP comentado, Ed. Juspodivm, ano 2020, pág. 837.

[11] GIACOMOLLI, Nereu José [et al] Processo Penal Contemporâneo em Debate, Ed. Tirant Lo Blanch, ano 2011, Tomo 5, pág. 92/105.

[12] BRASIL, Supremo Tribunal Federal — Mandado de Segurança nº 23.516/DF, Relator Ministro Celso de Mello, 29 de outubro de 2001.

[13] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 202557/SP. Relator Ministro Edson Fachin, 12 de agosto de 2021. BRASIL, Supremo Tribunal Federal — *Mandado de Segurança nº 23.516/DF*, Relator Ministro Celso de Mello, 29 de outubro de 2001

[14] COSTA, Gustavo Roberto. Os abusos judiciais estão cada vez piores: os casos da Boate Kiss e de Ciro Gomes. Revista Consultor Jurídico, 30 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-30/gustavo-costa-abusos-judiciais-cada-vez-piores>. Acesso em 30/12/21.

Date Created

07/01/2022