

**O ENUNCIADO N.º 02 DA SÚMULA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA -
UMA LEITURA CRÍTICA¹**

Foi publicada no Diário da Justiça Eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (edição de n.º. 1.286, do dia 1.º. de outubro de 2014, Caderno 1, página 29) o seguinte enunciado:

Enunciado n.º. 02 da súmula do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia: "*O Relator poderá, em caráter excepcional, antes do recebimento da denúncia, deliberar acerca do afastamento do gestor público, bem como sobre a sua prisão preventiva, submetendo a decisão à apreciação do Órgão Competente, na primeira seção subsequente.*"

Antes de qualquer outra consideração, é importante assinalar que na respectiva publicação oficial foram citados três precedentes, um do Supremo Tribunal Federal e dois do Superior Tribunal de Justiça, a saber (grifei):

"*STF - HC 73316 / RS - RIO GRANDE DO SUL - EMENTA: - Habeas corpus. 2. Competência. Norma local que dispõe sobre a especialização de Câmara ou Câmaras da Corte estadual para conhecer dos procedimentos criminais contra Prefeitos. Validade. Precedentes. 3. Prisão preventiva. Cabimento, mesmo antes da instauração da ação penal, desde que atendido pressuposto do art. 312, do Código de Processo Penal, em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal. Decretação pela Corte, a requerimento do Ministério Público. 4. Afastamento do cargo, à vista de denúncia por quadrilha e peculato. 5. Se a denúncia procede ou não, à evidência, não cabe, neste feito, decidir. 6. Habeas corpus indeferido.*" (HC 73316, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, julgado em 18/12/1995, DJ 02-06-2000 PP-00006 EMENT VOL-01993-01 PP-00120).

"*STJ - HC 1281 / BA - Penal. Processual. Decreto lei 201/67. Prefeito. Afastamento. Crime de responsabilidade. Ação penal. Trancamento. Justa causa. Retorno ao cargo. Fundamentação do despacho. "habeas*

¹ Rômulo de Andrade Moreira é Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e Membro fundador do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (atualmente exercendo a função de Secretário). Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Integrante, por quatro vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor convidado dos cursos de pós-graduação dos Cursos JusPodivm (BA), FUFBA e Faculdade Baiana. Autor das obras "Curso Temático de Direito Processual Penal" e "Comentários à Lei Maria da Penha" (este em coautoria com Issac Guimarães), ambas editadas pela Editora Juruá, 2010 e 2014, respectivamente (Curitiba); "A Prisão Processual, a Fiança, a Liberdade Provisória e as demais Medidas Cautelares" (2011), "Juizados Especiais Criminais – O Procedimento Sumaríssimo" (2013), "Uma Crítica à Teoria Geral do Processo" e "A Nova Lei de Organização Criminosa", publicadas pela Editora LexMagister, (Porto Alegre), além de coordenador do livro "Leituras Complementares de Direito Processual Penal" (Editora JusPodivm, 2008). Participante em várias obras coletivas. Palestrante em diversos eventos realizados no Brasil.

corpus". Originário. 1. A nova ordem constitucional recepiona o decreto-lei n. 201/67, que trata dos crimes de responsabilidade dos prefeitos e vereadores. 2. Pode o relator, fundamentadamente, afastar o prefeito do cargo mediante despacho, após receber a denúncia do ministério público. Hipotese destes autos. 3. A denúncia descreve crime em tese não deixando dúvidas quanto a fatos envolvendo o prefeito acusado. Não há falta de justa causa para justificar trancamento da ação penal. 4. Habeas corpus originário conhecido, ordem indeferida." (HC 1.281/BA, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA, julgado em 21/09/1992, DJ 05/10/1992, p. 17111).

"HC 16000 / PI - Habeas Corpus. Vereador municipal denunciado como incurso nos artigos 297 e 299 do CP, art. 90, da lei 8.666/93, e art. 12, inciso ii, da lei 8.429/92. Competência da justiça estadual. Prisão preventiva. Possibilidade de decretação, pelo desembargador relator da ação penal originária, ou pelo presidente do tribunal, no período das férias forenses. Decreto de prisão extensa e devidamente fundamentado, presentes os requisitos legais. Consistindo os ilícitos imputados ao paciente em fraude às licitações e falsidade ideológica, bem como desvio de verbas pertencentes ao tesouro municipal, não há que se falar em competência da justiça federal para processá-lo e julgá-lo, até porque a denúncia sequer menciona o suposto desvio de recursos oriundos do fundef, o que faria surgir o interesse da união. O art. 6º da lei 8.038/90 confere ao colegiado, e não ao relator, a decisão de recebimento ou rejeição da denúncia. Já o parágrafo único do art. 2º da mesma lei, ao estabelecer que "o relator terá as atribuições que a legislação processual confere aos juízes singulares", autoriza o relator, ou seu substituto legal, a decretar prisão preventiva em qualquer fase do inquérito ou da instrução. A prévia notificação do acusado para apresentação de defesa preliminar, nos termos do art. 2º, inciso ii, do dec.-lei 201/67, e do art. 4º, da lei 8.038/90, é providência necessária apenas para que o tribunal delibere sobre o recebimento ou rejeição da denúncia. Já a prisão preventiva, por tratar-se de medida acautelatória e por razões óbvias, poderá ser decretada antes mesmo de oferecida a denúncia, ou seja, na fase do inquérito policial, independentemente de notificação prévia. Quanto ao pedido de reconhecimento de excesso de prazo na formação da culpa, tal questão não foi objeto de apreciação na decisão do tribunal a quo, descabendo a essa corte fazê-lo sob pena de supressão de instância. Ordem parcialmente conhecida e nesta parte denegada." (HC 16.000/PI, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/12/2001, DJ 04/03/2002, p. 277).

Ora, tais precedentes, observem, são anteriores à promulgação da Lei nº. 12.403/2011, que alterou substancialmente o Capítulo I do Título IX do Código de Processo Penal, que passou a ter a seguinte epígrafe: "*Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória*".

Com a modificação, assim ficou consignado no art. 282 do Código de Processo Penal (grifei):

"Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I - 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; II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. § 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente. § 2º 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. § 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, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo. § 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). § 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. § 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

Veja-se que o novo art. 282 estabelece que as medidas cautelares previstas em todo o Título IX deverão ser aplicadas observando-se um dos seguintes requisitos: 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 (**periculum libertatis**).

Além destes requisitos (cuja presença não precisa ser cumulativa, mas alternativamente), a lei estabelece critérios que deverão orientar o Juiz no momento da escolha e da intensidade da medida cautelar, a saber: a gravidade do crime, as circunstâncias do fato e as condições pessoais do indiciado ou acusado (**fumus commissi delicti**). Evidentemente, merecem críticas tais critérios, pois muito mais condizentes com as circunstâncias judiciais a serem aferidas em momento posterior quando da aplicação da pena, além de se tratar de típica opção pelo odioso Direito Penal do Autor.²

Procura-se, portanto, estabelecer neste Título os requisitos e os critérios justificadores para as medidas cautelares no âmbito processual penal, inclusive no que diz respeito às prisões provisórias, incluindo-se a prisão temporária³, “*pois são regras abrangentes, garantidoras da sistematicidade de todo o*

² Neste mesmo sentido Pierpaolo Cruz Bottini, “Medidas Cautelares – Projeto de Lei 111/2008”, in *As Reformas no Processo Penal*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 458.

³ A prisão temporária, disciplinada na Lei nº. 7.960/89, nada mais é do que aquela famigerada prisão para averiguações, hoje legalizada. Se do ponto de vista formal pode-se até concluir que a antiga prática foi regularizada, sob o aspecto material, indiscutivelmente, continua a mácula aos postulados constitucionais. Como bem notou Paulo Rangel, “*no Estado Democrático de Direito não se pode permitir que o Estado lance mão da prisão para investigar, ou seja, primeiro prende, depois investiga para saber se o indiciado, efetivamente, é o autor do delito. Trata-se de medida de constrição da liberdade do suspeito que, não havendo elementos suficientes de sua conduta nos autos do inquérito policial, é preso para que esses elementos sejam encontrados. (...) Prender um suspeito para investigar se é ele, é barbárie. Só na ditadura e, portanto, no Estado de exceção. No Estado Democrático de Direito havendo necessidade se prende, desde que haja elementos de convicção quanto ao **periculum libertatis**.*” (Direito Processual Penal, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, 7ª. ed., pp. 643/644). A propósito, veja-se a preocupação dos juristas espanhóis Gimeno Sendra, Moreno Catena e Cortés Dominguez, segundo os quais não se pode “*atribuir a la medida cautelar el papel de instrumento de la investigación penal*. Dizem eles que “*sin duda alguna, esa utilización de la prisión provisional como impulsora del descubrimiento del delito, para obtener pruebas o declaraciones, ha de rechazarse de plano, pues una concepción de este tipo excede los*

ordenamento.”⁴ Ademais, a prisão temporária encontra-se prevista neste Título IX do Código de Processo Penal (art. 283).

Assim, quaisquer das medidas cautelares estabelecidas neste Título (repetimos: inclusive as prisões provisórias codificadas ou não) só se justificarão quando presentes o **fumus commissi delicti** e o **periculum libertatis** (ou o **periculum in mora**, conforme o caso) e só deverão ser mantidas enquanto persistir a sua necessidade, ou seja, a medida cautelar, tanto para a sua decretação quanto para a sua manutenção, obedecerá à cláusula **rebus sic stantibus**.

"A imposição de medidas cautelares exige fundamentação concreta e individualizada que justifique a medida. Esse foi o entendimento aplicado pela 7ª. Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região para conceder Habeas Corpus e suspender duas medidas cautelares impostas pelo juiz federal Sergio Fernando Moro, da 13ª. Vara Federal de Curitiba, a 47 investigados pela Operação Curaçao, da Polícia Federal. Moro havia proibido que os condenados saíssem do país e que operassem no mercado de câmbio oficial. Entretanto, seguindo o voto da relatora do caso no TRF-4, desembargadora Claudia Cristina Cristofani, a maioria do colegiado entendeu que Sergio Moro não justificou as imposições. Por isso, o colegiado determinou a suspensão dessas duas cautelares. Para a desembargadora, dizer que há a possibilidade de reiteração dos ilícitos financeiros, sem qualquer referência a indícios de reiteração ou outros elementos concretos, ainda mais após o transcurso de anos, é, deveras, exercício probabilístico, contudo não consubstancia evidência. Não há fundamentação indireta, ou dispersa no corpo da sentença, que permita distinguir as razões que conduziriam à necessidade e adequação da medida. Na medida em que inexistente fundamentação concreta ou, ainda, exposição prévia, na sentença, de fatos relacionados a cada um dos diversos réus, que justifiquem as cautelas decretadas, está-se diante de decisão genérica, concluiu a desembargadora, votando pelo afastamento das medidas. A decisão foi proferida no Habeas Corpus apresentado pelo advogado Renato de Moraes, do escritório Evaristo de Moraes. Porém, considerando o princípio da isonomia e o artigo 580 do Código de Processo Penal, que garante tratamento igual a réus que se encontram em situação processual idêntica, a desembargadora determinou que a decisão seja estendida aos demais corréus, inclusive àqueles que já tiveram Habeas Corpus apreciados pela turma. A Operação Curaçao, da Polícia Federal, apurou denúncias sobre a existência de esquema de evasão e lavagem de dinheiro por meio do First Curaçao International Bank, com sede nas Antilhas Holandesas, paraíso fiscal, e que foi fechado em 2006 pelo Banco Central dos Países Baixos. De acordo com os autos, os acusados utilizariam contas no First Curaçao International Bank para transações financeiras no mercado de câmbio negro. Elas eram supostamente movimentadas a partir do Brasil por meio de

límites constitucionales, y colocaría a la investigación penal así practicada en un lugar muy próximo a la tortura indagatoria.” (Ob. cit., p. 524). Aliás, esta lei padece de vício de origem, pois ela foi criada pela Medida Provisória nº. 111/89 quando deveria sê-lo, obrigatoriamente, por lei em sentido formal, votada pelo Congresso Nacional. Como observou Alberto Silva Franco, esta lei “originou-se de uma medida provisória baixada pelo Presidente da República e, embora tenha sido convertida em lei pelo Congresso Nacional, representou uma invasão na área da competência reservada ao Poder Legislativo. Pouco importa a aprovação pelo Congresso Nacional da medida provisória.” (Crimes Hediondos, São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª. ed., 2000, p. 357).

⁴ Pierpaolo Bottini, ob. cit., p. 457.

*empresas de fachada e casas de câmbio. Ao julgar a acusação do Ministério Público, o juiz Sergio Fernando Moro, da 13ª Vara Federal de Curitiba, condenou 47 investigados pela prática do crime tipificado no artigo 22 da Lei 7.492/86 — efetuar operação de câmbio não autorizada, com o objetivo de promover evasão de divisas do país. Na dosimetria, a pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária. Além disso, na sentença condenatória, o juiz de origem aplicou medidas cautelares diversas da prisão, com base nos artigos 319, incisos II, IV e VI; e 320, ambos do Código de Processo Penal. Considerando que o **modus operandi** envolve a abertura e movimentação de conta no exterior, é o caso de impedir que os condenados possam ir ao exterior abrir ou negociar novas contas em nome de pessoas interpostas ou offshores para emprego no mercado de câmbio negro, justificou. Também proibiu a atuação no mercado de câmbio. Assim, impôs a todos os condenados a proibição de viajar ao estrangeiro no curso da Ação Penal e até o trânsito em julgado. Independentemente do trânsito em julgado, determinou que os condenados entregassem seus passaportes na vara, no prazo de 30 dias. O descumprimento das duas medidas cautelares poderá ensejar a imposição da prisão cautelar nos termos do artigo 312, parágrafo único, do Código de Processo Penal, advertiu o julgador. Diante das medidas impostas, foram impetrados diversos Habeas Corpus. No início de setembro, a 7ª Turma do TRF-4 começou a analisar o HC apresentado pelo advogado Renato de Moraes. Após sustentação oral do advogado e do Ministério Público Federal, a desembargadora Claudia Cristina Cristofani, relatora, pediu vista, sobrestando o julgamento. O caso retornou à corte no dia 30 de setembro, com outros seis HCs sobre o mesmo assunto na pauta. Na ocasião, a relatora apresentou seu voto pela concessão da ordem, revogando a cautelar de proibição de sair do país, e estendendo a todos os demais condenados. De ofício, a relatora concedeu a ordem também para afastar a cautelar de proibição de atuar no mercado de câmbio." (Por Jomar Martins e Tadeu Rover).*

Dispõe a lei que as medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente⁵ e 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.

Observa-se que as medidas cautelares só poderão ser decretadas de ofício pelo Juiz durante a fase processual; antes, no curso de uma investigação criminal, apenas quando instado a fazê-lo, seja pelo Ministério Público, seja pela Polícia. Ainda que tenha sido louvável esta limitação, parece-nos que no sistema acusatório é sempre inoportuno deferir ao Juiz a iniciativa de medidas persecutórias, mesmo durante a instrução criminal. É absolutamente desaconselhável permitir-se ao Juiz a possibilidade de, **ex officio**, ainda que em Juízo, decidir acerca de uma medida cautelar de natureza criminal (restritiva de direitos, privativa de liberdade, etc.), pois que lembra o velho e pernicioso sistema inquisitivo⁶.

⁵ Segundo Pierpaolo Bottini, “no caso de aplicação cumulativa, a razoabilidade exige que as medidas sejam compatíveis, que possam ser aplicadas ao mesmo tempo, pelo que, a despeito do previsto no texto, a cautelar de prisão será sempre aplicada isoladamente.” (ob. cit. p. 460).

⁶ Interessante transcrever um depoimento de Leonardo Boff, ao descrever os percalços que passou até ser condenado pelo Vaticano, sem direito de defesa e sob a égide de um típico sistema inquisitivo. Após ser moral e psicologicamente arrasado pelo secretário do Santo Ofício (hoje Congregação para a Doutrina da

É evidente que o dispositivo é perigoso, pois não se pode admitir que uma mesma pessoa (o Juiz), ainda que ungido pelos deuses, possa avaliar como “*necesário um ato de instrução e ao mesmo tempo valere a sua legalidade. São logicamente incompatíveis as funções de investigar e ao mesmo tempo garantir o respeito aos direitos do imputado. São atividades que não podem ficar nas mãos de uma mesma pessoa, sob pena de comprometer a eficácia das garantias individuais do sujeito passivo e a própria credibilidade da administração de justiça. (...) Em definitivo, não é suscetível de ser pensado que uma mesma pessoa se transforme em um investigador eficiente e, ao mesmo tempo, em um guardião zeloso da segurança individual. É inegável que ‘o bom inquisidor mata o bom juiz ou, ao contrário, o bom juiz desterra o inquisidor’*”.⁷

Claro que há efetivamente certo distanciamento dos postulados do sistema acusatório, mitigando-se a imparcialidade⁸ que deve nortear a atuação de um Juiz criminal, que não se coaduna com a determinação pessoal e direta de medidas cautelares. “*Este sistema se va imponiendo en la mayoría de los sistemas procesales. En la práctica, ha demostrado ser mucho más eficaz, tanto para profundizar la investigación como para preservar las garantías procesales*”, como bem acentua Alberto Binder.⁹

Dentro desta perspectiva, o sistema acusatório é o que melhor encontra respaldo em uma democracia, pois distingue perfeitamente as três funções precípuas em uma ação penal, a saber: o julgador, o acusador e a defesa. Tais sujeitos processuais devem estar absolutamente separados (no que diz respeito às respectivas atribuições e competência), de forma que o julgador não acuse, nem defenda (preservando a sua necessária imparcialidade), o acusador não julgue e o defensor cumpra a sua missão constitucional de exercer a chamada defesa técnica¹⁰.

Fé), Cardeal Jerome Hamer, em prantos, disse-lhe o brasileiro: “*Olha, padre, acho que o senhor é pior que um ateu, porque um ateu pelo menos crê no ser humano, o senhor não crê no ser humano. O senhor é cínico, o senhor ri das lágrimas de uma pessoa. Então não quero mais falar com o senhor, porque eu falo com cristãos, não com ateus.*” Por uma ironia do destino, depois de condenado pelo inquisidor, Boff o telefonou quando o Cardeal estava à beira da morte, fulminado por um câncer. Ao ouvi-lo, a autoridade eclesiástica desabafou, chorando: “*Ninguém me telefona... foi preciso você me telefonar! Me sinto isolado (...) Boff, vamos ficar amigos, conheço umas pizzarias aqui perto do Vaticano...*” (in Revista Caros Amigos – As Grandes Entrevistas, dezembro/2000).

⁷ Lopes Jr., Aury, Investigação Preliminar no Processo Penal, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 74.

⁸ Como diz o Professor da Universidade de Valencia, Juan Montero Aroca, “*en correlación con que la Jurisdicción juzga sobre asuntos de otros, la primera exigencia respecto del juez es la de que éste no puede ser, al mismo tiempo, parte en el conflicto que se somete a su decisión.*” (Sobre la Imparcialidad del Juez y la Incompatibilidad de Funciones Procesales, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 186).

⁹ Iniciación al Proceso Penal Acusatorio, Buenos Aires: Campomanes Libros, 2000, p. 43.

¹⁰ Como se sabe, o defensor exerce a chamada defesa técnica, específica, profissional ou processual, que exige a capacidade postulatória e o conhecimento técnico. O acusado, por sua vez, exercita ao longo do processo (quando, por exemplo, é interrogado) a denominada autodefesa ou defesa material ou genérica. Ambas, juntas, compõem a ampla defesa. A propósito, veja-se a definição de Miguel Fenech: “*Se entiende por defensa genérica aquella que lleva a cabo la propia parte por sí mediante actos constituidos por acciones u omisiones, encaminados a hacer prosperar o a impedir que prospere la actuación de la pretensión.. No se halla regulada por el derecho con normas cogentes, sino con la concesión de determinados derechos inspirados en el conocimiento de la naturaleza humana, mediante la prohibición del empleo de medios coactivos, tales como el juramento – cuando se trata de la parte acusada – y cualquier otro género de coacciones destinadas a obtener por fuerza y contra la voluntad del sujeto una declaración de conocimiento que ha de repercutir en contra suya*”. Para ele, diferencia-se esta autodefesa da defesa técnica, por ele chamada de específica, processual ou profissional, “*que se lleva a cabo no ya*

Observa-se que no sistema acusatório estão perfeitamente definidas as funções de acusar, de defender e a de julgar, sendo vedado ao Juiz proceder como órgão persecutório. É conhecido o princípio do **ne procedat iudex ex officio**, verdadeiro dogma do sistema acusatório. Nele, segundo o professor da Universidade de Santiago de Compostela, Juan-Luís Gómez Colomer, “*hay necesidad de una acusación, formulada e mantenida por persona distinta a quien tiene que juzgar, para que se pueda abrir y celebrar el juicio e, consecuentemente, se pueda condenar*”¹¹, proibindo-se “*al órgano decisor realizar las funciones de la parte acusadora*”¹², “*que aqui surge com autonomia e sem qualquer relacionamento com a autoridade encarregue do julgamento*”¹³.

Dos doutrinadores pátrios, talvez o que melhor traduziu o conceito do sistema acusatório tenha sido José Frederico Marques:

*“A titularidade da pretensão punitiva pertence ao Estado, representado pelo Ministério Público, e não ao juiz, órgão estatal, tão-somente, da aplicação imparcial da lei para dirimir os conflitos entre o **jus puniendi** e a liberdade do réu. Não há, em nosso processo penal, a figura do juiz inquisitivo. Separadas estão, no Direito pátrio, a função de acusar e a função jurisdicional. (...) O juiz exerce o poder de julgar e as funções inerentes à atividade jurisdicional: atribuições persecutórias, ele as tem muito restritas, e assim mesmo confinadas ao campo da **notitia criminis**. No que tange com a ação penal e à função de acusar, sua atividade é praticamente nula, visto que ambas foram adjudicadas ao Ministério Público.”*¹⁴

Ainda como corolário dos princípios atinentes ao sistema acusatório, aduzimos a necessidade de se afastar o Juiz, o mais possível, de atividades persecutórias¹⁵. Um dos argumentos mais utilizados para contrariar esta afirmação é a decantada busca da verdade real, verdadeiro dogma do processo penal¹⁶. Ocorre que este dogma está em franca decadência, pois hoje se sabe que a verdade a ser buscada é aquela processualmente possível, dentro dos limites impostos pelo sistema e pelo ordenamento jurídico.

por la parte misma, sino por personas peritas que tienen como profesión el ejercicio de esta función técnico-jurídica de defensa de las partes que actúan en el proceso penal para poner de relieve sus derechos y contribuir con su conocimiento a la orientación y dirección en orden a la consecución de los fines que cada parte persigue en el proceso y, en definitiva, facilitar los fines del mismo”. (Derecho Procesal Penal, Vol. I, 2ª. ed., Barcelona: Editorial Labor, S. A., 1952, p. 457).

¹¹ Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1989, p. 230.

¹² Gimeno Sendra, Derecho Procesal, Valencia: Tirant lo Blanch, 1987, p. 64.

¹³ José António Barreiros, Processo Penal-1, Almedina, Coimbra, 1981, p. 13.

¹⁴ Elementos de Direito Processual Penal, Vol. I, Forense, p. 64.

¹⁵ Sobre a atividade instrutória do Juiz no Processo Penal, remetemos o leitor a duas obras: “A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal”, de Marcos Alexandre Coelho Zilli, Editora Revista dos Tribunais, 2003 e “Poderes Instrutórios do Juiz”, de José Roberto dos Santos Bedaque, Editora Revista dos Tribunais, 2ª. ed., 1994..

¹⁶ Sobre a matéria há obras importantes, a saber, por exemplo: “A Busca da Verdade Real no Processo Penal”, de Marco Antonio de Barros, Editora Revista dos Tribunais, 2002; “O Mito da Verdade Real na Dogmática do Processo Penal”, de Francisco das Neves Baptista, Editora Renovar, 2001 e “La verdad en el Proceso Penal”, de Nicolás Guzmán, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

Como ensina Muñoz Conde, “*el proceso penal de un Estado de Derecho no solamente debe lograr el equilibrio entre la búsqueda de la verdad y la dignidad de los acusados, sino que debe entender la verdad misma no como una verdad absoluta, sino como el deber de apoyar una condena sólo sobre aquello que indubitada e intersubjetivamente puede darse como probado. Lo demás es puro fascismo y la vuelta a los tiempos de la Inquisición, de los que se supone hemos ya felizmente salido.*”¹⁷

Com efeito, não se pode, por conta de uma busca de algo muitas vezes inatingível (a verdade...) ¹⁸ permitir que o Juiz saia de sua posição de supra partes, a fim de auxiliar, por exemplo, o Ministério Público a provar a imputação posta na peça acusatória. Sobre a verdade material ou substancial, ensina Ferrajoli, ser aquela “*carente de limites y de confines legales, alcanzable con cualquier medio más allá de rígidas reglas procedimentales. Es evidente que esta pretendida ‘verdad sustancial’, al ser perseguida fuera de reglas y controles y, sobre todo, de una exacta predeterminación empírica de las hipótesis de indagación, degenera en juicio de valor, ampliamente arbitrario de hecho, así como que el cognoscitivismo ético sobre el que se basea el sustancialismo penal resulta inevitablemente solidario con una concepción autoritaria e irracionalista del proceso penal*”. Para o mestre italiano, contrariamente, a verdade formal ou processual é alcançada “*mediante el respeto a reglas precisas y relativa a los solos hechos y circunstancias perfilados como penalmente relevantes. Esta verdad no pretende ser la verdad; no es obtenible mediante indagaciones inquisitivas ajenas al objeto procesal; está condicionada en sí misma por el respeto a los procedimientos y las garantías de la defensa. Es, en suma, una verdad más controlada en cuanto al método de adquisición pero más reducida en cuanto al contenido informativo de cualquier hipotética ‘verdad sustancial’*”¹⁹.

Vê-se, portanto, que se permitiu um desaconselhável “agir de ofício” pelo Juiz. Não é possível tal disposição em um sistema jurídico acusatório, pois que lembra o sistema inquisitivo caracterizado, como diz Ferrajoli, por “*una confianza tendencialmente ilimitada en la bondad del poder y en su capacidad de alcanzar la verdad*”, ou seja, este sistema “*confía no sólo la verdad sino también la tutela del inocente a las presuntas virtudes del poder que juzga*”.²⁰

¹⁷ Búsqueda de la Verdad en el Proceso Penal, Buenos Aires: Depalma: 2000, p. 107.

¹⁸ “*Classicamente, a verdade se define como adequação do intelecto ao real. Pode-se dizer, portanto, que a verdade é uma propriedade dos juízos, que podem ser verdadeiros ou falsos, dependendo da correspondência entre o que afirmam ou negam e a realidade de que falam.*” (Hilton Japiassu e Danilo Marcondes, Dicionário Básico de Filosofia, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1990, p. 241). “*A porta da verdade estava aberta / Mas só deixava passar / Meia pessoa de cada vez / Assim não era possível atingir toda a verdade. / Porque a meia pessoa que entrava / Só trazia o perfil de meia verdade / E a segunda metade / Voltava igualmente como perfil / E os meios perfis não coincidiam. / Arrebatavam a porta, derrubavam a porta, / Chegaram ao lugar luminoso onde a verdade esplendia seus fogos. / Era dividida em metades diferentes uma da outra. / Chegou-se a discutir qual a metade mais bela. / Nenhuma das duas era totalmente bela e carecia optar. / Cada um optou conforme seu capricho, sua ilusão, sua miopia.*” (Carlos Drummond de Andrade, do livro “O corpo”, editora Record). “*Não tenho a menor noção do que é a verdade, mulher! Caguei pra verdade, a verdade é uma coisa escrota, uma nojeira filosófica inventada pelos monges do século XIII, que ficavam tocando punheta nos conventos, verdade o cacete, interessa a objetividade.*” (“Eu sei que vou te amar”, de Arnaldo Jabor, Rio de Janeiro: Objetiva, p. 65).

¹⁹ Derecho y Razón, Madrid: Editorial Trotta, 3ª. ed., 1998, pp. 44 e 45.

²⁰ Ferrajoli, Luigi, Derecho y Razón, Madrid: Editorial Trotta, 3ª. ed., 1998, p. 604.

Parece-nos claro que há, efetivamente, uma mácula séria aos postulados do sistema acusatório, precipuamente à imprescindível imparcialidade que deve nortear a atuação de um Juiz criminal (e não neutralidade, que é impossível)²¹. Quanto à neutralidade, faz-se uma ressalva, pois não acreditamos em um Juiz neutro (como em um Promotor de Justiça ou um Procurador da República neutro). Há sempre circunstâncias que, queiram ou não, influenciam em decisões e pareceres, sejam de natureza ideológica, política, social, etc., etc. Como notou Eros Roberto Grau, “*ainda que os princípios os vinculem, a neutralidade política do intérprete só existe nos livros. Na práxis do direito ela se dissolve, sempre. Lembre-se que todas as decisões jurídicas, porque jurídicas, são políticas.*”²² São inconfundíveis a neutralidade e a imparcialidade. É ingenuidade acreditar-se em um Juiz neutro, mas é absolutamente indispensável um Juiz imparcial.

Um Magistrado imparcial, como afirmam Alexandre Bizzotto, Augusto Jobim e Marcos Eberhardt, implica em um “*formal afastamento fático do fato julgado, não podendo o Magistrado ter vínculos objetivos com o fato concreto colocado à discussão processual. Coloca-se daí na condição de terceiro estranho ao caso penal. (...) Já a neutralidade é a assunção da alienação judicial, negando-se ingenuamente o humano no juiz. Este agente político partícipe da vida social sente (a própria sentença é um ato de sentir), age, pensa e sofre todas as influências provocadas pela sociedade pós-moderna. Afirmar que o juiz é neutro é ocultar uma realidade.*”²³

Sobre o sistema acusatório, afirmava Vitu: “*Ce système procédural se retrouve à l’origine des diverses civilisations méditerranéennes et occidentales: en Grèce, à Rome vers la fin de la République, dans le droit germanique, à l’époque franque et dans la procédure féodale. Ce système, qui ne distingue pas la procédure criminelle de la procédure, se caractérise par des traits qu’on retrouve dans les différents pays qui l’ont consacré. Dans l’organisation de la justice, la procédure accusatoire suppose une complète égalité entre l’accusation et la défense.*”²⁴

A propósito, relembremos o art. 3º. da Lei nº. 9.296/96 (interceptações telefônicas) que permite ao Juiz, mesmo na primeira fase da **persecutio criminis**, determinar de ofício a quebra do sigilo telefônico, o que também representa uma quebra flagrante dos postulados do sistema acusatório, bem como o art. 311 do Código de Processo Penal, possibilitando ao Juiz Criminal a decretação, de

²¹ Como diz o Professor da Universidade de Valencia, Juan Montero Aroca, “*en correlación con que la Jurisdicción juzga sobre asuntos de otros, la primera exigencia respecto del juez es la de que éste no puede ser, al mismo tiempo, parte en el conflicto que se somete a su decisión.*” (Sobre la Imparcialidad del Juez y la Incompatibilidad de Funciones Procesales, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 186).

²² Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito, São Paulo: Malheiros, 2ª. ed., 2003, p. 51. Também neste sentido, veja-se Rodolfo Pamplona Filho, “*O Mito da Neutralidade do Juiz como elemento de seu Papel Social*” in “*O Trabalho*”, encarte de doutrina da Revista “Trabalho em Revista”, fascículo 16, junho/1998, Curitiba/PR, Editora Decisório Trabalhista, págs. 368/375, e Revista “Trabalho & Doutrina”, nº 19, dezembro/98, São Paulo, Editora Saraiva, págs.160/170.

²³ A Crise do Processo Penal e as Novas Formas de Administração da Justiça Criminal, obra organizada por Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo e Salo de Carvalho, Porto Alegre: Notadez, 2006, p. 20.

²⁴ André Vitu, Procédure Pénale. Paris: Presses Universitaires de France, 1957, p. 13-14.

ofício, da prisão preventiva (ver adiante), decisões que (pasmem!), ainda o tornam preventivo (art. 75, parágrafo único e art. 83 do Código de Processo Penal).²⁵

Com inteira razão Jacinto Nelson de Miranda Coutinho: “*a questão é tentar quase o impossível: compatibilizar a Constituição da República, que impõe um Sistema Acusatório, com o Direito Processual Penal brasileiro atual e sua maior referência legislativa, o CPP de 41, cópia malfeita do **Codice Rocco** de 30, da Itália, marcado pelo princípio inquisitivo nas duas fases da **persecutio criminis**, logo, um processo penal regido pelo Sistema Inquisitório. (...) Lá, como é do conhecimento geral, ninguém duvida que o advogado de Mussolini, Vincenzo Manzini, **camicia nera** desde sempre, foi quem escreveu o projeto do **Codice** com a cara do regime (...)*”²⁶

Continuando...

Atendendo à exigência constitucional do contraditório, dispõe o § 3º. do art. 282 que, ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida (quando, então, será tomada **inaudita altera pars**, como, por exemplo, uma interceptação telefônica), o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias; neste caso, os autos devem permanecer em juízo. Parece-nos que mesmo no caso da medida ser determinada de ofício pelo Juiz, deve assim também se proceder, ou seja, ouvir-se a parte a quem a medida possa trazer algum prejuízo, ressalvadas, evidentemente, as hipóteses de urgência ou de perigo para a eficácia da decisão. Não há devido processo legal sem o contraditório, que vem a ser, em linhas gerais, a garantia de que para toda ação haja uma correspondente reação, garantindo-se, assim, a plena igualdade de oportunidades processuais. A respeito do contraditório, Willis Santiago Guerra Filho afirma “*que não há processo sem respeito efetivo do contraditório, o que nos faz associar o princípio a um princípio informativo, precisamente aquele político, que garante a plenitude do acesso ao Judiciário (cf. Nery Jr., 1995, p. 25). Importante, também, é perceber no princípio do contraditório mais do que um princípio (objetivo) de organização do processo, judicial ou administrativo – e, logo, um princípio de organização de um instrumento de atuação do Estado, ou seja, um princípio de organização do Estado, um direito. Trata-se de um verdadeiro direito fundamental processual, donde se poder falar, com propriedade em direito ao contraditório, ou **Anspruch auf rechliches Gehör**, como fazem os alemães.*” (grifos no original).²⁷

Segundo Étienne Vergès, a Corte Européia dos Direitos do Homem (CEDH) “*en donne une définition synthétique en considérant que ce principe implique la faculté, pour les parties à un procès penal ou civil, de prendre connaissance de toutes pièces ou observations présentées au juge, même par un magistrat indépendant, en vue d’influencer sa décision et de la discuter` (CEDH, 20 févr. 1996, Vermeulen c/ Belgique, D. 1997, som. com. P. 208).*”²⁸

²⁵ Sobre prevenção veja o que escrevemos em nosso Curso Temático de Direito Processual Penal, Curitiba: Juruá, 2010, p. 348.

²⁶ O Núcleo do Problema no Sistema Processual Penal Brasileiro, Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº. 175, junho/2007, p. 11.

²⁷ Introdução ao Direito Processual Constitucional, São Paulo: Síntese, 1999, p. 27.

²⁸ Procédure Pénale, Paris: LexisNexis Litec, 2005, p. 35.

O contraditório será fundamental (ressalvada a urgência e a possibilidade de ineficácia da medida), até para que o investigado ou acusado tenha a oportunidade de, por exemplo, requerer “a decretação de medida menos gravosa do que aquela sugerida pela parte contrária.”²⁹

Aliás, ainda que a medida tenha sido tomada **inaudita altera pars**, “a observância do contraditório, nesses casos, é feita depois, dando-se oportunidade ao suspeito ou réu de contestar a providência cautelar (...). Fala-se em contraditório diferido ou postergado.”³⁰

Esta exigência do contraditório (prévio ou postergado) aplica-se, inclusive, quando se tratar da prisão provisória (temporária ou preventiva), pois típica medida cautelar, ressalvando-se, obviamente, a urgência e a possibilidade de sua ineficácia (prisão preventiva para aplicação da lei penal, por exemplo).

Pois bem.

Caso haja 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, nos termos do art. 312, parágrafo único do Código de Processo Penal. Observa-se que a lei é expressa ao considerar a prisão cautelar (incluindo-se a temporária) como **ultima ratio**. É imposição legal a excepcionalidade da prisão provisória, que somente deverá ser decretada quando não for absolutamente cabível a sua substituição por outra medida cautelar. E na respectiva decisão, esta imprescindibilidade deve restar claramente demonstrada, nos termos do art. 93, IX da Constituição.

Como dissemos acima, a medida cautelar decretada poderá ser revogada ou substituída quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a ser decretada, se sobrevierem razões que a justifiquem (é a conhecida cláusula **rebus sic stantibus**). Aqui também, deve-se atender à exigência constitucional do contraditório, na forma do § 3º. do art. 282.

Destarte, os precedentes citados, simplesmente, não servem para fundamentar ou justificar a edição do Enunciado, pois não havia em nosso ordenamento jurídico este novo art. 282. Neste sentido, posso afirmar que os precedentes são imprestáveis!

Ademais, prender alguém de ofício (seja ou não um "gestor público") ou afastar um "gestor público" do seu cargo (ainda mais quando eleito pelo povo, e, portanto, com legitimidade constitucional direta, mais do que o próprio Magistrado - cuja legitimidade é indireta), antes mesmo do recebimento da peça acusatória é de um

²⁹ Pierpaolo Botinni, ob. cit., p. 462.

³⁰ Antonio Scarance Fernandes, Processo Penal Constitucional, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 60. No mesmo sentido, veja-se Rogério Lauria Tucci, Direitos e Garantias no Processo Penal Brasileiro, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª., ed., 2004, p. 361.

absurdo singular e, tratando-se de uma ação penal originária, muito mais grave, pois fere o Princípio do Colegiado.

É preciso, especialmente quando se trata de estabelecer um Enunciado, primeiro citar precedentes do próprio Tribunal (óbvio!), afinal de contas todo Enunciado pressupõe decisões várias proferidas pelo respectivo órgão do Poder Judiciário (no caso ora analisado, não foi citado nenhum precedente da Corte local).

Além disso, urge, ao editar o Enunciado que se atente para o devido processo legal vem consagrado pela Constituição Federal no art. 5º., LIV e LV, ao estabelecer que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal e ao garantir a qualquer acusado em processo judicial o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Além destes dois incisos outros há que também compõem o leque de direitos e garantias judiciais estabelecidas na Carta Magna, a saber: “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, “inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da casa, da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas e da imagem das pessoas”, “não haverá juízo ou tribunal de exceção”, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”, “nenhuma pena passará da pessoa do acusado”, “individualização da pena”, “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”, “inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meio ilícitos”, “não culpabilidade até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”³¹, “publicidade dos atos processuais”, “direito ao silêncio”, etc.

Todos estes direitos e garantias³² estão estabelecidos taxativamente no texto constitucional, algumas com ressalvas, evidentemente.

Assim, do ponto de vista da Constituição Federal, o devido processo legal pressupõe o contraditório (paridade de armas, a defesa se pronunciar sempre depois da acusação, etc), a garantia da ampla defesa (defesa técnica e autodefesa), o duplo grau de jurisdição, a proibição das provas ilícitas, etc., etc., etc.

“A doutrina é unânime em atribuir a origem da cláusula do devido processo legal ao art. 39 da Magna Carta, outorgada, em 1215, por João Sem-Terra a seus barões, na Inglaterra, identificando-a como a “law of the land”. A expressão “due processes of law” foi usada pela primeira vez por Eduardo III, em 1354, também na Inglaterra. Embora tivesse, originariamente, somente um sentido de luta de um grupo social, os barões, contra o poder do monarca, o alcance do devido processo foi sendo ampliado com o passar do tempo. Trazida para as colônias da

³¹ Segundo Étienne Vergès, “*la présomption d’innocence est un principe qui se rapporte à la charge de la preuve pénale. Sa dimension procédurale semble donc s’imposer au premier abord. Pourtant, depuis la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789, la présomption d’innocence est consacrée au rang des principes fondamentaux consubstantiels du régime démocratique (art. 9º., de la DDHC).*” (Procédure Pénale, Paris: LexisNexis Litec, 2005, p. 53).

³² O direito tem um caráter declaratório, enquanto a garantia tutela a sua efetividade. Ex.: o direito à liberdade vem garantido pelo **habeas corpus**.

*América do Norte, embora não referida na Constituição dos Estados Unidos, foi consagrada nas Emendas V e XIV. Nesse país, o devido processo evoluiu de um caráter meramente formal para um substancial, ensejando o controle de constitucionalidade de leis, sempre que estas não respeitassem o substantive due process. Além disso, de uma concepção jusnaturalista, que entendia a garantia como um princípio universal, passou-se a uma compreensão do devido processo como um princípio histórico, consoante os valores sociais vigentes num determinado tempo e lugar.”*³³

Como ensina Alberto Binder, “ninguém pode ficar indiferente em face da efetiva vigência destes direitos e garantias. Eles são o primeiro – e principal – escudo protetor da pessoa humana e o respeito a estas salvaguardas é o que diferencia o Direito – como direito protetor dos homens livres – das ordens próprias dos governos despóticos, por mais que estas sejam redigidas na linguagem das leis.”³⁴

Estes são, em linhas gerais, os aspectos mais importantes que envolvem o direito ao devido processo legal. É evidente que há outros e muito mais poderíamos escrever. Não esquecemos, evidentemente, das provas ilícitas, do **ne procedat judex ex officio**, do princípio da correlação entre acusação e sentença, e tantos outros.

Importante extrairmos esta lição de Bobbio:

*“Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito a não portar armas contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens. O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.”*³⁵

Portanto, com Bacigalupo, podemos afirmar que o devido processo “*aparece como un conjunto de principios de carácter suprapositivo y supranacional, cuya legitimación es sobre todo histórica, pues proviene de la abolición del procedimiento inquisitorial, de la tortura como medio de prueba, del sistema de prueba tasada, de la formación de la convicción del juez sobre la base de actas escritas en un procedimiento fuera del control público. Es, como la noción misma de Estado democrático de Derecho, un concepto previo a toda regulación jurídico positiva y una referencia reguladora de la interpretación del Derecho vigente.*” (grifo no original).³⁶

Como se sabe, ou deveria se saber, o Processo Penal funciona em um Estado Democrático de Direito como um meio necessário e inafastável de garantia dos direitos do acusado. Não é um mero instrumento de efetivação do Direito Penal, mas, verdadeiramente, um instrumento de satisfação de

³³ Luciana Russo, “Devido processo legal e direito ao procedimento adequado”, artigo publicado no jornal “[O Estado do Paraná](#)”, na edição do dia 26 de agosto de 2007.

³⁴ Introdução ao Direito Processual Penal, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 43, na tradução de Fernando Zani.

³⁵ A Era dos Direitos, Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 18.

³⁶ El Debido Proceso Penal, Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 13.

direitos humanos fundamentais e, sobretudo, uma garantia contra o arbítrio do Estado. Aliás, sobre processo, já afirmou o mestre Calmon de Passos, não ser “*algo que opera como simples meio, instrumento, sim um elemento que integra o próprio ser do Direito. A relação entre o chamado direito material e o processo não é uma relação meio/fim, instrumental, como se tem proclamado com tanta ênfase, ultimamente, por força do prestígio de seus arautos, sim uma relação integrativa, orgânica, substancial.*”³⁷ Nesta mesma obra, o eminente processualista adverte que o “*devido processo constitucional jurisdicional (como ele prefere designar), para evitar sofismas e distorções maliciosas, não é sinônimo de formalismo, nem culto da forma pela forma, do rito pelo rito, sim um complexo de garantias mínimas contra o subjetivismo e o arbítrio dos que têm poder de decidir.*”³⁸

Certamente sem um processo penal efetivamente garantidor, não podemos imaginar vivermos em uma verdadeira democracia³⁹. Um texto processual penal deve trazer ínsita a certeza de que ao acusado, apesar do crime supostamente praticado, deve ser garantida a fruição de seus direitos previstos especialmente na Constituição do Estado Democrático de Direito.

Como afirma Ada Pelegrini Grinover, “*o processo penal não pode ser entendido, apenas, como instrumento de persecução do réu. O processo penal se faz também – e até primacialmente – para a garantia do acusado. (...) Por isso é que no Estado de direito o processo penal não pode deixar de representar tutela da liberdade pessoal; e no tocante à persecução criminal deve constituir-se na antítese do despotismo, abandonando todo e qualquer aviltamento da personalidade humana. O processo é uma expressão de civilização e de cultura e conseqüentemente se submete aos limites impostos pelo reconhecimento dos valores da dignidade do homem.*”⁴⁰

O Processo Penal é antes de tudo “*um sistema de garantias face ao uso do poder do Estado.*” Para Alberto Binder, por meio do Processo Penal “*procura-se evitar que o uso deste poder converta-se em um fato arbitrário. Seu objetivo é, essencialmente, proteger a liberdade e a dignidade da pessoa*”⁴¹

Norberto Bobbio afirmava que os “*direitos do homem, a democracia e a paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais.*”⁴² Por outro lado, continua o filósofo italiano, “*(...) os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias,*

³⁷ Direito, Poder, Justiça e Processo, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 68.

³⁸ Idem, p. 69.

³⁹ Apesar de que, como ensina Norberto Bobbio, “*(...) a Democracia perfeita até agora não foi realizada em nenhuma parte do mundo, sendo utópica, portanto.*” (Dicionário de Política, Brasília: Universidade de Brasília, 10ª. ed., 1997, p. 329).

⁴⁰ Liberdades Públicas e Processo Penal – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª. ed., 1982, pp. 20 e 52.

⁴¹ Introdução ao Direito Processual Penal, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 25, na tradução de Fernando Zani.

⁴² Norberto Bobbio, A Era dos Direitos, Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 01.

*caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.”*⁴³

Assim, a norma processual, ao lado de sua função de aplicação do Direito Penal (que é indiscutível), tem a missão de tutelar aqueles direitos previstos nas constituições e nos tratados internacionais. Exatamente por isso, o processo penal de um País o identifica como uma democracia ou como um Estado totalitário.

Hélio Tornaghi, com muitíssima propriedade, já afirmava que *“a lei de processo é o prolongamento e a efetivação do capítulo constitucional sobre os direitos e as garantias individuais”*, protegendo *“os que são acusados da prática de infrações penais, impondo normas que devem ser seguidas nos processos contra eles instaurados e impedindo que eles sejam entregues ao arbítrio das autoridades processantes.”*⁴⁴

Como dizia Frederico Marques, *“o processo é instrumento de atuação estatal vinculado, quase sempre, às diretrizes políticas que plasmam a estrutura do Estado. Impossível, por isso, subtrair a norma processual dos princípios que constituem a substância ética do Direito e a exteriorização de seus ideais de justiça. No processo penal, então, em que as formas processuais se destinam a garantir direitos imediatamente tutelados pela Constituição, das diretrizes políticas desta é que partem os postulados informadores da legislação e da sistematização doutrinária. Com razão afirmou Goldschmidt que a estrutura do processo penal de uma nação indica a força de seus elementos autoritários e liberais.”*⁴⁵ (grifo nosso).

Não há dúvidas que todo o conjunto de garantias penais reconhecidas, defendidas e buscadas pelos penalistas *“quedaría incompleto si no fuese acompañado por el conjunto correlativo o, mejor dicho, subsidiário de las garantías procesales, expresadas por los principios que responden a nuestras dos últimas preguntas, ‘cuándo’ y ‘cómo juzgar’: la presunción de inocencia hasta prueba en contrario, la separación entre acusación y juez, la carga de la prueba e el derecho del acusado a la defensa.”*⁴⁶ Assim, por exemplo, ao Direito Penal mínimo corresponde um Direito Processual Penal garantidor.

Por fim, observa-se que o referido Enunciado usou a expressão "Gestor Público", o que é uma referência bastante genérica e, portanto, perigosa e desaconselhável. O que vem a ser mesmo um gestor público para efeito de aplicação do Verbete? Ao que parece, o Enunciado pretendia atingir apenas Prefeitos, pois a referência legislativa citada abaixo do Enunciado foi o Decreto-Lei 201/67 (aliás, equivocadamente datado na publicação oficial como sendo do ano de 1997!).

⁴³ Idem, p. 05.

⁴⁴ Compêndio de Processo Penal, Tomo I, Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1967, p. 15.

⁴⁵ José Frederico Marques, Elementos de Direito Processual Penal, Vol. I, Campinas: Bookseller, 1998, p. 37.

⁴⁶ Luigi Ferrajoli, Derecho y Razón, Madrid: Editorial Trotta, 3ª. ed., 1998, p. 537.

Então, pergunto: e o vice-governador, Secretários de Estado, Procurador-Geral de Justiça, Procurador-Geral do Estado, Defensor Público Chefe, Juízes Diretores de Foro ou função equivalente no primeiro grau de jurisdição e os Promotores de Justiça, quando no exercício de função de chefia das unidades regionais ou locais, não seriam também gestores públicos. pois, afinal de contas, gerem, de uma forma ou de outra, recursos públicos.?

Vejam que estão sujeitos à Lei nº. 1.521/1951 (arts. 39-A, parágrafo único, 40-A, parágrafo único, II e art. 74), que define os "crimes" de responsabilidade (a chamada Lei do *Impeachment*) e também à jurisdição do Tribunal de Justiça (art. 123. I, a, da Constituição da Bahia).

Enfim, concluindo, o referido Enunciado fere a um só tempo a Constituição Federal (no que diz respeito ao Princípio do Devido Processo Legal e ao Princípio da Inocência), o Sistema Acusatório (imiscuindo o Magistrado em função tipicamente persecutória) e o Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº. 12.403/2011, devendo ser imediatamente revogada.

Oxalá haja um Desembargador que, como permite o Regimento Interno da Corte local (arts. 216 a 226), faça esta proposta, antes mesmo dela ser desautorizada pelo Superior Tribunal de Justiça.