



O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

VOTO-VISTA

Júlio Medeiros

EMENTA: PROCESSO PENAL. ADULTERAÇÃO INADMIS-SÍVEL DO SENTIDO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. IMPERIOSA NECESSIDADE DE PARÂMETROS CUIDADO-SAMENTE FIXADOS E TESTADOS EM CADA CASO CON-CRETO. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. *SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW*. EXCESSO DE PRAZO DESPRO- PORCIONAL, DESMOTIVADO, IRRAZOÁVEL. INTOLE- RÂNCIA. VIOLAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO PENAL. PRI- SÃO PROVISÓRIA POR TEMPO INDETERMINADO. IN- CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA. CABIMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA. CON- DENAÇÃO. ALÉM DA DÚVIDA RAZOÁVEL (*BEYOND A REASONABLE DOUBT*). INSUBSISTÊNCIA DO FLAGRANTE POR SI SÓ. HOMOGENEIDADE DA MEDIDA. INTRÍNSECA RELAÇÃO COM O RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO ANTECIPADA (EM PERSPECTIVA). DESPERDÍCIO DE TEMPO NA APURAÇÃO DE COISA NENHUMA. SÚMULA 438 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. IRRAZOABILI- DADE. PROVAS ILÍCITAS. INTERPRETAÇÃO *CUM GRANO SALIS* DO ART. 5º, INCISO LVI DA MAGNA CARTA NO SENTIDO DA ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS *PRO REO*. NÍTIDA RAZOABILIDADE. MEIOS DE PROVA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA POR PROSPECÇÃO. ILE- GALIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE. PRISÃO EM FLAGRANTE. EXCLUDENTES DE ILICITUDE. INTERRUP- ÇÃO EM SEU ÚLTIMO MOMENTO. RAZOABILIDADE NO

1



PENSAR E NO ATUAR. ANÁLISE DO CRIME EM SUA INTEGRALIDADE E NÃO EM MERO JUÍZO DE TIPICIDADE. AUSÊNCIA DE USURPAÇÃO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL. CARÁTER *REBUS SIC STANTIBUS* DA PRISÃO. EXECUÇÃO PENAL. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 52, *CAPUT* DA LEI 7.210/84. SUSPEITAS AINDA QUE FUNDADAS. SEVERO TRATAMENTO PENAL. FALTA DE RAZOABILIDADE. DIREITO PENAL DO INIMIGO. INCONSTITUCIONALIDADE DOS §§ 1º E 2º DO ART. 52 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. LEGITIMIDADE DO MAGISTRADO CONDICIONADA À OBSERVÂNCIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AFERIÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE (E CONVENCIONALIDADE) DAS LEIS NO CASO CONCRETO. INADMISSIBILIDADE DA POLÍTICA DO *HANDS OFF*.

1. O princípio da razoabilidade (ou proporcionalidade) enquanto consectário lógico do *substantive due process of law* não pode ter o seu sentido arrogantemente adulterado pelo Poder Judiciário que, muitas vezes por solécia, inverte a ordem natural das coisas e se utiliza das garantias processuais *contra* o acusado, em verdadeira “ditadura do poder pelo poder”, violando a própria Constituição Federal à sombra de uma inadmissível e despotista tolerância que o princípio não veio para contemplar;

2. Destarte, há imperiosa necessidade de compreensão e delimitação do significado de “razoável”, uma vez que a aludida expressão, em última análise, poderia servir a qualquer senhor e respaldar práticas draconianas, principalmente em se tratando de direitos fundamentais. Em face disso, parâmetros cuidadosamente fixados e testados em cada caso concreto devem ser observados, tais como: justificação teleológica da medida, motivação, jurisdicionalidade, adequação, idoneidade e ponderabilidade da medida;

3. Muito embora seja imprescindível a análise das peculiaridades de cada caso concreto, o excesso de prazo desproporcional, desmo-



tivado e irrazoável para a conclusão do feito, principalmente em se tratando de réu preso, não pode, em qualquer hipótese, ser tolerado. Não que em processo penal os prazos sejam peremptórios, mas o bom senso impede que o acusado tenha sua liberdade suprimida em virtude da deficiência do próprio Estado-Juiz em produzir provas e empreender celeridade segundo os anseios do neo-princípio;

4. É condenável todo tipo de alicantina que se sugere nos escaninhos do poder disfarçada de interpretação para subverter os vetores das garantias processuais no ensejo de permitir a prisão provisória por tempo indeterminado, estimulando, por via reflexa, todos os operadores da justiça ao descumprimento reiterado da lei, em nítida e inconstitucional execução antecipada da pena;

5. A prisão preventiva deve respeitar a homogeneidade da medida cautelar, uma vez que não se deve manter preso um acusado que, ao final, será *absolvido* ou mesmo que ficará adstrito a penas *restritivas de direito*. Da mesma forma, a insubsistência do flagrante, por si só, revela nítida razoabilidade observada pela Nova Lei de Prisões e Medidas Cautelares (Lei nº 12.403/11);

6. O princípio da proporcionalidade (ou razoabilidade) em sede de provas ilícitas autoriza a interpretação *cum grano salis* do inciso LVI do art. 5º da CF que diz: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, uma vez que é perfeitamente admissível, segundo autorizada doutrina, a utilização de provas ilícitas *pro reo* no processo penal;

7. Quando em sede de investigação preliminar há, *prima facie*, a presença de qualquer excludente de ilicitude, a autoridade policial poderá interromper a prisão em flagrante em seu último momento, por simples aplicação a *contrario sensu* do art. 304, § 1º, primeira parte, da Lei Instrumental Penal, não havendo usurpação da função jurisdicional e muito menos prevaricação. Liberdade é a regra, prisão é exceção. Nítida razoabilidade no pensar e no atuar;



8. A polêmica sobre a eventual inconstitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) merece ser vista sob a ótica do princípio da razoabilidade. O tratamento mais severo em virtude de comportamento concreto do agente (art. 52, *caput*, da Lei 7.210/84) é constitucional, uma vez que, inclusive, guarda certo paralelismo com o isolamento já previsto pela própria lei. Razoabilidade da medida. Porém, suspeitas, ainda que fundadas, não autorizam que o executando pague preço tão alto e desproporcional. Inadmissibilidade do direito penal do inimigo. Inconstitucionalidade do art. 52, §§ 1º e 2º, da Lei de Execução Penal;

9. O magistrado, enquanto sujeito *supra partes*, só tem legitimidade se ele observa a Lei Fundamental, tanto é que lhe é atribuída, inclusive, a importante e honrosa tarefa de controlar a constitucionalidade (e convencionalidade) das leis em cada caso concreto, não podendo, assim, quedar-se inerte, fechar os olhos para os excessos e entregar-se à nefasta política do *hands off*;

1. INTRODUÇÃO

Tratando-se, presentemente, sobre a aplicação do princípio da razoabilidade no direito processual penal, ressalto *primus icto oculi*, que de fato há uma adulteração arrogante do seu sentido, uma vez que o Poder Judiciário, por solécia, está muitas vezes invertendo a ordem natural das coisas e utilizando-se das garantias processuais *contra* o acusado, em verdadeira ditadura do poder pelo poder.

Na verdade, na prática esse princípio serve a qualquer senhor, pois o que não é razoável para o réu no caso concreto, pode ser razoável para a sociedade. Como diz o i. relator, Dr. Marcílio DONEGÁ, a história não mente, ela registra, inegavelmente, a desastrosa interpretação dada pelo Supremo entendendo constitucional o §1º do art. 2º da Lei 8.072/90 em decorrência do que era razoável para a sociedade e proporcional para o condenado, o que tumultuou por mais de uma década processos de execução penal, provocan-



do-se revolta, ira, rebeliões e carnificina nos presídios, tudo isso aos olhos de juízes impotentes que violavam a dignidade humana ao retirar do preso a esperança da recuperação.

Por isso, a meu ver, não há como pensar em razoabilidade sem refletir sobre a proporcionalidade da medida, seus aspectos, e sua vertente da proibição do excesso e da vedação da proteção deficiente (imperativo de tutela), pois muito embora a razoabilidade e a proporcionalidade (mais ampla) sejam princípios distintos para parte da doutrina, *não há como negar a falta de razoabilidade em algo flagrantemente desproporcional!*

Assim, além de tratar o princípio em sede de excesso de prazo na duração dos processos e da prisão provisória, entendo que seja necessária uma análise, ainda que breve, de *outras situações específicas em processo penal* que, da mesma forma, merecem a guarida do aludido princípio.

A rigor, entendo que razoabilidade difere de proporcionalidade por não requerer a existência de uma relação de *meio e fim*. Essencialmente, examina-se a *situação pessoal* do envolvido, o *critério* e a *medida*. Não se trata de um exame abstrato do bem jurídico e da medida adotada para resguardá-lo, mas de se analisar se aquela medida - adequada à generalidade dos indivíduos e para a maioria das situações - não importaria na impossibilidade de realização do bem jurídico *para determinado indivíduo*.

Daí sustentar Humberto ÁVILA (Teoria dos princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003) que na razoabilidade se trata de uma observação *concreto-individual* dos bens jurídicos envolvidos, e não de um exame abstrato de proporcionalidade. A ênfase na apreciação de um caso, regida pela razoabilidade, se dirigirá à *excepcionalidade do caso concreto*.

Todavia, como o Supremo Tribunal Federal não distingue do ponto de vista técnico jurídico, proporcionalidade de razoabilidade, para fins deste trabalho seria *altamente recomendável* trata-los como *sinônimos* (nesse sentido: Luís Roberto BARROSO, Gilmar MENDES, Bandeira de MELLO, González-Cuellar SERRANO, Luiz Flávio GOMES) ou, simplesmente, analisar as hipóteses de aplicação do princípio da proporcionalidade no direito processual penal, uma vez que ele oferece um enfoque mais *abrangente*.



2. SIGNIFICADO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE SEGUNDO A DOUTRINA MAJORITÁRIA

Fala-se em princípio da proporcionalidade (segundo a doutrina alemã) ou razoabilidade (consoante a doutrina americana) ou da *proibição do excesso* e da *vedação da proteção deficiente – imperativo de tutela* (conforme a doutrina constitucionalista): as três denominações, em que pese divergências, exprimem o mesmo conteúdo, explica Luiz Flávio GOMES.

Segundo a clássica definição do princípio, ele pode ser compreendido pela necessidade, adequação e proporcionalidade *stricto sensu* (ponderabilidade) de determinada medida. Nada mais são, pois, que critérios a serem testados conforme o caso concreto. Já no que tange às medidas restritivas de direitos fundamentais (prisão cautelar, quebra de sigilos etc.) o princípio exige dois pressupostos: *legalidade* e *justificação teleológica da medida*, bem com os requisitos extrínsecos da *judicialidade* (autorização judicial) e *motivação*.

A justificação teleológica reside no reconhecimento de *fins legítimos*. Nesse sentido, por exemplo, não cabe *prisão para averiguação* ou para *preservar a vida do sujeito*. E mais: as finalidades devem estar conectadas a fatos concretos, reveladores da sua existência. Não basta ao juiz afirmar que a prisão está sendo decretada para garantia da ordem pública, isso fraudar a finalidade da lei e ilude as garantias da liberdade.

De acordo com o STF o princípio da proporcionalidade (ou razoabilidade) encontra guarida no art. 5º, inc. LIV, da CF, cláusula do devido processo legal sob o aspecto substantivo ou material. *Assim, nenhum ato do poder público pode ser arbitrário*. Como efeito prático no direito brasileiro, o princípio permite o controle de constitucionalidade das leis, dos atos administrativos bem como dos jurisdicionais, cumprindo, assim, a importante função de critério aferidor da constitucionalidade de todas as restrições aos direitos fundamentais.



3. LINHAS GERAIS SOBRE A APLICAÇÃO DA RAZOABILIDADE NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

O princípio se aplica às intervenções judiciais e administrativas e respectivos fins. Desse modo, aplica-se aos *meios de intervenção* do direito processual penal (prisão provisória, liberdade provisória, interceptação telefônica, notificação para depor, quebra de sigilo telefônico etc.) e aos respectivos *fins* da persecução criminal (demonstrar a existência ou inexistência do fato delitivo e sua autoria, formar a convicção do juiz, obter sentença definitiva transitada em julgado sobre o fato delitivo e sua autoria, preservar a segurança pública etc.).

4. APLICABILIDADE ESPECÍFICA NO PROCESSO PENAL

Pois bem, tratando de sua aplicabilidade no direito processual penal brasileiro, podemos vislumbrá-la principalmente nos temas: *liberdade provisória* (destacando a sua vedação legal absoluta), *prisão* (homogeneidade, duração razoável, cabimento) e *provas ilícitas* em favor da acusação. Obviamente, sem nenhuma intenção de exaurir todas as hipóteses, o que seria humanamente inviável, mas apenas de destacar aquelas que, a meu ver, são dignas de maiores cuidados.

4.1. DURAÇÃO IRRAZOÁVEL DO PROCESSO E DA PRISÃO NO CASO CONCRETO

Destarte, passando à análise da prisão, não se pode duvidar de que sua duração deva ser razoável, mas de acordo com Luiz Flávio GOMES (*Excesso de prazo justificado - (ir) razoabilidade. Disponível em <http://www.lfg.com.br> - 13 de setembro de 2010*) o princípio da razoabilidade tem sido utilizado para relativizar os prazos previstos pela Lei Processual Penal visando a prática de atos em ações penais que envolvam réus presos, quando existente motivo que a tanto justifique.



A saber, quando se tratar de instrução criminal complexa e/ou envolvendo significativo número de acusados de crimes praticados e da produção das provas requeridas, sobretudo a prova testemunhal, por meio de cartas precatórias, sendo que, pronunciados os pacientes, fica superada a alegação de excesso de prazo na formação da culpa, à luz da Súmula 21 do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe: “*Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução*”.

Destarte, no que tange à análise do excesso de prazo como situação de violação ao princípio em testilha, cumpre destacar que no antigo procedimento, a sequência de atos procedimentais se dava em, aproximadamente, 81 dias (prazo estabelecido pela jurisprudência para o tempo necessário à finalização da instrução probatória).

Hoje, no entanto, o próprio Código de Processo Penal indica o prazo no artigo 400, de acordo com o qual, *a audiência de instrução e julgamento deverá ser realizada no prazo máximo de 60 dias*. A importância da estipulação deste prazo, em regra, é a de indicar um parâmetro a ser seguido na instrução criminal, para que não se incorra na ilegalidade do excesso de prazo, principalmente quando há segregação cautelar do acusado.

Vale lembrar, no entanto, que estes 60 dias devem ser considerados como um prazo impróprio e que *deve ser observado ou não, conforme as peculiaridades do caso concreto*. Neste sentido é a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA, CONEXOS AO FURTO QUALIFICADO À CAIXA-FORTE DO BANCO CENTRAL DO BRASIL EM FORTALEZA/CE. EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA. INSTRUÇÃO ENCERRADA. APLICAÇÃO DA SÚMULA N.º 52 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. FATOS QUE GERARAM GRAVE PREJUÍZO AO ERÁRIO. ORDEM DENEGADA. 1. O excesso de prazo desproporcional, desmotivado e irrazoável para a conclusão do feito, mormente em se tratando de réu preso, não pode, em qualquer hipótese, ser tolerado. 2. Na hipótese dos autos, contudo, a alegada demora no julgamento



não extrapola os limites da proporcionalidade: os prazos indicados para a conclusão dos feitos criminais servem como necessário parâmetro geral, a fim de se evitarem situações abusivas. Entretanto, devem ser consideradas, a fim de se verificar constrangimento ilegal, as peculiaridades de cada caso concreto, razão pela qual a jurisprudência admite a mitigação dos referidos prazos, à luz do Princípio da Razoabilidade. (...) 7. Feito juízo de valor estabelecido entre interesses postos em conflito, sobreleva muito acima a necessidade de pronta resposta estatal para o resguardo da ordem pública, frontalmente ameaçada com prática de crimes graves, o que demonstra forma de agir atentatória às instituições que dão suporte à existência de um Estado Democrático de Direito. 8. *Habeas corpus* denegado, com recomendação de urgência na conclusão ao feito (*Habeas Corpus* nº 134.312 - CE, Rel. Min. LAURITA VAZ).

O *Habeas Corpus* acima transcrito refere-se ao julgamento de um dos acusados de participação no roubo de R\$ 164,7 milhões do Banco Central em Fortaleza. Na oportunidade, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça *rejeitou o pedido de revogação da prisão preventiva* porque, nas lições da Ministra Laurita Vaz (relatora), os prazos indicados para a conclusão da instrução criminal servem apenas como *parâmetro geral*, pois oscilam conforme as peculiaridades de cada processo.

No caso em apreço, a dilação do prazo para o término da instrução probatória estava (aparentemente) justificada pela complexidade do feito, que envolve 22 acusados. De qualquer modo, ainda que se admita o excesso de prazo nos casos complexos, é certo que esse excesso *não pode extrapolar o razoável*, pois segundo o neo-princípio todo réu tem direito de ser julgado em prazo razoável.

Neste caso, um dos acusados ficou recolhido há mais de três anos, sem julgamento do mérito do processo. Conforme ressaltam Luiz Flávio GOMES e Aurea SOUSA, três anos é um claro exagero, um excesso fora do razoável, ainda que contra o réu recaiam acusações graves, com consequências extremamente prejudiciais.



Ora, na esteira de Eugênio Pacelli de OLIVEIRA (*Curso de processo penal. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.559*), “excedido que seja o prazo na prisão cautelar, impor-se-á o seu relaxamento, seja pela via do *habeas corpus*, seja *ex officio*, pelo tribunal, na apreciação de eventual recurso. E isso, independentemente da natureza do crime em apuração”. Nesse sentido, aliás, a Súmula 697 da Suprema Corte: “A proibição da liberdade provisória nos processos por crimes hediondos não veda o relaxamento da prisão processual por excesso de prazo”.

Posto isto, a postura do julgado, data vênia, não deveria ter sido a denegação da liberdade pura e prontamente (diante da gravidade do crime). Por mais grave que seja o crime, três anos é um excesso nada razoável e, por conseguinte, absolutamente injustificável! Destarte, percebe-se que o Tribunal da Cidadania, por solércia, está se utilizando de uma garantia constitucional *contra* o acusado, invertendo a ordem natural das coisas (preendendo-se para, depois, apurar o envolvimento do acusado) em uma interpretação *in malam partem* e, pior, valendo-se do princípio em foco para burlar a própria lei e a Constituição Federal!

Não que em processo penal os prazos sejam peremptórios, mas o bom senso impede que o acusado tenha sua liberdade suprimida em virtude da deficiência do próprio Estado-Juiz em produzir provas e empreender celeridade segundo os anseios do neo-princípio. Desequilíbrio gritante na relação jurídica verticalmente estabelecida entre o acusado e aquele que, por si só, já detém o monopólio do *jus puniendi* e que implica, em última análise, vulneração do *devido processo penal*.

Ora, o Supremo Tribunal Federal é o *rumo magnético* de todos os operadores do direito deste país, e suas decisões inegavelmente incutem em todos os juízes e tribunais, sem exceção, um fundado “temor reverencial”, de modo que a independência e o discernimento próprio dão lugar à obediência e submissão ao precedente, tal como a fé não raciocinada.

Nos períodos de exceção, todos criticam a política autoritária e ficam, aos quatro ventos, *clamando por liberdade, por democracia*. Mas, quando cessa o período ditatorial, e o País se reencontra com a democracia e a liberdade, e os nossos constituintes ela-



boram leis que vêm ao encontro dos anseios libertários, proclamando a obrigatoriedade de fundamentação judicial, o *due process of law* e a vedação ao juízo precário de culpabilidade, é de todo injustificável e inadmissível venha a justiça, e logo a justiça, a caminhar para o lado oposto, no sentido de retorno à *época de propósitos autoritários*.

Assim, pontos extremados devem ser evitados. Nem sensação de impunidade, nem execução provisória da pena de prisão pelo excesso de prazo. Muitas vezes, *virtus in medio est*. Por isso, é condenável todo tipo de alicantina que se sugere nos escaninhos do poder disfarçada de interpretação para subverter os vetores das garantias processuais no ensejo de permitir a *prisão provisória por tempo indeterminado*, estimulando, por via reflexa, todos os operadores da justiça ao descumprimento reiterado da lei, em *nítida e inconstitucional execução antecipada da pena*; somente a pompa litúrgica, exibindo poder ao sabor do arbítrio, poderia se coadunar com tamanho abuso!

Diante disso, e tendo-se como premissa que o processo penal é o verdadeiro “sismógrafo” da Constituição, sobreleva-se em importância a atuação do Tribunal Constitucional para *reavaliar a sorte* do princípio da razoabilidade e fazer o *contrapeso* do Estado Democrático de Direito.

4.2. CABIMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA E DÚVIDA RAZOÁVEL PARA A CONDENAÇÃO

Como explica Claus ROXIN, a diferença entre um *Estado totalitário* e um *Estado Democrático de Direito* reside na forma de regulação da ordem jurídica interna e na ênfase dada à eficácia do instrumento processual penal da prisão preventiva.

Por sua vez, uma das aplicações mais operativas do princípio da proporcionalidade consiste justamente na possibilidade de *medidas cautelares alternativas* e mitigadas no direito processual penal, sobretudo com a novel Lei de Prisões e Medidas Cautelares (Lei 12.403/11), fortalecendo a concepção de que “a prisão é a *extrema ratio* da *ultima ratio* (que é o direito penal)”, conforme explica Luiz Flávio GOMES. Destarte, não se pode conceber, no Estado de Direito, que a prisão preventiva cumpra papel distinto do cautelar. Não se pode primeiro castigar, para depois se condenar, diz FERRAJOLI.



Por isso o cabimento da prisão preventiva deve ser focado á luz do princípio da proporcionalidade. A conclusão que se chega, a partir disso, é de sua inadmissibilidade pelas hipóteses do art. 313, inciso III e IV da Lei Instrumental Penal. Insta assinalar, ademais, que essa posição é referendada por Eugênio Pacelli de OLIVEIRA.

Como se sabe, o requisito basilar (essencial, nuclear) para a decretação de qualquer medida cautelar no processo penal é o *fumus commissi delicti*, ou seja, fumaça do cometimento de um fato punível, que se exterioriza na prova da existência do crime (do fato punível) e indícios suficientes de autoria.

Nessa senda, não é necessário que essa prova seja indubitável, exaustiva. Para a condenação final faz-se necessário um elevado grau de credibilidade em relação às provas colhidas. Elas devem atingir o nível que se denomina *além da dúvida razoável* (*Beyond a reasonable doubt*). Mais uma vez, então, viria à tona a razoabilidade para permitir ou não uma condenação.

A grande questão, em se tratando de prisão, segundo entendemos, é a aplicação do princípio da proporcionalidade na adoção da medida (art.282 do CPP), nada mais significando a sua *homogeneidade* para o caso concreto. Ora, a prisão preventiva, além de provisória, jurisdicional e *instrumental*, deve ser homogênea! Assim, em respeito ao princípio da razoabilidade, não se deve manter preso um acusado que, ao final, será *absolvido* ou mesmo ficará adstrito a penas *restritivas de direito*.

4.3. VEDAÇÃO DA PRESCRIÇÃO PENAL ANTECIPADA E SÚMULA 438 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sempre foi firme e iterativa ao não admitir a chamada prescrição penal virtual, antecipada, ou “em perspectiva”, que nada mais é, em singelas palavras, do que o reconhecimento antecipado (geralmente na fase do inquérito policial) da prescrição retroativa; tendo-se em vista a provável pena a ser posteriormente aplicada ao acusado no caso concreto.



Isto porque de acordo com o STF, essa tal modalidade de prescrição, ao contrário da prescrição retroativa, não encontra previsão legal no Código Penal, violando, por conseguinte, além do princípio da legalidade, diversos princípios constitucionais, tais como: *presunção de inocência, individualização da pena e devido processo legal*.

Saliente-se que, com o advento da Lei 12.234/2010, a prescrição retroativa “foi cortada pela metade”, o mesmo acontecendo, por conseguinte, com a prescrição virtual. Todavia, não ocorreu a sua extinção! Esta subespécie de prescrição apenas não pode “ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa” (art.110, § 1º, parte final, do Código Penal). Ela pode ser contada a partir do recebimento da denúncia ou da queixa.

Todavia, nada impede que o Juiz, levando em conta as circunstâncias do caso concreto e entendendo que se for proferir sentença condenatória haverá a prescrição retroativa, consulte a Defesa sobre se haverá, ou não, *interesse* no prosseguimento do feito.

Assim, a prescrição antecipada nada mais é do que o *reconhecimento da própria prescrição retroativa* (que tem previsão legal), antes da sentença, com base na pena a que o réu seria condenado, *evitando assim, o desperdício de tempo na apuração de coisa nenhuma*, pois já se sabe, antecipadamente, que o resultado será a extinção da punibilidade.

A suposta ofensa ao princípio da legalidade é rebatida com a invocação do art. 395, inciso III, da Lei Instrumental Penal, recentemente alterado pela Lei nº 11.719/08, e que permite a rejeição da denúncia quando faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal. O Direito Penal enquanto *sistema aberto* deve buscar, a meu ver, o ideal de aplicar a solução mais justa ao caso concreto, ainda que para isso tenha de posicionar a dogmática em segundo plano.

Por sua vez, é inadmissível a tese de que a prescrição antecipada infringe o princípio do devido processo legal. A razão é simples. Vejamos. Tal postulado diz que ninguém será privado da sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Pois



bem, a decisão que reconhece a prescrição antecipada *não priva o indiciado ou acusado de coisa alguma*. Pelo contrário, *o livra de um processo sem justa causa!*

Não se vê utilidade, nem ao menos necessidade, de mover todo um aparato estatal (Promotor de Justiça, Magistrado, Defensoria Pública, etc.) sabendo que, ao final, a pena não será aplicada em razão da ocorrência da prescrição. Em tais hipóteses, a manutenção da *persecutio criminis in iudicio* se mostra um *non sense*, em perfeito descompasso com os modernos princípios de direito processual (eficiência, economia, instrumentalidade, etc.). Em outras palavras, não há qualquer razoabilidade nessa prática!

Nesse lume, é oportuno deixar vincado que, seguindo uma tendência internacional de redução do Direito subjetivo do Estado, novas teorias que se converteram em causas de afastamento da *potestade* surgiram no interior da teoria do delito; a se ver pelo *princípio da insignificância*, da *teoria da imputação objetiva*, ou das *causas supraleais de exclusão da ilicitude* e da *culpabilidade*.

Assim, na sistemática processual penal dos dias atuais, não tem lógica, ilude as garantias da liberdade e fraudada a finalidade do processo penal constitucional o atual posicionamento do STF. Trata-se, a bem da verdade, de uma jurisprudência atrelada a um conservadorismo estéril. *Não se pode tolerar um processo penal autoritário e típico de um Estado Policial*, pois é o processo que deve adequar-se à Constituição e não o contrário.

Com as devidas vênias, os argumentos alegados pelo Supremo contra o reconhecimento da prescrição virtual são inconsistentes e falaciosos. Para se evitar impunidades, basta trabalhar com a teoria da “pior das hipóteses” quando existirem causas de aumento ou de diminuição da pena. O problema, se é que existe, é muito simples de ser contornado conforme a *razoabilidade*: basta que, antes da decretação da prescrição, o investigado ou réu seja intimado para que informe se concorda com a providência. *Caso sua anuência não seja colhida, o processo segue em frente*.

Ora, ignorar o suplício que é um *processo penal sem justa causa* e se fiar no simplório argumento de que o réu tem direito a provar sua inocência, beira à hipocrisia. De



fato, quantos não são os casos em que se reconhece a prescrição em abstrato, extinguindo, consequentemente, a punibilidade do agente, sem que haja juízo de mérito? Não é à toa que nossos tribunais admitem a impetração de *habeas corpus* no fito de “trancar” ação penal quando for caso de evidente *atipicidade de conduta*.

Sob a ótica do *devido processo legal substantivo*, quem tem de ser absolvido não deve sequer ser processado. Todavia, é interessante notar como *o direito nos prega determinadas peças*, em primeira instância a própria promotoria pede a extinção da punibilidade, agora em sede de Tribunais Superiores é até um insulto falar-se em prescrição antecipada!

Nesse lume, o STJ foi categórico ao editar a Súmula 438: “*É inadmissível o reconhecimento da prescrição penal da pretensão punitiva com base em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal*”. Hoje, o aludido verbete é alvo de severas críticas por parte de diversos criminalistas.

Por que, então, não se aplica a máxima: “onde há a mesma razão, aplica-se o mesmo direito”? Trata-se, a bem da verdade, de uma jurisprudência atrelada a um conservadorismo estéril que não sobrevive a uma simples análise principiológica, pois a própria *homogeneidade* da prisão cautelar tem intrínseca relação com o reconhecimento da “prescrição penal antecipada” e, por conseguinte, o seu não reconhecimento no caso concreto configura, a meu ver, nítida violação ao princípio da *razoabilidade*.

4.4. UTILIZAÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS *PRO REO* NO PROCESSO PENAL

Na esteira de GRINOVER, SCARANCE e GOMES FILHO (*As nulidades no processo penal*. 11 ed. São Paulo: RT, 2009, p.116), é praticamente unânime o entendimento que admite a utilização no processo penal, da prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros, seja com fundamento no princípio da proporcionalidade, seja por meio da aplicação da causa excludente da ilicitude do direito penal (estado de necessidade).



Em outras palavras, entendem os referidos doutrinadores que a *Lex Major* garante o direito de defesa no processo penal de forma primordial, abrangendo o princípio do *favor rei*. Por conseguinte, se for possível ao acusado demonstrar sua inocência por meio de uma prova obtida ilicitamente, certamente ela poderá ser utilizada no processo, haja vista a preponderância do direito à liberdade sobre a inadmissibilidade da prova ilícita no âmbito processual.

A seu turno, Fernando da Costa TOURINHO FILHO (Manual de Processo Penal, São Paulo: Saraiva, 2009, p.27), invocando a Súmula 50 das Mesas de Processo Penal da USP, segundo a qual “*podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa*”, assevera que, se a prova obtida por meio ilícito é favorável à Defesa, “*seria um não-senso sua inadmissibilidade*”, uma vez que deve pesar o bem maior, no caso a liberdade, pelo menos como decorrência do princípio do *favor libertatis*.

De acordo com Fernando CAPEZ e Torquato AVOLIO, entre outros juristas de escol, a proporcionalidade autoriza a interpretação *cum grano salis* do inciso LIV do art.5º, da CF para que o acusado faça uso de provas ilícitas para se defender, pois ele tem a seu favor os postulados constitucionais da liberdade, da ampla defesa, do contraditório, da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana, além dos princípios processuais penais do *favor libertatis* e da busca da *verdade processualmente válida*.

Além do que, conforme Magalhães GOMES FILHO (Direito à Prova no Processo Penal. São Paulo, RT, 1997, p.47), no confronto entre uma proibição de prova - ainda que ditada pelo interesse de proteção a um direito fundamental - e o direito à prova da inocência, parece claro que deva este último prevalecer; não só porque a liberdade e a dignidade da pessoa humana constituem valores insuperáveis na ótica da sociedade democrática, mas também porque *ao próprio Estado não pode interessar a punição de um Inocente; o que poderia significar a impunidade do verdadeiro culpado*.

Sob este prisma, aliás, o Procurador Eugênio Pacelli de OLIVEIRA (Curso de processo penal, 2012, p.330) é categórico ao assinalar que *a prova da inocência do réu deve sempre ser aproveitada, em quaisquer circunstâncias*. Segundo o autor, em um Esta-



do de Direito não há como se conceber a ideia da condenação de alguém que o próprio Estado acredita ser inocente. Em tal situação, a jurisdição, enquanto Poder Público seria, por assim dizer, “uma contradição em seus termos. Um paradoxo jamais explicado ou explicável”. Em outras palavras, seria uma clara e incontroversa falta de razoabilidade!

4.5. AUTORIZAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DE PROSPECÇÃO

A lei atual, como se sabe prevê o prazo de trinta dias (quinze prorrogáveis por mais quinze). Quando uma interceptação se alonga exageradamente no tempo (sem fundamentação exaustiva justificadora das renovações) ela vai se transformando, segundo preleciona Luiz Flávio GOMES, em *interceptação de prospecção*, ou seja, “deixa tudo correr” para saber se o sujeito está praticando algum delito!

De acordo com o posicionamento do Dr. Marcílio DONEGÁ, seria puro abuso de poder. Em outras palavras, prática draconiana. Só isso, nada técnico! Somente a pompa litúrgica exibindo poder ao sabor do arbítrio poderia se coadunar com tais excessos, como quem diz: *“Estamos aqui para isso. Nós temos o poder. Os investigados já estão presos mesmo, e indefesos. Agora são nossas vítimas. Pouco importa se serão ou não absolvidos. (...) Para que Leis? Nós mandamos”*.

Pura alicantina, como sábia e valiosamente se expressou o eminente Relator. Em suma, a interceptação não foi idealizada para isso, e sim para se comprovar a autoria (ou materialidade) de um delito *que já conta com indícios probatórios*. Por conseguinte, constatada que a interceptação telefônica transformou-se numa interceptação “de prospecção”, com as devidas vênias, sua *ilicitude* é mais que evidente.

Vejamos, assim, o destaque ao princípio da razoabilidade: existem doutrinadores (Geraldo PRADO, v.g.) que argumentam ser o limite máximo de 60 dias haja vista que quando decretado o estado de defesa (CF, art. 136) o Presidente da República pode limitar o direito ao sigilo de comunicação telegráfica e telefônica, sendo que esse estado não pode superar o prazo de 60 dias (CF, art. 136, § 2.º).



Ora, se durante o estado de defesa (que é o mais) a limitação não pode durar mais de 60 dias, em *estado de normalidade* (que é o menos) esse prazo não poderia ser maior! Em sentido contrário, poder-se-ia dizer o seguinte: o limite de 60 dias vale para situação excepcional. Durante a normalidade, tendo em vista o controle judicial da medida, não haveria que se falar em prazo máximo!

Retornamos, assim, à conhecida proporcionalidade. A meu ver, “nem tanto a terra nem tanto ao mar”. A renovação, pela lei, só pode ocorrer uma vez. Fora disso, *somente quando houver justificação exaustiva do excesso* e quando a medida for *absolutamente indispensável*, demonstrando-se, em cada renovação, essa indispensabilidade. Em suma, esse princípio não veio a lume simplesmente para contemplar uma *despotista tolerância* contra o acusado e acobertar práticas draconianas.

Inexistindo na Lei 9.296/1996 previsão de *renovações sucessivas*, segundo Luiz Flávio GOMES, não há como admiti-las indefinidamente. Já que não absoluto o sigilo, a relatividade implica o conflito entre normas de diversas inspirações ideológicas. O conflito entre tais normas deve ser resolvido em favor da liberdade, pois *as disposições que a restringem devem ser interpretadas restritivamente*, diz Carlos MAXIMILIANO (Hermenêutica e Aplicação do Direito. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998).

Desse modo, justificando-se exaustivamente o excesso do prazo a prova ganha *validade*, mas esse excesso não pode ofender a razoabilidade. Assim, uma vez cessada a necessidade, a medida se transforma em interceptação “por prospecção” que a meu ver deve ser sancionada com a *declaração de ilicitude*.

4.6. INTERRUÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE À LUZ DAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE

A atuação do Delegado de Polícia sob a ótica de *primeiro defensor material e formal* dos direitos e garantias fundamentais e gestor da investigação criminal que não só visa descobrir o crime e seu autor, *em contraposição à visão limitada de simples investigador* e “caçador de bandidos” é um *papel de incomensurável valor* que não pode ser desprezado pelo Estado e, especialmente, pela sociedade.



O Direito Penal deve aproximar-se tanto quanto possível da *realidade dos fatos*, isso porque, lamentavelmente não é possível reproduzi-los exatamente como aconteceram! Em face disso, a razoabilidade deve ser a *ratio essendi* da atuação do Delegado de Polícia em sede de investigação preliminar e, especialmente, quando se tratar da apuração de um fato típico à luz de qualquer excludente de ilicitude. Na prática, incontáveis excessos estão sendo praticados por pura falta de bom senso e não raras vezes configura-se o crime de *abuso de autoridade*.

Tomando-se casos de homicídio praticado em nítida legítima defesa, por exemplo, percebe-se nitidamente que não seria lícito ao delegado conceder liberdade provisória ao indiciado, uma vez que os crimes são punidos com reclusão. Todavia, ele poderia simplesmente *interromper* a prisão em flagrante em seu quarto *momento*: o recolhimento ao cárcere (após a captura, condução coercitiva do acusado e lavratura do auto).

Com o devido respeito, o bom senso autoriza o Delegado, inclusive, a lavrar o auto de prisão, mas ele simplesmente aplicaria o art.304, § 1º, primeira parte, da Lei Instrumental Penal e deixaria de recolher o suspeito em virtude de sua interpretação a *contrario sensu*. Em síntese, a autoridade policial não faz um mero juízo de tipicidade, e sim uma *análise do crime em sua integralidade*.

Insta assinalar, ademais, que não haveria “usurpação da função jurisdicional”, uma vez que a manifestação da autoridade policial se faz de forma *precária*, devendo apenas especificar porque há ou não o crime, porque existe ou não a excludente.

Assim, se por ventura o Magistrado entender que não havia qualquer respaldo para soltar o indiciado, a prisão poderá ser decretada em face de seu caráter *rebus sic stantibus*, pois ela diz com o estado do processo. Isso é *devido processo penal*. Todavia, a falta de razoabilidade é tamanha que há entendimento no sentido de que o Delegado estaria *prevaricando* se não recolhesse o acusado!

Com a Nova Lei de Prisões (Lei 12.403/11), a prisão em flagrante não mais subsiste por si só. Aliás, nunca subsistiu. A necessidade de se *convolar* o flagrante em prisão preventiva *stricto sensu* já era defendida por eminentes penalistas antes mesmo de sua



entrada em vigor, por nítido bom senso. Liberdade é a regra, prisão é exceção. Clara e incontroversa *razoabilidade no pensar e no atuar*, que se materializa perfeitamente no caso concreto com a observância das Súmulas Vinculantes 11 (uso de algemas) e 14 (acesso a elementos de prova já documentados) do Supremo Tribunal Federal.

4.7. INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

A polêmica sobre a eventual inconstitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) merece ser vista sob a ótica do princípio da razoabilidade. Assim, o art.52, *caput*, da Lei de Execução Penal deve ser considerado constitucional, até porque conta com certa correspondência com o isolamento já previsto na LEP, que decorre de um *comportamento concreto do agente*. Simplesmente, o juiz deve fixar a pena de forma razoável, para que ela não seja desumana, diz Luiz Flávio GOMES (Direito Penal – parte geral, RT, 2009, p.591).

Por outro lado, a meu ver, há inconstitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) pelas disposições do art.52, §§ 1º *suposições ou suspeita (ainda que fundadas)* e 2º da Lei 7.210/84, pois eles se fundam em, de que se trata de agente perigoso ou de que o agente participe de organização criminosa.

Nenhum ser humano pode sofrer tanta aflição por suspeitas, isso não é razoável. É *inadmissível a adoção do direito penal do inimigo*, de Günther JACKOBS. Nesse ponto, há violação do princípio da razoabilidade, pois o Estado tem o direito de aplicar a pena, mas não o de promover o excesso.

Por sua vez, o magistrado enquanto sujeito supra partes só tem *legitimidade* se ele observa a Lei Fundamental, tanto é que lhe é atribuída, inclusive, a importante e honrosa tarefa de controlar a constitucionalidade (e convencionalidade) das leis em cada caso concreto, não podendo, assim, quedar-se inerte, fechar os olhos para os excessos e entregar-se à nefasta política do *hands off* (“lavar as mãos”, “não interferir”).



5. CONCLUSÃO

*A falta de razoabilidade nas decisões judiciais é gritante em nosso país. Por solércia, diversos Julgadores ainda autorizam a interceptação telefônica por prospecção e fecham os olhos para o excesso de prazo que em muitos processos é absolutamente desproporcional. Nessa senda, entendo que o Supremo Tribunal Federal é o rumo magnético de todos os operadores do direito deste país e a ele cumpre *reavaliar a sorte do princípio da razoabilidade* no intuito de melhor moldá-lo a hipóteses específicas como as aqui aventadas, não permitindo que haja uma adulteração do seu sentido para respaldar práticas draconianas *contra* o acusado.*

Assim, o mais importante é sempre buscar-se a justiça material acima de todas as coisas em cada caso concreto, ainda que para isso Súmulas devam ser canceladas. E cumpre à Ordem dos Advogados do Brasil, a meu ver, trazer a lume o seu entendimento para que os Magistrados, longe de serem semideuses, sintam o peso de uma instituição comprometida com os ideais do Estado Democrático de Direito, de modo que, se essa tentativa não surtir efeitos, ao menos terá valido a pena, pois certamente colaborará para a busca da excelência profissional implicando, por conseguinte, o alcance de *incontáveis benefícios para a sociedade*.

Cuiabá/MT, 16 de abril de 2012.

Júlio Medeiros

OAB/MT 14.527

Advogado. Secretário Geral da Comissão de Direito Penal e Processo Penal da OAB/MT.

Professor de Direito Penal da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT).