

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

José Carlos Daumas Santos

**PRISÕES CAUTELARES E LIBERDADE PROVISÓRIA NO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO.**

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo

2009

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

José Carlos Daumas Santos

PRISÕES CAUTELARES NO PROCESSO PENAL.

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresenta à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais, sob a orientação do professor doutor Guilherme de Souza Nucci.

São Paulo

2009

BANCA EXAMINADORA

.....

.....

.....

***Dedico esse trabalho à
minha esposa Maria do Car-
mo, aos meus filhos Carlos
Adriano, André Luiz, Paulo
Roberto e aos meus netos
Adriano e Luana, razões de
meu viver.***

Agradecimentos

Agradeço a Deus pela benção da Vida, da saúde e da oportunidade conclusão deste trabalho.

Ao professor Guilherme de Souza Nucci, meu orientador, pela paciência diante de meus questionamentos, bem como pelas valiosas sugestões, ao longo da elaboração desta dissertação.

A todos os professores do programa de Mestrado, que durante o curso ministraram importantíssimas lições, em especial aos professores Dirceu de Mello e Hermínio Alberto Marques Porto, eternos mestres, que sempre dirimiram minhas constantes dúvidas com inestimáveis orientações.

Aos professores Eloisa de Souza Aruda e Pedro Henrique Demercian, ínclitos componentes da Banca de Qualificação, pelas judiciosas sugestões formuladas e por mim acatadas.

RESUMO

Na presente dissertação tratamos dos requisitos legais para a decretação ou manutenção de qualquer prisão cautelar, bem como dos princípios constitucionais pertinentes.

No capítulo 1 discorreremos sobre os princípios constitucionais aplicáveis às prisões cautelares, as quais são estudadas no capítulo 2. O capítulo 3 trata da prisão em flagrante. A prisão temporária vem tratada no capítulo 4 e as prisões por pronúncia e por sentença condenatória recorrível, no capítulo 5. A prisão preventiva vem estudada no capítulo 6 e a liberdade provisória no capítulo 7. O capítulo 8 trata da prisão cautelar nas leis penais e processuais penais especiais e o capítulo 9 contém considerações sobre o projeto de reforma do código de processo penal, pertinente às medidas cautelares. No capítulo 10 foram articuladas as nossas conclusões sobre o tema estudado.

Palavras chaves: Processo Penal; Medidas cautelares; Prisão.

ABSTRACT

The present work approaches the legal requirements for the decree or maintenance of any action for a provisional arrest, as well as the pertinent constitutional principles. Chapter 1 discourses on the constitutional principles applicable to the provisional arrests, which are studied in chapter 2. Chapter 3 considers the arrest of the caught in *flagrante delicto*. Temporary arrests are discussed in chapter 4 and arrests through pronouncement and appealable punishment sentence, in chapter 5. The preventive custody is examined in chapter 6 and chapter 7 focuses on the relative subject to the free on parole. Chapter 8 discourses upon the provisional arrest within the criminal and special prosecution criminal laws, and chapter 9 acknowledges the project for the reform of the criminal prosecution code, in what it regards to the writs of prevention. In chapter 10 the conclusions on the studied subject are composed.

Key words: Criminal prosecution; Writs of prevention; Arrest.

SUMÁRIO

Introdução.....	11
Capítulo I - Princípios Constitucionais.....	13
1.1 Considerações gerais.....	13
1.2. Colisão entre princípios e regras	17
1.3. Resumo histórico.....	18
1.4.Direitos e Garantias Fundamentais nas Constituições brasileiras: evolução histórica.....	20
1.5. Características dos direitos humanos fundamentais	22
1.6. Funções dos Direitos Fundamentais	22
1.7. Liberdades e garantias constitucionais.....	23
1.8. Direitos fundamentais e Segurança.....	24
1.9. Princípios e Garantias Constitucionais e Prisões cautelares.....	25
1.10. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	27
1.11. Princípio da Legalidade.....	25
1.12. Princípio da Inocência Presumida.....	28
1.13. Tutela Constitucional das Liberdades: <i>Habeas Corpus</i>	36
Capítulo II - Prisões Cautelares	39
2.1.Considerações Gerais.....	39
2.2. Significados.....	39
2.3. Requisitos.....	41
2.4. Cautelaridade.....	43
2.5. Modalidades.....	45
2.6. Evolução Histórica.....	48
2.7.A Prisão no Direito Brasileiro.....	50
2.8. Legislação Infraconstitucional.....	54
2.9 Lei Processual Penal no Espaço e Prisões Cautelares.....	56
2.9.1 Tratados, Convenções e Regras de Direito Internacional.....	56
2.9.2 Tratados de Direitos Humanos.....	57
2.9.2.1 Conflito entre tratados e direito interno.....	58
2.9.2.2 Normas internacionais sobre direitos humanos fundamentais.....	59
2.9.3 Imunidades Diplomáticas.....	60
2.9.4 Demais exceções previstas no art. 1º do Código de Processo	62

Penal.....	63
2.10. Emprego de força.....	63
2.11 Uso de Algemas.....	64
Capítulo III - Prisão em Flagrante.....	67
3.1. Considerações gerais.....	67
3.2. Natureza Jurídica.....	68
3.3. O Controle Jurisdicional.....	69
3.4. Sujeito Passivo.....	74
3.5. Espécies.....	72
3.6. As expressões <i>logo após</i> e <i>logo depois</i>	78
3.7. A nota de culpa.....	78
Capítulo IV - Prisão Preventiva.....	80
4.1. Considerações Gerais.....	80
4.2. Momento processual.....	80
4.3. Motivação da decisão.....	82
4.4. Duração.....	83
4.5 Revogação.....	84
4.6 Recursos.....	85
4.7 Pressupostos.....	85
4.8 Prova da Existência do Crime.....	86
4.9 Indícios Suficientes de Autoria.....	88
4.10 Garantia da ordem pública e/ou econômica.....	90
4.11 Conveniência da instrução criminal.....	97
4.12 Assegurar a aplicação da lei penal.....	103
4.13. Hipóteses legais de cabimento da prisão preventiva.....	104
4.14 Lei Maria da Penha (Lei 11.340, de 07/08/06).....	106
Capítulo V - Prisão Temporária.....	109
5.1. Considerações gerais.....	109
5.2. Características.....	109
5.3 Hipóteses de cabimento.....	110
Capítulo VI - Prisão por pronúncia e Prisão decorrente de sentença condenatória recorrível.....	116
6.1. Considerações Gerais.....	116
6.2. A nova sistemática processual penal.....	116

Capítulo VII - Liberdade Provisória.....	118
7.1. Conceito e Natureza Jurídica.....	118
7.2. Espécies.....	119
7.3. Liberdade Provisória sem Fiança.....	119
7.4. Liberdade Provisória com Fiança.....	122
7.5. Inafiançabilidade na legislação atual.....	125
7.6. Epílogo.....	126
Capítulo VIII - Prisão Cautelar nas Leis Penais e Processuais Penais Especiais.....	128
8.1 - Estatuto do Estrangeiro (Lei 6815, de 19/08/80).....	128
8.1.1 – Conceito de Estrangeiro.....	128
8.1.2 – Conceitos de Deportação; Expulsão; Extradicação.....	128
8.1.3 – A prisão cautelar.....	129
8.2 – Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei 7492, de 16/06/86).....	131
8.3 - Discriminação Racial (Lei 7716, de 05/01/89).....	132
8.3.1 – Considerações Gerais.....	132
8.3.2 – Fundamento Constitucional.....	133
8.3.3 – Prisão Cautelar e Liberdade provisória.....	133
8.4 – Crimes Hediondos (Lei 8072, de 19/08/80).....	133
8.5 – Crime Organizado (Lei 9034, de 03/05/95).....	134
8.5.1 – Considerações Gerais.....	134
8.5.2 – Ação Controlada.....	135
8.6 – Juizados Especiais Criminais (Lei 9099, de 26/09/95).....	136
8.7 – Crimes de Tortura (Lei 9455, de 07/04/97).....	136
8.8 – Crimes culposos de Trânsito (Lei 9503, de 23/09/07).....	136
8.9 – Meio Ambiente (Lei 9605, de 12/02/98).....	137
8.10 – Lavagem de Capitais (Lei 9613, de 03/03/98).....	137
8.11 – Violência Doméstica (Lei 11340, de 07/08/06).....	138
8.12 – Drogas (Lei 11343, de 23/08/06).....	138
Capítulo IX - O Projeto de reforma sobre medidas cautelares PL 4208/2001.....	141
9.1 Considerações iniciais.....	141
9.2 Disposições gerais do projeto.....	141

9.3 Da Prisão em Flagrante.....	146
9.4 Da Prisão Preventiva.....	144
9.5 Da Prisão Domiciliar.	149
9.6 Outras Medidas Cautelares.....	151
9.6.1 Da Fiança.....	153
9.7 Artigo 289-A.....	157
9.8 Disposições Finais.....	158
Capitulo X - Conclusões Articuladas.....	159
Bibliografia.....	162

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVII, estabelece que *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória* e em seu inciso LXI, dispõe que *ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei*.

Não é possível ou aceitável que a Constituição Federal, dispondo sobre Direitos e Garantias Fundamentais, ao tratar no capítulo primeiro sobre os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, contemple dois dispositivos contraditórios: ou o cidadão pode ser preso antes da culpa formada ou, se presumido inocente, não poderá sofrer nenhuma consequência decorrente do ato que lhe é imputado.

A antinomia é, entretanto, apenas aparente. As duas regras fundamentais deverão ser interpretadas harmoniosamente, sem que uma prevaleça sobre a outra: a regra geral é que o cidadão deverá ser considerado inocente até que venha (se vier) a ser definitivamente condenado pelo crime que lhe é imputado; a exceção é que, em hipóteses excepcionais, poderá ser ele preso antes da sentença condenatória transitada em julgado. Quando e por que isto poderá acontecer?

A mídia, ávida por notícias sensacionalistas, dá grande destaque às prisões cautelares relativas aos casos criminais de repercussão. Costuma criticar as decisões judiciais que restabelecem a liberdade individual. É comum ouvir a afirmação de que *a polícia prende e o judiciário solta*, como lamento pela decisão que restabelece a liberdade do cidadão, como se fosse legítima a manutenção da prisão cautelar de qualquer envolvido em fato criminoso, tão somente por conta do envolvimento.

Buscamos, nesse trabalho, discutir não só os princípios constitucionais mas, também e principalmente, a legislação vigente pertinente à matéria. Examinamos quais as hipóteses legais que possibilitam a prisão cautelar de qualquer cidadão, ainda que seja presumidamente considerado inocente até que venha (se vier) a ser condenado definitivamente pelo crime praticado.

Destarte, objetivamos nesse estudo examinar não só as regras relativas ao controle jurisdicional das prisões cautelares mas, também, os requisitos autorizados da decretação da prisão preventiva do autor do fato criminoso, consubstanciados no art. 312, do Código de Processo Penal, tendo em vista que desde a introdução do

parágrafo único do art. 310, do mesmo código, determinado pela Lei 6416/77, essa modalidade de prisão cautelar passou a ser o parâmetro para a manutenção ou decretação de toda e qualquer prisão cautelar no processo penal brasileiro.

Mereceu destaque, ainda, o estudo do instituto da liberdade provisória, com ou sem fiança, importante medida de contra cautela, cujo fundamento constitucional é encontrado no inciso LXVI, do art 5º, da Constituição vigente.

Por sua pertinência com o tema central deste trabalho examinamos a questão relativa à prisão cautelar nas leis penais e processuais penais especiais (capítulo VIII).

Finalmente, tendo em vista a tramitação no Congresso Nacional de projeto de reforma do Código de Processo Penal, relativamente às Medidas Cautelares (Projeto 4208/2001), comentamos as normas propostas visando adequar esta dissertação àquilo que poderá, em breve tempo, tornar-se direito vigente sobre a matéria.

CAPÍTULO I

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.

1.1 Considerações Gerais

O sentido da palavra *princípio* pode comportar diversas vertentes: etimologicamente, pode ser entendido como aquilo que serve de base a alguma coisa; causa primeira, raiz, razão; ditame moral; regra, lei, preceito. Filosoficamente, *princípio* nos remete àquilo que encerra uma *idéia-síntese*, uma verdade primeira. Juridicamente *princípio* pode ser entendido como uma diretriz contendo normas, valores, condutas que dão aos sistemas jurídicos, unidade e coerência e serve de base para interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo.

Segundo o magistério de Ruy Samuel Espíndola¹, a *idéia de princípio* designa “... a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por uma *idéia-mestra*, por um pensamento-chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam.

Ensina que a *idéia de princípio* é usada pela Teoria do Direito “... ora para designar a formulação dogmática de conceitos estruturados por sobre direito positivo, ora para designar determinado tipo de normas jurídicas e ora para estabelecer os postulados teóricos, as proposições jurídicas concretas ou de institutos de Direito ou normas legais vigentes”².

Os princípios não se consagram apenas como normas jurídicas mas, insertos na Constituição, como a Lei Maior, como fundamento indispensável para a validade do sistema jurídico, adquirem *status* constitucional.

José Luiz de Anhaia Melo³ observa sobre o assunto que, “*necessariamente, das Cartas escritas e dos problemas de imediato surgidos com a constitucionalidade, aparecem os princípios informadores das mesmas com sua natural e indispensável observância pelos governos e governados*”.

Daí porque Eros Grau⁴ anota que “*um sistema ou ordenamento jurídico não será jamais integrado exclusivamente por regras. Nele se compõem, também, princípios jurídicos ou princípios de Direito*”.

¹ *Conceito de Princípios Constitucionais*, p. 52.

² *Idem*, p. 55.

³ *Os Princípios Constitucionais e a sua Proteção*, p. 15.

⁴ *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)*, 6ª ed., p. 78.

Sobre a juridicidade dos princípios Paulo Bonavides⁵ distingue a existência de três fases ao longo da evolução histórica: a *jusnaturalista*, a *positivista* e a *pós-positivista*.

Na concepção *jusnaturalista* os princípios eram considerados axiomas, verdades universais, estabelecidos pela razão.

Na concepção *positivista* (formalista) os princípios gerais de Direito assumem seu caráter positivo, sendo consagrados pelos códigos, mas apenas na exata medida da necessidade de colmatarem eventuais lacunas. Isto é, tais princípios são considerados *fontes secundárias* do Direito, posicionando-se não acima das leis, mas ao lado, quando fosse necessário.

Na fase *pós-positivista*, afirma que “*as novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre a qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais*”⁶. Essa fase corresponde às duas últimas décadas do século XX, em que os princípios se convertem no fundamento de toda a ordem jurídica como princípios constitucionais.

Corroborando esse entendimento anota Celso Bastos⁷ que os princípios constitucionais “*norteiam também o legislador ordinário, o Judiciário e o próprio Executivo. São o ápice do sistema jurídico, e é natural que tudo que se lhes siga faça a devida vênua a essas manifestações principiológicas*”.

Os princípios constitucionais, na palavra de Paulo Bonavides, “*...outra coisa não representam senão os princípios gerais de Direito, ao darem estes o passo decisivo de sua peregrinação normativa, que inaugurada nos Códigos, acaba nas Constituições*”⁸.

Em tema de princípios constitucionais, a vigente Constituição Federal trata, no Título II, dos *Direitos e Garantias Fundamentais*, em cujo Capítulo I encontramos os *Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*.

*Direitos fundamentais*⁹ são os aqueles direitos “*...individuais, coletivos, sociais e políticos, exaltados na Constituição...*” os quais são indispensáveis ao “*...pleno de-*

⁵ *Curso de direito Constitucional*, 13ª Ed. p. 259.

⁶ *Ob. cit.* p. 264.

⁷ *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, 3ª ed., p. 228.

⁸ *Ob. cit.* p. 266.

⁹ Cf. Guilherme Nucci, *Juri – Princípios Constitucionais*, p. 26.

envolvimento do homem e do cidadão, especialmente frente ao Estado...”, que não só deve respeitá-los como, principalmente, assegurá-los e protegê-los.

Conforme ensina, *garantias fundamentais*¹⁰ são os “...instrumentos constitucionais colocados à disposição dos indivíduos e das instituições para fazer valer os direitos fundamentais”.

Com base nessa distinção, afirma¹¹ que aqueles são *meramente declaratórios* (*direito à liberdade, por exemplo*) e estas são *assecuratórias* (*devido processo legal, e.g.*).

Sobre a diferença entre *direitos* e *garantias* é importante destacar a observação do autor¹², *verbis*:

O direito vale por si só. Caso ninguém o comprima, limite ou destrua, não é preciso o reconhecimento do sistema jurídico para que exista. Assim a vida, a liberdade, a honra. Entretanto, a garantia não subsiste por si mesma. O devido processo legal, v. g., somente tem sentido para garantir direitos. Dizer simplesmente que o homem nasce com direito ao devido processo legal é inócuo. Por isso vale a diferença entre ‘direitos’ e ‘garantias’.

Destacando a diferença entre *direitos fundamentais em sentido material* e *direitos fundamentais em sentido formal*, referido autor¹³ afirma que os primeiros são os “...indispensáveis ao desenvolvimento da pessoa humana: *direito à vida; igualdade jurídica; liberdades física, de pensamento, de crença e de manifestar-se...*” entre outros e, no sentido formal, são “...aqueles que estão na Constituição, podem não ser, de fato, direitos que façam parte do fluxo da vida do indivíduo”.

Indiscutivelmente os *princípios constitucionais* têm função de conglomerar sistematicamente o ordenamento jurídico, razão pela qual toda a legislação infraconstitucional deve conformar-se com tais princípios.

Nos chamados “ramos” do Direito é que se encontram os princípios *infraconstitucionais*, entendidos esses como os princípios que não constam da Constituição (há princípios que não estão expressamente previstos nela), mas integram o sistema jurídico, configurando-se como próprios de determinados setores do Direito, aos quais estão restritas as suas aplicações. Assim temos *princípios* do direito penal (v.g. o princípio de que *não há crime sem dolo e sem culpa*), do direito processual penal (v.g. princípio *da verdade real; da indivisibilidade da ação penal privada*) etc.

¹⁰ Idem, ibidem.

¹¹ Idem, p. 25.

¹² Ibidem, p. 25.

¹³ Idem, ibidem, p. 21-22.

A doutrina adota, como gênero, as *normas* e, como espécies, as *regras* e os *princípios*. Isso, é que Celso Bastos¹⁴ observa, *verbis*:

... os princípios são de maior nível de abstração que as meras regras, e, nestas condições, não podem ser diretamente aplicados. Mas, no que eles perdem em termos de concreção ganham no sentido de abrangência, na medida em que, em razão daquela força irradiante, permeiam todo o Texto Constitucional, emprestando-lhe significação única, traçando os rumos, os vetores, em função dos quais as demais normas devem ser entendidas.

Dentro do gênero *norma*, a distinção entre *regras* e *princípios* é uma tarefa complexa. Para Canotilho¹⁵ alguns critérios podem servir para tanto. Dentre eles estão o *grau de abstração* (os *princípios* possuem um grau de abstração relativamente elevado, ao passo que as *regras* têm esse grau relativamente baixo; o *grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto* (em decorrência do alto grau de abstração dos *princípios*, eles reclamam mediações para serem aplicados, enquanto as *regras* podem ser aplicadas diretamente, a *proximidade da idéia do Direito* (os *princípios* são *standards* juridicamente vinculantes, decorrentes de exigência da *justiça* enquanto que as *regras* podem ter um conteúdo meramente funcional), o *caráter de fundamentabilidade que representam no sistema das fontes de Direito* (os *princípios* são normas de natureza ou com o papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (exemplo: princípios constitucionais) ou de sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (exemplo: princípio do Estado de Direito), bem como a *natureza normogênica* (os *princípios* são fundamento das regras daí o fato de terem uma função normogênica). O autor comenta, ainda, vários aspectos diferenciadores entre *regras* e *princípios* dentre os quais podemos salientar que “os *princípios* coexistem; as *regras* antinômicas *excluem-se*” ou, ainda, que os *princípios*, constituindo *exigências de otimização*, possibilitam o “...*balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à ‘lógica do tudo ou nada’)*...” enquanto que “...*as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra ‘vale’ (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos*”¹⁶.

Sem pretender esgotar o assunto, até porque não é o tema central desse trabalho, adotaremos aqui a distinção entre *princípios (declaratórios)* e *garantias (assecuratórias)* apresentada por Guilherme Nucci, conforme mencionado acima.

¹⁴ Ob. cit. p. 208.

¹⁵ *Direito Constitucional*, 7ª ed., p. 1160-1161.

¹⁶ Ob. cit. pgs. 167-168.

1.2 Colisão entre *princípios e regras*

Tendo em vista que a Constituição é fruto do trabalho humano, é natural a ocorrência de antinomia entre normas constitucionais. Em tal ocorrendo, é necessário que o intérprete procure conciliá-las, antes de pretender que uma prevaleça sobre a outra.

Caso não seja possível a conciliação, é natural que as *normas-princípios*, consideradas *imodificáveis (cláusulas pétreas)* pelo próprio legislador constitucional (CF, art. 60, parágrafo 4º), sejam prevalentes sobre a *norma-regra*.

Sobre o assunto é relevante destacar a conclusão de Guilherme Nucci¹⁷ *verbis*:

...a Constituição é suprema no sistema normativo; dentre suas normas, são axiologicamente hegemônicas as que tiverem sido eleitas pelo poder constituinte originário como 'pétreas', pois evidenciam o cuidado especial que possuiu o povo ao tratar dos assuntos por elas regidos. É o caso dos direitos e garantias individuais. Se normas ordinárias entrarem em confronto com tais normas constitucionais, devem estas últimas prevalecer; se normas constitucionais não constantes do rol do art. 60, § 4º, da Constituição, conflitarem com os direitos e garantias individuais, mais uma vez devem estes preponderar.

Finalmente, se dentre os direitos e garantias individuais aparentemente houver uma antinomia, deve o intérprete necessariamente buscar a conciliação, conforme o caso concreto, pois não há qualquer prevalência de um sobre outro. Se algo for permitido por um princípio e vedado por outro, um dos princípios deve recuar o que não significa ter sido considerado nulo ou revogado.

Não é outra a lição de Ruy Samuel Espíndola¹⁸, *verbis*:

as regras são concreções dos princípios; são especificações regulatórias desses; são desdobramentos normativos dos mesmos. Assim, cumpre observar que não se manifestam antinomias, conflitos, colidências entre princípios e regras. Desta forma, quando em confronto dois princípios, um prevalece sobre o outro, e as regras que dão concreção ao que foi desprezado são 'afastadas', e essas não se aplicarão a determinadas hipóteses, ainda que permaneçam integradas, validamente, no ordenamento jurídico...

Não se pode olvidar que todos os princípios, inclusive os fundamentais, são *relativos*, não existindo nenhum deles de forma *absoluta*, de modo que é possível que um princípio seja limitado por outro, provocando o afastamento de um deles para a solução do caso concreto.

¹⁷ Júri – *Princípios Constitucionais*, citado, p. 30.

¹⁸ Ob. cit. p. 75.

Confira-se, sobre o assunto, o magistério de Alexandre de Moraes¹⁹, *verbis*:

Os direitos humanos fundamentais não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo para prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas).

Referido autor recomenda que, em havendo conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deverá usar o *princípio da concordância* prática ou harmonização, buscando combinar os bens jurídicos conflitantes e evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, mediante realização da redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual²⁰.

Evidentemente, admite-se que os *princípios* constitucionais possam ser excepcionados pelo constituinte ordinário, por intermédio de uma *regra* oposta ao *princípio*, sem que esta regra seja necessariamente conectada a outro princípio constitucional. Neste caso, conclui-se que a regra constitucional acaba sobrepondo-se ao princípio, por ser *específica*, destinada a determinada situação, restringindo-se a incidência do princípio, por expressa vontade do constituinte originário.

Destarte, pode-se concluir que os *princípios* aplicam-se amplamente, exceto em havendo expressa restrição contrária, consubstanciada numa regra. É o que ocorre, por exemplo, entre o princípio constitucional consagrador da *inocência presumida* (CF, art. 5º, LVII) e a possibilidade de o cidadão ser preso cautelarmente, desde que presentes os requisitos legais *ex vi* da *regra* constitucional que possibilita tal ocorrência (CF, art. 5º, LXI).

1.3 Resumo histórico

Os direitos individuais, entendidos como inerentes ao homem e oponíveis ao Estado, surgiram no final do século XVIII, com as declarações de direitos na França e nos Estados Unidos.

Não existiram na Antiguidade grega e romana. A *polis* grega e a *civitas romana* absorviam o homem na sua dimensão individual, não existindo a *liberdade* como

¹⁹ *Constituição do Brasil Interpretada*, 6 ed., p. 169.

²⁰ *Idem*. p. 170.

direito autônomo: livre era o cidadão que gozava de capacidade para se integrar no Estado, participando das decisões políticas.

Na Inglaterra medieval os direitos fundamentais foram marcados pelo pragmatismo e significaram concessões ou privilégios para a Igreja, nobres, corporações, não sendo reconhecidos *direitos universais*, mas concretos, em relação aos que os subscreviam: a Magna Carta se obrigava a respeitar alguns direitos, como o direito à vida, a administração da justiça, as garantias do processo criminal, a *Petition of Rights* (de 1628, assinada por Carlos I), o *Habeas Corpus Amendment Act* (de 1679, assinado por Carlos II), e a *Bill of Rights* (de 1689, subscrita por Guilherme de Orange).

Em 1789, com a Revolução Francesa surgiu a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, quando então os direitos fundamentais ganharam universalidade. Eis que o art. 16 afirma: “*toda sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos fundamentais nem estabelecida a separação de Poderes não tem Constituição*” estabelecendo-se íntima conexão entre os *direitos fundamentais* e o princípio da separação de Poderes, e o caráter da universalidade e permanência dos direitos naturais: “*Todos os homens nascem livres e iguais em direitos*”.

As declarações de direitos surgiram também nos Estados Unidos, inicialmente as da Virgínia, Pensilvânia e Maryland, todas de 1776 e, posteriormente, as dez primeiras emendas à Constituição de 1787, aprovadas em 1791.

Com o Estado Social do pós-guerra (1914-1918), os direitos fundamentais sofreram profundas alterações com as restrições aos direitos de propriedade, para atender à sua função social e, em termos genéricos, à intervenção do Estado no domínio econômico e social. Nos países totalitários estabeleceu-se o primado do econômico e do social sobre o individual, com a coletivização dos meios de produção, buscando-se a igualdade material como condição da liberdade.

Em paralelo, em decorrência das violações dos direitos humanos, inicia-se no segundo pós-guerra (1939-1945) a internacionalização dos direitos fundamentais. No dia 10/12/48 é assinada em Paris a Declaração Universal dos Direitos do Homem; em 1969, os Estados americanos assinam, em São José da Costa Rica a Convenção Americana dos direitos do Homem, que no Brasil passam a obrigar no território nacional, *ex vi* do disposto nos parágrafos 2º e 3º, do art. 5º, da Constituição vigente.

1.4 Evolução histórica dos Direitos e Garantias Fundamentais nas Constituições brasileiras

A Constituição do Império do Brasil, de 1824, previa no seu Título VIII – *Das disposições geraes, e garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros*, extenso rol de direitos humanos fundamentais. O art. 179 tinha 35 incisos, consagrando direitos e garantias individuais, dentre os quais destacamos pela relação com o presente trabalho: possibilidade de prisão somente em flagrante delito ou por ordem da autoridade competente; fiança; princípio da reserva legal e anterioridade da lei penal; princípio do juiz natural; abolição dos açoites, da tortura, da marca de ferro quente e todas as mais penas cruéis; individualização da pena; respeito à dignidade do preso.

A declaração de direitos humanos fundamentais foi objeto de expressa previsão na Constituição republicana de 1891 que, em seu Título III, Seção II, previa a Declaração de Direitos, dentre os quais, pela importância e pela relação com o presente trabalho, destacamos: plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela, para os acusados; nota de culpa a ser entregue em 24 horas ao preso, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas; abolição das penas de galés e do banimento judicial; abolição da pena de morte, ressalvada a legislação militar em tempo de guerra; a garantia do *habeas corpus*; a instituição do Júri.

A Constituição de 1934 repetiu em seu art. 113, o extenso rol dos direitos humanos fundamentais, acrescentando, dentre outros direitos: a irretroatividade da lei penal a impossibilidade absoluta de extradição de brasileiro, e a impossibilidade de extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião.

A Constituição de 1937, não obstante as características políticas da época, em seu art. 122, previu em 17 incisos, extenso rol de direitos e garantias individuais. Além da tradicional repetição dos direitos humanos fundamentais clássicos estabeleceu a impossibilidade de aplicação de penas perpétuas. Como aspectos negativos, destacamos o estabelecimento de maior possibilidade de aplicação da pena de morte, além de casos militares, e a criação de Tribunal especial com competência para o processo e julgamento dos crimes que atentassem contra a existência, a segurança e a integridade do Estado, como seria de se esperar no âmbito de uma ditadura.

A Constituição de 1946 previu um capítulo específico para os direitos e garantias individuais (Título IV, Capítulo II), estabelecendo, dentre outros, os seguintes

direitos e garantias: impossibilidade de a lei excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão a direito individual; o mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado pelo *habeas corpus*; contraditório; sigilo das votações; plenitude de defesa e soberania dos veredictos do Tribunal do Júri.

A Constituição de 1967 também enumerou direitos e garantias individuais e, no art. 150, além de se assemelhar à Constituição anterior, estabeleceu, dentre outros, os seguintes direitos e garantias: respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário e a previsão de competência mínima do Tribunal do Júri (crimes dolosos contra a vida).

A Emenda Constitucional de 1969, embora prevendo excepcionais restrições aos direitos e garantias individuais, não previu nenhuma substancial alteração formal na enumeração dos direitos humanos fundamentais.

Na Constituição de 1988 a declaração dos direitos e garantias fundamentais foi deslocada para o início do texto constitucional (Título II) rompendo, destarte, com a técnica das Constituições anteriores (que os situava na parte final da Constituição, sempre depois da organização do Estado), e subdividindo-os em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos. Os direitos individuais e coletivos previstos no art. 5º correspondem aos direitos diretamente ligados ao conceito de pessoa humana e de sua própria personalidade, como vida, dignidade, honra e liberdade. A técnica atual tem especial significado, pois revela que todas as instituições estatais estão condicionadas aos direitos fundamentais, os quais deverão observar.

Esses direitos e garantias do ser humano têm por finalidade básica o respeito à sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana. Relacionam-se diretamente com a garantia de não-ingerência do Estado na esfera individual e a consagração da dignidade humana, tendo um universal reconhecimento por parte da maioria dos Estados, seja em nível constitucional, infra-constitucional, seja em nível de direito consuetudinário ou mesmo através de tratados e convenções internacionais.

1.5 Características dos direitos humanos fundamentais

A previsão dos direitos humanos fundamentais na Constituição de 1988 coloca-se em elevada posição hermenêutica em relação aos demais direitos previstos no ordenamento jurídico, apresentando, segundo o magistério de Alexandre de Moraes, as seguintes características²¹:

- a) *imprescritibilidade*: tais direitos não se perdem pelo decurso do prazo;
- b) *inalienabilidade*: não há possibilidade de transferência de tais direitos, seja a título gratuito, seja a título oneroso;
- c) *irrenunciabilidade*: tais direitos não podem ser objeto de renúncia;
- d) *inviolabilidade*: impossibilidade de desrespeito por determinações infraconstitucionais ou por atos das autoridades públicas, sob pena de responsabilização civil, administrativa e criminal;
- e) *universalidade*: a abrangência desses direitos engloba todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção político-filosófica;
- f) *efetividade*: a Constituição Federal não se satisfaz com o simples reconhecimento abstrato, de modo que a atuação do Poder Público deve ser no sentido de garantir a efetivação dos direitos e garantias nela previstos, com mecanismos coercitivos que se fizerem necessários;
- g) *interdependência*: as várias previsões constitucionais, apesar de autônomas, possuem diversas intersecções para atingirem suas finalidades (v. g.: a liberdade de locomoção intimamente ligada à garantia do *habeas corpus*; a previsão de prisão de prisão somente por flagrante delito ou por ordem da autoridade judiciária competente);
- h) *complementariedade*: tais direitos não devem ser interpretados isoladamente, mas de forma conjunta, com a finalidade de alcance dos objetivos previstos pelo legislador constituinte;

1.6 Funções dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais cumprem as seguintes funções: a) função de defesa ou de liberdade, decorrente das normas de competência negativa para os poderes públicos, vedando-lhes interferir na esfera jurídica individual, implicando, no plano

²¹ Ob. cit. p. 163-164.

jurídico-subjetivo, o poder do indivíduo de exigir positivamente direitos fundamentais, e de exigir omissões do poder público no sentido de evitar agressões a estes direitos; b) função de prestação social, representada pelo direito de o particular obter do Estado: saúde, educação, segurança social etc; c) função de proteção perante terceiros, decorrente do dever que o Estado tem de proteger perante terceiros, os titulares dos direitos fundamentais (direito à vida; à integridade corporal etc.); d) função de não discriminação, para assegurar que o Estado trate os cidadãos como fundamentalmente iguais.

1.7 Liberdades e garantias constitucionais

São vários os sentidos de *liberdade*.

Em sentido geral a liberdade consiste no estado de não estar sob o controle de outrem, de não sofrer restrições ou imposições. Significa, ainda, a faculdade ou o poder que a pessoa tem de adotar a conduta que bem lhe parecer, sem que deva obediência a outrem.

Verifica-se que a liberdade é inerente à pessoa humana, condição de individualidade do homem e, como núcleo dos direitos humanos fundamentais, a *liberdade* não é apenas negativa (liberdade de fazer o que a lei não proíbe nem obriga) mas liberdade positiva (consistente na remoção dos impedimentos, econômicos, sociais e políticos, que possam obstruir a auto-realização da personalidade humana, implicando, destarte, na obrigação, pelo Estado, de assegurar os direitos sociais através de prestações positivas com vistas a proporcionar as bases materiais para a efetivação daqueles direitos.

Várias são as formas de *liberdade* previstas na Constituição, dentre as quais, de interesse para o presente trabalho, destacamos:

a) *liberdade de ação*: ponto de contato entre a *liberdade* e a *legalidade*: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II);

O dever de submissão à lei, entretanto, não é absoluto acarreta, para o seu destinatário que não a cumpre, a consequência de submeter-se à sua sanção. Decorre daí a admissão, pela ordem jurídica democrática, da objeção de consciência, a vedação da auto-incriminação, a inexigibilidade de cumprimento do dever de verdade por parte do acusado.

b) *liberdade de locomoção*: refere-se à liberdade da pessoa física, dispondo o art. 5º, XV, da Constituição vigente, “*é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens*”. O direito de *ir, vir ou ficar* é garantido pelo *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII) e encontra garantia no direito de não ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI); de não ser levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 5º, LXVI), de ver imediatamente relaxada pela autoridade judiciária a prisão ilegal (art. 5º, LXV). Decorre do direito de locomoção o *direito à segurança individual ou à integridade física e moral*, que visa assegurar a integridade física, mental e moral da pessoa humana, através de garantias expressas na Constituição, como a proibição da tortura, de tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III); a proibição das penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis (art. 5º, XLVII); a garantia da integridade física e moral dos presos (art. 5º, XLIX); a garantia de que o preso será informado de seus direitos, inclusive o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado (art. 5º, LXIII); bem como o direito de identificação dos responsáveis por sua prisão (art. 5º, LXIV).

1.8 Direitos fundamentais e Segurança

Os direitos fundamentais não são ilimitados nem absolutos, entendidos como o direito sempre obrigatório, sejam quais forem as conseqüências. Encontram limitações na necessidade de se assegurar aos outros o exercício desses mesmos direitos, como têm, ainda, limites externos, decorrentes da necessidade de sua conciliação com as exigências da vida em sociedade, traduzidas na manutenção da ordem pública - do que resultam restrições aos direitos fundamentais em razão dos valores aceitos pela sociedade.

No exercício de suas diversas funções, torna-se muito difícil para o Estado estabelecer o justo equilíbrio entre o direito à liberdade, de interesse do cidadão e o direito à segurança, de interesse da sociedade. Para tanto é indispensável, na visão de Guilherme Nucci²², “... *um sistema de garantias e limitações*”, porque, segundo afirma, *verbis*:

²² Júri: *Princípios constitucionais*, p. 20.

Para assegurar o exercício de direitos tão importantes como os inerentes à natureza humana é preciso contrabalançar 'autoridade' e 'liberdade' pois uma complementa a outra.

Disse Madison, durante a Assembléia Constituinte da Filadélfia: 'se homens fossem anjos, nenhum governo seria necessário. Se anjos governassem homens, nem controles externos, nem internos sobre o governo seriam necessários. Na estruturação de um governo que deve ser administrado por homens sobre homens, a grande dificuldade consiste no seguinte: deve-se em primeiro lugar tornar o governo apto a controlar os governados; num segundo momento, obrigá-lo a se controlar.

1.9 Princípios e Garantias Constitucionais e Prisões cautelares

A necessidade de se estabelecer o citado “...sistema de garantias e limitações” encontra solução diante dos Princípios e Garantias constitucionalmente previstas, com aplicação no processo penal, notadamente em se tratando de prisões cautelares.

Sobre o tema destacamos a lição de Marcelo Agamenon Góes de Souza²³, para quem “os princípios servem como orientadores das medidas cautelares e encontram-se em estreita interdependência e mutuamente se completam, sendo a soma de todos eles o que identifica uma determinada medida”.

Considerando que a *Liberdade* é uma das garantias fundamentais, é natural que seja protegida pela Constituição, de modo que toda e qualquer limitação que se lhe imponha há de encontrar respaldo na lei.

Surge, assim, importante conflito de interesses, que exige pronta e eficaz solução: de um lado, a necessidade de o Poder Público criar condições estruturais e técnicas para combater a violência que se instaurou desenfreada em nossa Sociedade e, de outro, a imperiosa obrigação de respeitar os direitos fundamentais do cidadão.

Daí, em tema de prisão cautelar, não se dispensar a autoridade judiciária de fundamentar, pormenorizadamente, diante do caso concreto, quais os elementos fáticos que justificam a prisão antes da sentença condenatória transitada em julgado.

Para José Herval Sampaio Júnior e Pedro Rodrigues Caldas Neto²⁴ “...a cautelaridade, na forma do que regulamentou em específico o contido no art. 5º, LIV, LVII, LXI, LXV, LXVI e LXVIII, é o que constitucionaliza qualquer ação estatal anterior ao édito condenatório, que possa limitar o direito de liberdade do indivíduo, até mesmo a prisão em flagrante...”.

²³ Cautelaridade da Prisão Preventiva, p. 51.

²⁴ Manual de prisão e soltura sob a ótica constitucional, p. 31.

Vários são os princípios insculpidos na Constituição, pertinentes ao tema do *carcer ad custodiam*, como veremos a seguir.

1.10 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Ao estabelecer que o Brasil é um Estado Democrático de direito, a Constituição Federal erigiu, no art. 1º, III, como um de seus fundamentos, a *dignidade da pessoa humana*.

Trata-se do principal direito fundamental do Homem, constitucionalmente garantido, razão pela qual Rizzato Nunes²⁵ afirma que “*é ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarda dos direitos individuais*”.

Sobre o tema é importante destacar a lição de Chaim Perelman²⁶, *verbis*:

Com efeito, se é o respeito pela dignidade humana a condição para uma concepção jurídica dos direitos humanos, se se trata de garantir esse respeito de modo que se ultrapasse o campo do que é efetivamente protegido, cumpre admitir, como corolário, a existência de um sistema de direito com um poder de coação. Nesse sistema, o respeito pelos direitos humanos imporá, a um só tempo, a cada ser humano – tanto no que concerne a si próprio quanto no que concerne aos outros homens – e ao poder incumbido de proteger tais direitos a obrigação de respeitar a dignidade da pessoa. Com efeito, corre-se o risco, se não se impuser esse respeito ao próprio poder, de este, a pretexto de proteger os direitos humanos, tornar-se tirânico e arbitrário. Para evitar esse arbítrio, é, portanto, indispensável limitar os poderes de toda a autoridade incumbida de proteger o respeito pela dignidade das pessoas, o que supõe um Estado de direito e a independência do poder judiciário. Uma doutrina dos direitos humanos que ultrapasse o estágio moral ou religioso é, pois, correlativa de um Estado de direito.

(...) Assim também o Estado, incumbido de proteger esses direitos e fazer que se respeitem as ações correlativas, não só é por sua vez obrigado a abster-se de ofender esses direitos, mas tem também a obrigação positiva da manutenção da ordem. Ele tem também a obrigação de criar as condições favoráveis ao respeito à pessoa por parte de todos os que dependem de sua soberania.

Vê-se, pois o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito, que é o Brasil, impõe a todas as autoridades sua irrestrita observância, por ser o núcleo do ordenamento jurídico vigente.

Como conseqüência de sua aplicação, temos que tal princípio “... *não pode ser desprezado pelos intérpretes da norma jurídica em momento algum*”, como alerta Tailson Pires Costa²⁷.

²⁵ *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*, p. 45.

²⁶ *Ética e Direito*, p. 400.

²⁷ *A Dignidade da Pessoa Humana diante da sanção penal*. p. 16.

Assim, podemos afirmar com base nas lições acima referidas, que todos os demais princípios admitidos, explícita ou implicitamente, na Constituição Federal, devem estar em irrestrita consonância com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, de modo que os profissionais do direito (juízes, promotor de Justiça, advogados) devem pautar suas condutas e decisões, buscando a implementação efetiva do respeito à dignidade da pessoa humana.

1.11 Princípio da Legalidade

O Princípio da Legalidade impõe a sujeição do Estado ao Direito, como forma de coibir o abuso de poder. Estão, governantes e governados, sujeitos ao império das Leis.

Insera-se, nesse princípio, o da reserva legal, que somente permite o tratamento de determinadas questões por *Lei*, com exclusão de qualquer outra espécie de fonte normativa.

No texto constitucional identificamos o princípio da reserva legal pelas expressões *a lei disporá* ou *a lei regulará*.

Destarte, no nosso ordenamento jurídico penal, nenhuma restrição à liberdade individual será legítima senão quando decorrente de preceito legal.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos²⁸ de 16/12/66, que em seu art. 9º, 1, 2ª parte, prescreve: “*só haverá prisão pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos*”, impõe a estrita legalidade quando se trata de qualquer hipótese de prisão.

Também a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos²⁹ (Pacto de San José da Costa Rica) de 22/12/69, que em seu art. 7º, 2, prevê a proibição de prisões arbitrárias, ao impor que a privação da liberdade só seja admitida pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.

Assim, como já destacado, o art. 5º, incisos LXI, LXV e LXVI, da vigente Constituição, regulam a restrição da liberdade individual.

Infere-se, portanto, que qualquer hipótese de prisão está, rígida e inflexivelmente, sujeita ao princípio da legalidade, de modo que é possível concluir que fora

²⁸ O Pacto foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 266, de 12/12/91, e foi promulgado através do Decreto nº 592, de 06/07/92.

²⁹ O Pacto de San José da Costa Rica foi aprovado pelo Congresso Nacional com o Decreto Legislativo nº 27, de 25/09/92, e promulgado pelo Decreto nº 678, de 06/11/92.

dessas hipóteses o encarceramento de qualquer pessoa será inconstitucional e não só ilegal.

Não é só. Verifica-se, no caso de prisão em flagrante - única modalidade de prisão cautelar na qual o controle jurisdicional é feito *a posteriori*³⁰ - que exige-se a imediata comunicação à Justiça, abrindo-se a possibilidade de exame da necessidade de ela ser mantida ou, em caso contrário, da concessão da liberdade provisória.

Tal necessidade somente estará presente diante da ocorrência de qualquer das hipóteses autorizadoras da prisão preventiva, consubstanciadas no disposto no art. 312, do Código de Processo Penal.

1.12 Princípio da Inocência Presumida

O Princípio da Inocência Presumida, inserto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, tem por escopo impedir que o *status libertatis* do cidadão sofra qualquer tipo de arbitrariedade ou seja alvo de conduta representativa de abuso de poder.

Também está previsto na Convenção Interamericana dos Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica) que, no seu art. 8º, 2, expressamente dispõe: *“toda pessoa acusada de um delito tem o direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”*.

Segundo o magistério de Guilherme Nucci³¹ o princípio em estudo *“tem por objetivo garantir, primordialmente, que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa”*, integrando, ainda, ao *princípio da prevalência do interesse do réu* (*“in dubio pro reo”*) para garantir que a dúvida implicará, sempre, na absolvição do acusado.

Podemos mencionar como exemplos de eventuais abusos de poder - que devem ser repelidos pelo princípio em comento - condutas como manter o réu de pé e/ou algemado durante o seu interrogatório ou questionar sua versão dos fatos durante o seu interrogatório, como fazem alguns juízes.

Tais condutas abusivas ofendem, inquestionavelmente, o princípio da inocência presumida porque, como destacado por Aduino Suannes³²: *“se no processo civil o juiz é alguém que aguarda que o autor comprove os fatos em que alicerça sua pretensão, ficando seu juízo, até então, suspenso quanto à questão de saber quem tem*

³⁰ CF/88, art. 5º, LXII: a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

³¹ *Manual de Processo Penal*, p. 81.

³² *Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Legal*. cit. P. 146.

razão, no processo penal sua atitude não é apenas a de alguém expectantes: ele age como quem tem a convicção de que o acusado é inocente”.

Eugênio Pacelli de Oliveira³³ ressalta que a Constituição de 1988 consagrou um novo sistema prisional, em decorrência dos princípios processuais penais por ela recepcionados, *verbis*:

Com a Constituição Federal de 1988, duas conseqüências imediatas se fizeram sentir no âmago do sistema prisional, a saber: a) instituição de um princípio afirmativo da situação de ‘inocência’ de todo aquele que estiver submetido à persecução penal: b) a garantia de que toda prisão seja efetivamente ‘fundamentada’ e por ordem escrita da autoridade ‘judiciária’ competente.

A mudança é muito mais radical do que pode parecer a um primeiro e superficial exame.

E assim é porque o reconhecimento da situação jurídica de inocente (art. 5º, LVII) impõe a necessidade de ‘fundamentação judicial’ para toda e qualquer privação da liberdade, tendo em vista que só o Judiciário poderá determinar a prisão de um inocente. E, mais, que essa fundamentação seja construída em ‘bases cautelares’, isto é, que a prisão seja decretada como acautelamento dos interesses da jurisdição penal, com a marca da ‘indispensabilidade’ e da ‘necessidade’ da medida.

Antonio Scarance Fernandes³⁴ também apresenta importante lição sobre o assunto, *verbis*:

A Constituição Federal, em vários dispositivos, trata da prisão cautelar. De máxima relevância é o inc. LXI do art. 5º, que condiciona toda prisão, inclusive a de natureza cautelar, a ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente. Só abre exceção para a prisão em flagrante e para os casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei. Com isso, desaparece no sistema brasileiro a possibilidade de prisão decretada por autoridade administrativa: agora, qualquer prisão só pode ser determinada pelo juiz, por decisão fundamentada.

Outro princípio relevante para o estudo da prisão cautelar é o da presunção de inocência, também denominado princípio da não culpabilidade, estabelecido no art. 5º, inc. LVII, da seguinte forma: ‘Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Surgiram duas orientações principais sobre a extensão desse princípio. Uma mais restritiva, vincula-o exclusivamente ao ônus ‘probandi’, entendendo-se que, por ostentar o réu em virtude do princípio enfocado o ‘status’ de inocente até decisão final, impõe-se ao ministério público, ou querelante, o ônus de demonstrar os fatos imputados na denúncia ou queixa. Em outras palavras, não é o réu que deve demonstrar sua inocência, mas o ministério público é que deve provar a sua culpa.

Por outra orientação, além de referir ao ônus de provas, o princípio também consagra regra fundamental sobre a prisão cautelar. Se a Constituição só permite ser o réu considerado culpado após sentença condenatória transitada em julgado, a prisão-pena não pode ocorrer antes de afirmada definitivamente a sua culpa, o que representaria indevida antecipação de pena. Só se justificaria a prisão durante o processo quando tives-

³³ *Curso de processo penal*. 5ª ed. p. 402.

³⁴ *Processo penal constitucional*, pgs, 300-301,

se natureza cautelar, ou seja, quando fosse necessária em face de circunstâncias concertas da causa.

Surge aqui, aparente antinomia entre o preceito consubstanciado no inciso LVII e aquele do inciso LXI, ambos do art. 5º da Constituição Federal. Entretanto, essa antinomia é, como já assinalada, apenas aparente porque a questão se desanuvia diante da regra do inciso LXVI, do mesmo artigo: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

Em resumo: apenas e tão somente em casos excepcionais e de extrema necessidade, demonstrada à sociedade pelo juiz ao fundamentar a sua decisão, será possível o sacrifício do *status libertatis* do cidadão.

É que, segundo o magistério de Marcelo Agamenon Góes de Souza³⁵: “o fundamento da prisão cautelar é a necessidade, não a culpa”.

Necessidade verificável diante das hipóteses autorizadoras da prisão preventiva, conforme previstas no art. 312, do CPP, eis que, ausentes no caso concreto, a liberdade é a regra, *ex vi* do disposto no art. 310, § único, do Código de Processo Penal, consoante farto entendimento jurisprudencial³⁶.

Sobre a questão, por sua importância e pertinência, merece destaque a lição de Alberto Silva Franco³⁷, *verbis*:

o princípio da presunção de inocência não entra, portanto, em rota de colisão com a prisão cautelar desde que esta tenha o caráter de excepcionalidade e não se perca sua qualidade instrumental. A verificação dessas duas características básicas importa no reconhecimento de que a privação da liberdade não pode decorrer de um automatismo legal (prisão cautelar obrigatória), uma vez que o exercício do poder cautelar deverá estar sempre subordinado à comprovação, real, efetiva, concreta do ‘periculum libertatis’, nem pode ter desvirtuado o seu feitiço instrumental que tem alicerces fundados numa palavra-chave: a necessidade. O exercício do poder cautelar, no processo penal, para preservar o princípio constitucional da presunção de inocência, não poderá ser, em resumo, nem automático, nem desnecessário.

Decorre do Princípio da Presunção de Inocência, como garantia constitucional que é, a indispensabilidade do controle jurisdicional da legalidade e da necessidade

³⁵ Ob. Cit. P. 62.

³⁶ HC 89975-SP, STJ, 6ª Turma, relator ministro. Jane Silva (convocada do TJMG), vu, j. em 25/02/08, Dje 10/01/08 (www.stj.gov.br); HC 990.08.032133-7, TJSP, 12ª Cam. Crim. Relatora desembargadora Angélica de Almeida, vu, j. em 20/08/08 (www.tjsp.gov.br). HC 990.08.042871-3, TJSP, 1ª Cam.Crim., relator desembargador Marco Hahum, vu, j. em 09/09/08 (www.tjsp.gov.br). HC 990.08.056909-0, TJSP, 1ª Cam.Crim., relator desembargador Marco Hahum, vu, j. em 09/09/08 (www.tjsp.gov.br). Idem, RT: 634/366; 643/303; 658/297; 703/354; 723/582; 726/605; 764/564, dentre inúmeros outros julgados.

³⁷ *Crimes Hediondos*, 3ª ed., pág. 250-251.

da prisão cautelar, pela conjugação do previsto nos incisos LXII, LXV e LXVI, do art. 5º, da Constituição Federal.

Impõe-se a necessidade do controle jurisdicional de toda e qualquer prisão cautelar. Daí porque todas as prisões cautelares dependam de prévia decisão fundamentada do juiz competente, exceto a prisão em flagrante, cujo controle jurisdicional se dá *a posteriori*.

O controle jurisdicional das prisões é norma cogente no ordenamento jurídico vigente³⁸.

A comunicação imediata da prisão e do local onde se encontre o preso, como se vê, é indispensável para que o juiz decida sobre a sua legalidade ou não, bem como para possibilitar-lhe constatar se foram observadas todas as formalidades legais pertinentes e, em caso contrário, determinar as providências indispensáveis para restauração da liberdade do preso.

No sentido do acima exposto é o magistério de Pedro Henrique Demercian³⁹, *verbis*:

A excepcionalidade da privação da liberdade do indivíduo somente é consentida desde que observados os cânones constitucionais e as formalidades legais que a regem. Como já observado, a ordem de prisão processual deve emanar de autoridade judicial competente (art. 5º, inc. LXI). Esse princípio da jurisdicionalização só abre exceção no caso da prisão em flagrante, prevista no mesmo dispositivo constitucional. Mesmo nessa hipótese, a medida deve ser submetida a um juiz de direito, que, verificando a falta de justa causa para a manutenção da prisão do agente, mandará libertá-lo.

A falta da comunicação acarretará a responsabilidade criminal de quem tinha o dever de informar, *ex vi* do disposto no art. 4º, “c”, da Lei 4898/65. Também o juiz poderá incidir em abuso de autoridade caso não relaxe a prisão ilegal que lhe foi comunicada, *ex vi* do disposto no art. 4º, “d”, da Lei 4898/65.

Para a hipótese de a comunicação ser feita a juiz *incompetente*⁴⁰, Tourinho Filho⁴¹ propõe, *verbis*:

³⁸ Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, art. 9º, 3, 1ª parte (garantia de ser o preso conduzido sem demora, à presença de um magistrado) e 4 (garantia do direito de recorrer a um Tribunal para que se verifique a legalidade de sua prisão); Pacto de San José da Costa Rica, art. 7º, 5, 1ª parte (garantia de o preso ser apresentado, sem demora à presença de um juiz) e 6º, 1ª parte (garantia do direito sem restrições, de recorrer a um juiz ou Tribunal para que decida eficazmente e sem demora, sobre a legalidade de sua prisão).

³⁹ *Curso de Processo Penal*, p. 168.

⁴⁰ Como no caso de equipes especializadas, como o DHPP, ou Narcóticos, que realizam diligências no interior do Estado e lavram o auto de prisão em flagrante na Capital, comunicando a prisão ao juiz da capital, que não será o juiz do processo.

⁴¹ *Manual de Processo Penal*, cit. p. 632

caso as formalidades legais não tenham sido observadas, o juiz deverá tomar uma das seguintes providências: a) determinar a soltura do preso, relaxando assim, a prisão; b) encaminhar ao órgão do ministério público as peças comprobatórias da ilegalidade, a fim de que se promova a responsabilidade do funcionário atrabiliário, nos termos do art. 4º, da Lei 4898, de 9.12.65.

Marcelo Agamenon⁴², comentando sobre o assunto, lamenta o sistema adotado por nossa legislação, pela falta de previsão da *apresentação*⁴³ (não só a comunicação) do agente ao juiz.

Requisito a ser observado em decorrência do Princípio da Inocência Presumida é a instrumentalidade da prisão cautelar. A função instrumental que hoje é atribuída à prisão é, como afirmam os doutrinadores, no sentido de impedir que, em liberdade, o acusado possa interferir negativamente na colheita das provas, conturbando a instrução criminal, ou frustrar a aplicação da lei penal, se e quando condenado, mediante fuga.

Não obstante, embora não haja incompatibilidade da restrição à liberdade com o princípio da inocência presumida, como já demonstrado, a prisão cautelar não pode ser imposta como antecipação da punição, e, mesmo assim, não deixa de apresentar inconvenientes e contradições sob a ótica das garantias individuais.

Nesse sentido é a lição de Antonio Magalhães Gomes Filho⁴⁴, *verbis*:

seria ingênuo supor que a segregação do acusado impedisse de forma absoluta a prática de atos indesejados contra os meios de prova, o que já poderia ter sido feito antes da prisão, pelo próprio interessado, ou mesmo por terceiros; dessa forma, o sacrifício da liberdade seria ineficaz sendo preferível cogitar-se de outros meios mais aptos a assegurar a conservação da prova. Além disso, é importante ressaltar que a restrição da liberdade do acusado nessa hipótese quase sempre representa uma ofensa ao exercício do direito de defesa e à igualdade processual, na medida em que, para assegurar-se a autenticidade das provas de acusação acaba-se por limitar a atividade defensiva na prova de inocência.

Assim, em tema de liberdade provisória, a regra da instrumentalidade impõe ao juiz redobradas cautelas, como adverte Eugênio Picelli de Oliveira⁴⁵, *verbis*:

⁴² Ob. Cit. p. 67.

⁴³ O Ministro Sidnei Agostinho Beneti, cotejando os direitos alemão e brasileiro, nos dá conta de que, no direito alemão, realizada a prisão em casos urgentes, o acusado, até o dia seguinte à prisão, tem de ser apresentado ao juiz da localidade em que ocorreu a infração, para interrogatório e imediata decisão, de modo que se o juiz considerar ilegal a prisão, ou entender que cessaram os motivos que a determinaram, colocará o acusado em liberdade, esclarecendo que “qualquer prisão sem ordem judicial portanto, subsiste somente por um dia, ao término do qual o acusado estará em uma de duas situações, definidas pelo juiz: ou estará em liberdade ou estará preso por ordem judicial, em prisão preventiva, já interrogado pelo juiz e com a prisão comunicada, pelo juiz, a um familiar ou a quem o preso indicar” – in *Prisão provisória: direitos alemão e brasileiro*. RT 669/267.

⁴⁴ *Presunção de Inocência e prisão cautelar*, p. 70.

⁴⁵ *Regimes constitucionais da liberdade provisória*. P. 68

se o provimento final em determinado processo, de acordo com a norma penal prevista para o fato imputado ao acusado – o ‘petitum’ – não se revelar, prévia e sabidamente, apto a oportunizar a aplicação de pena privativa de liberdade, quer em razão de circunstâncias objetivas e subjetivas reconhecidas em lei – adequação aos requisitos previstos nos artigos 44 e 77 do Código Penal, por exemplo – seja com fundamento na própria cominação legal – penas restritivas de direito, como penas ‘alternativas’ (Lei 9099/95) e como penas ‘principais’ e ‘cumulativas’ (Lei 9503/97), a custódia antecipada do réu correria o risco de desconectar-se completamente da ‘pretensão’ levada à jurisdição penal, com indúvida violação ao ‘devido processo legal’, no que toca – por vias oblíquas – ao caríssimo princípio da ‘correlação’ entre o pedido e a decisão - grifos do original.

A regra da instrumentalidade, portanto, significa que a prisão cautelar não é um fim em si mesma, visando assegurar a eficácia prática da atividade jurisdicional, realizada no processo. A prisão cautelar tem por finalidade tutelar os fins e os meios do processo satisfativo, de modo que será exigida muita cautela do juiz ao decidir sobre a questão.

Importante destacar, no exame do Princípio da Inocência Presumida, é a sua conformação com o Princípio da Proporcionalidade. Como já assinalado, a prisão cautelar não pode se transformar numa antecipação da pena, o que representaria uma inaceitável violação do princípio da presunção de inocência.

A necessidade e conveniência da medida, bem como a gravidade das conseqüências, como a estigmatização jurídica e social que sofrerá o acusado, devem ser sopesadas pelo juiz diante do caso concreto.

Tal providência somente se justifica se não for possível a adoção de outras medidas, como, por exemplo, as medidas de contra-cautela (liberdade provisória, com ou sem fiança), que dão ao juízo as mesmas garantias, sem as conseqüências maléficas decorrentes do encarceramento do cidadão.

Daí porque Marcelo Agamenon Góes de Souza⁴⁶ aponta três requisitos que devem ser observados na decretação da prisão cautelar:

1. – adequação: a medida deve ser adequada ao fim visado com a prisão.
2. – sacrifício proporcional: a limitação de um direito individual só será legítima diante da necessidade dessa medida para a salvaguarda do interesse social.

⁴⁶ Ob. Cit. P. 67.

3. motivação: é imperativo constitucional (art. 93, IX) que o decreto da prisão seja motivado, não bastando, para tanto, a mera repetição do texto legal⁴⁷.

Sobre o princípio em estudo, Mariângela Gama de Magalhães Gomes⁴⁸ traz importante visão da Corte Constitucional alemã, *verbis*:

Na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, por exemplo, não é feita referência apenas à necessidade de proibição de abuso, mas são requeridas adequação, necessidade e proporcionalidade nas limitações e direitos fundamentais, subprincípios do princípio da proporcionalidade em sentido amplo. Segundo a mesma corte, ainda, o princípio da proporcionalidade é imanente à essência dos direitos fundamentais, que, enquanto expressão da pretensão geral à liberdade do cidadão perante o Estado, podem ser limitados somente na medida em que sejam indispensáveis à defesa do interesse público.

Outro aspecto importante a destacar, em tema de prisão cautelar, pela aplicação do Princípio da Inocência Presumida, é a provisionalidade das prisões cautelares. São elas espécies do gênero prisão provisória, de breve duração, não se justificando depois que for prolatada a sentença ou que tenham desaparecido os motivos que justificaram a sua imposição.

Tendo em vista que a sua decretação serve ao processo, e, lembrando com Aduato Suannes⁴⁹ que o processo penal é “... *o instrumento através do qual se tutela a liberdade jurídica do réu e não apenas instrumento pelo qual o Estado exerce sua pretensão punitiva*”, é lógico que o próprio processo seja breve⁵⁰.

Conjugados o aspecto em estudo com o Princípio da Proporcionalidade, acima destacado, observa-se que a gradação abstrata da pena do crime imputado ao autor do fato significa um importante elemento de valoração da necessidade de manutenção ou decretação da medida cautelar.

É o que destaca Eugênio Pacelli de Oliveira⁵¹, *verbis*:

Como a prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória é sempre medida cautelar, faz-se necessário que na sua aplicação não se perca de vista os resultados finais do processo, o que, em última análise, é a sua razão de ser.

⁴⁷ Dentre vários acórdãos, como exemplo, destacamos os seguintes: “*Como ficar em liberdade é a regra geral, deveria o juiz justificar substancialmente a necessidade de o paciente ficar preventivamente preso. Não basta invocar, de modo formal, palavras abstratas do art. 312 do CPP. III -- Ordem concedida*” STJ. HC 3.232-2-RS, 6.ª T, vu, j em 28.3.95. relator ministro. Adhemar Maciel -- DJU 4.9.95 - RT 720/536; “*O réu, embora foragido, respondeu o processo solto sem que tenha sido decretada a sua prisão preventiva. Ao pronunciá-lo o Juiz, pura e simplesmente, ordenou a expedição de mandado de prisão, que constitui constrangimento ilegal decorrente de ato arbitrário do Juiz -- cf. art. 93, IX, da CF*”. STJ. HC 3.194-6-PE -- 5.ª T., vu j em 8.3.95 - relator ministro. Jesus Costa Lima -- DJU 27.3.95” – (RT 715/521);

⁴⁸ *Princípio da proporcionalidade no direito penal*. P. 36/37.

⁴⁹ Ob. cit. P. 152

⁵⁰ Como recomendado pelo art. 8, 1, do Pacto de São José da Costa Rica.

⁵¹ *Curso de processo penal*, cit. P.. 403/403.

Um exemplo bastante eloqüente do que vem de se afirmar é a impossibilidade legal de se decretar a prisão preventiva para crimes ‘culposos’ e/ou para as ‘contravenções’ (art. 313), mesmo que se constate a presença dos requisitos ‘fáticos’ para sua concessão, dentre aqueles arrolados no art. 312 do CPP. Parte-se do raciocínio, logicamente justificado, no sentido de que, mesmo quando condenado o autor de crime culposo ou de infração contravencional, dificilmente lhe será imposta a sanção privativa da liberdade, em razão das diversas alternativas sancionatórias previstas nos arts. 43 e 44 do Código Penal, as chamadas penas ‘alternativas’.

Em tais situações, como se percebe, a imposição da prisão cautelar superaria, em muito, o resultado final pretendido no processo. Em outros termos: estaria irremediavelmente comprometida a função acautelatória da prisão provisória, em prejuízo de sua ‘instrumentalidade’, que vem a ser a justificação de sua existência.

Com efeito, a prisão cautelar é utilizada, e somente aí se legitima, como ‘instrumento’ de garantia da eficácia da persecução penal, diante de situações de risco real devidamente previstas em lei. Se a sua aplicação pudesse trazer conseqüências mais graves que o provimento final buscado na ação penal, ela perderia a sua justificação, passando a desempenhar função exclusivamente ‘punitiva’. A ‘proporcionalidade’ da prisão cautelar é, portanto, a medida de sua legitimação a sua ‘ratio essendi’.

Infere-se, daí, que a medida cautelar, também por seu caráter instrumental, *“...deve garantir o resultado útil do final do processo, não se constituir neste ou até em resultado mais gravoso para a parte vencida na relação jurídica processual levada a efeito na ação penal”*, como informam José Herval Sampaio Júnior e Pedro Rodrigues Caldas Neto⁵², sob pena de, em tais casos, incorrer-se *“no vício palmar que malfere de legitimidade toda e qualquer medida cautelar, o conhecido ‘peciculum in mora’ inverso...”*, porque, *“decretar a prisão preventiva em casos desta ordem ganharia os nefastos ares do prévio castigo, o que, efetivamente, não foi o objetivo do legislador pátrio quando instituiu o referido instituto jurídico. Afinal, “castigo é pena e não se pode apenar por antecipação,...”*.

Decorre de todo o exposto a excepcionalidade das prisões cautelares como preconizado por Guilherme Nucci⁵³. Seja qual for a sua modalidade, é medida excepcional, cujo uso parcimonioso e discricionário só se justifica após demonstração, à saciedade, da sua necessidade e da ocorrência de seus requisitos⁵⁴.

Isto significa dizer que ou o ministério público, ao endossar representação do Delegado de Polícia ou requerer, ele próprio, a medida cautelar restritiva da liberdade, demonstra e comprova, à saciedade, a sua necessidade, ou o juiz manter-se-á

⁵² Ob. Cit. P. 82/83.

⁵³ *Manual de Processo Penal e Execução Penal*, cit. p. 78.

⁵⁴ HC 990.08.0069675-Jaú. TJSP, 1ª Cam. Crim., vu, relator desembargador Péricles Piza, j. 12/08/08, (www.tjsp.gov.br).

em sua imparcialidade, evitando cercear a liberdade, da qual é o guardião como afirma Adauto Suannes⁵⁵.

1.13 Tutela Constitucional das Liberdades: *Habeas Corpus*

Tendo em vista que o objeto desse trabalho são as *prisões cautelares* não podemos deixar de tecer comentários sobre a tutela constitucional pertinente, ou seja, o *Habeas Corpus*.

Originária do latim (*habeo, habere* = ter, exibir, tomar, trazer; *corpus, corpori* = corpo), com o sentido etimológico, portanto, de *tomar o corpo*, a expressão *habeas corpus* significa a apresentação do preso perante o juiz ou tribunal, que decidirá sobre a manutenção ou revogação da prisão.

Constitucionalmente previsto no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal, e regulamentado pelas disposições previstas nos artigos 647 a 667, todos do Código de Processo Penal, o *habeas corpus* é uma “... *uma ação de natureza constitucional, destinada a coibir qualquer ilegalidade ou abuso de poder contra a liberdade de locomoção*”⁵⁶.

A origem histórica do *habeas corpus* remonta ao Direito Romano, quando todo cidadão podia reclamar que se exibisse o homem livre detido ilegalmente, por uma ação denominada de *interdictum de libero homine exhibendo*.

A doutrina majoritária, entretanto, aponta a sua origem na Inglaterra, mais precisamente na Magna Carta de 1215. Posteriormente foi incorporado à Constituição dos Estados Unidos da América e na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

No Brasil, não foi previsto na Constituição do Império de 1824. Embora já expressamente previsto no Código de Processo Criminal de 1832, foi o *habeas corpus* instituído pela Constituição Republicana de 1891 e, desde então, passou a constar de todas as demais constituições.

Inicialmente destinado a fazer cessar a prisão ilegal, atualmente seu alcance abrange todo e qualquer atentado à liberdade, direto ou indireto, mesmo em se tratando de decisões judiciais não vinculadas à decretação da prisão⁵⁷.

⁵⁵ Ob. Cit. P. 221.

⁵⁶ Cf. Guilherme Nucci, *Manual de Processo Penal e Execução Penal*, cit. p. 895.

⁵⁷ Cf. Guilherme Nucci, *Manual....*, cit. p. 897.

Como destacado por Alexandre de Moraes⁵⁸ com base em decisão do “...*Superior Tribunal de Justiça, ‘a liberdade é indisponível no Estado de Direito Democrático...*” razão pela qual não é lícito a nenhuma autoridade, ainda que “...*do Executivo e Judiciário, ‘assenhorar-se das prerrogativa do Legislativo, criando novas formas inibidoras do direito de ir e vir, sem a devida fundamentação e forma prescrita em lei’*”.

Tendo em vista tratar-se de um *atributo de personalidade*, para o ajuizamento do *habeas corpus* não se exige capacidade de estar em juízo nem a capacidade postulatória, razão pela qual pode ser impetrado por qualquer pessoa, inclusive o próprio preso (independentemente de atuação de advogado⁵⁹), bem como não se exigem fórmulas ou palavras predeterminadas.

Quanto à legitimidade passiva, o *habeas corpus* pode ser impetrado contra o ato do coator, seja lá quem o for (delegado de polícia; promotor de justiça, juiz de direito ou tribunal), bem como, ainda, o particular.

No primeiro caso, explica Alexandre de Moraes⁶⁰, “...*nas hipóteses de ilegalidade e abuso de poder, enquanto no segundo caso, somente nas hipóteses de ilegalidade*”.

Hélio Tornaghi defende a impossibilidade de impetração de *habeas corpus* contra ato de particular⁶¹. Entretanto, majoritariamente, a doutrina nacional não é infensa à essa possibilidade, defendendo-a: Pontes de Miranda⁶²; Pedro Henrique Demercian⁶³; Guilherme de Souza Nucci⁶⁴; Fernando da Costa Tourinho Filho⁶⁵, dentre outros.

Como destacado por Tourinho Filho, a jurisprudência ora é a favor, ora é contra⁶⁶

Quanto às suas espécies, tanto a doutrina quanto a jurisprudência reconhecem o *habeas corpus preventivo* e o *liberatório* ou *repressivo*. Para o primeiro basta a *ameaça* de coação à liberdade de locomoção, quando, em caso de ser concedida

⁵⁸ *Direito Constitucional*, 18ª ed., p. 113.

⁵⁹ O próprio *Estatuto da Advocacia – Lei 8906/94*, dispõe seu art. 1º, parágrafo 1º, que a impetração de *habeas corpus* não é ato privativo de advogado.

⁶⁰ *Direito Constitucional*, cit. p. 115.

⁶¹ *Curso de Processo Penal*, cit. p. 408.

⁶² *História e Prática do Habeas Corpus*, cit. p. 135 e 199.

⁶³ Ob. cit. p. 610 e seguintes.

⁶⁴ Código de Processo Penal comentado, cit. p. 1049.

⁶⁵ Manual de Processo Penal, cit. p. 919.

⁶⁶ Idem, ibidem.

a ordem, será expedido *salvo conduto*⁶⁷ em favor do Paciente. Para a segunda hipótese, a ordem destinar-se-á a fazer *cessar* a medida constritiva da liberdade do Paciente.

Em ambos os casos será possível a concessão da ordem, *liminarmente*, para evitar que se efetive o possível constrangimento à liberdade.

⁶⁷ Do latim *salvus, a, um* (salvo) e *conductus, a, um* (conduzido), dá a idéia de uma pessoa conduzida a salvo. É um documento emitido por ordem da autoridade que concede a ordem de *habeas corpus* preventivo, objetivando impedir a prisão do beneficiário da ordem, pelo motivo que ensejou a impetração.

Capítulo II

Prisões Cautelares

2.1 Considerações Gerais

O estudo das medidas cautelares no processo penal, especialmente aquelas de caráter pessoal, não prescinde de considerações preliminares sobre a prisão em geral.

As prisões que antecedem o julgamento de mérito, justamente pela sua natureza cautelar atritando com o *jus libertatis* do cidadão, representam questões de difícil regulamentação: de um lado a necessidade de ser mantido o *jus libertatis*, máxime com a consagração em nível constitucional, da *presunção de inocência* e, de outro, a eventual necessidade do encarceramento do autor do crime, antes do julgamento de mérito.

2.2 Significados

Prisão pode ser entendida como a privação da liberdade individual, mediante clausura, seja em caráter *definitivo* ou *provisório*. Dependerá, sempre, de decisão judicial fundamentada (CF, art. 5º, LXI) e estará sujeita às regras consubstanciadas nos incisos LXII, LXIII, LXIV e LXV, todos do art. 5º mencionado, bem como aos comandos emergentes do Código de Processo Penal.

Segundo o magistério de João Mendes de Almeida Junior⁶⁸, a palavra *prisão* tem uma amplitude conceitual que se presta a muita confusão, razão pela qual deveríamos usar as palavras *custódia* e *captura*, para distinguir a conservação na prisão do próprio ato em que ela se efetiva. Galdino Siqueira⁶⁹ seguia tal ensinamento.

Em comentário ao atual Código de Processo Penal, Borges da Rosa⁷⁰ ensina que *custódia* é sinônimo de guarda e exprime a privação efêmera da liberdade de uma pessoa, com o fim de exercer sobre ela uma vigilância segura, enquanto que *detenção* é a privação efêmera da liberdade de uma pessoa para determinado ato legal, feito o qual a mesma cessa, tal como a detenção da testemunha que se recusa a depor. Por outro lado, *captura* é o próprio ato constitutivo da prisão, aquele que a torna efetiva.

⁶⁸ *O Processo Criminal Brasileiro*. Vol I. p. 285.

⁶⁹ *Curso de Processo Criminal*, p. 124.

⁷⁰ *Processo Penal Brasileiro*, vol. II, pgs. 218/219.

Basileu Barcia⁷¹ ao comentar o art. 304, § 1º, do Código de Processo Penal ressalta que *“nem sempre advirá, da captura em flagrante, a conservação em custódia”*, o que serviu para Romeu Pires de Campos Barros⁷² observar que *“... os nossos tratadistas do assunto admitem a distinção entre ‘prisão-custódia’ e ‘prisão-captura’, consistindo esta no próprio ato em que a prisão se efetiva e aquela na conservação da prisão para as diversas finalidades do processo”*.

José Frederico Marques⁷³ ensina que a *prisão pena* (*“carcer ad poenam”*) data do Século XVI, consistindo na sanção prevista nas leis penais como punição pela prática do crime. A *prisão cautelar* (*“carcer ad custodiam”*) que antecede a prisão pena, é modalidade muito mais antiga, de largo uso desde tempos mais remotos e com função meramente cautelar.

Para Guilherme Nucci⁷⁴, a prisão *“é a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere”*.

Esclarece, ainda, ao apresentar o conceito transcrito, que nele não se distingue *“...a prisão provisória, enquanto se aguarda o deslinde da instrução criminal, daquela que resulta do cumprimento da pena”*, porque, acentua, *“enquanto o Código Penal regula a prisão proveniente de condenação, estabelecendo as suas espécies, formas descumprimento e regimes de abrigo do condenado, o Código de Processo Penal cuida da prisão cautelar e provisória, destinada unicamente a vigorar, quando necessário, até o trânsito em julgado da decisão condenatória”*⁷⁵.

Assim, tendo em vista a finalidade da prisão, temos a sanção penal - ou seja, a resposta do Estado ao cometimento do delito - decretada pelo juiz, na sentença condenatória, depois de observado o devido processo legal, com respeito aos princípios do contraditório e ampla defesa.

Dentre todas as prisões cautelares, somente a prisão em flagrante dispensa o prévio controle jurisdicional, o qual deve ser feito *a posteriori*, após a comunicação de sua ocorrência ao juiz competente (CF, art. 5º, LXII⁷⁶), que deverá relaxá-la imediatamente se não for legal (CF, art. 5º, LXV⁷⁷), ou conceder ao preso o benefício da

⁷¹ *Comentários ao Código de Processo Penal*, vol. III, pgs. 100/114.

⁷² *Processo Penal Cautelar*. P. 63.

⁷³ *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. IV, p. 21.

⁷⁴ *Manual de processo penal*, p. 573.

⁷⁵ *Idem*, *ibidem*,

⁷⁶ *“a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”*.

⁷⁷ *“a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”*.

liberdade provisória com ou sem fiança (CF, art. 5º, LXVI⁷⁸), quando ela for legal, mas desnecessária.

As demais modalidades estão sujeitas ao controle jurisdicional prévio: o juiz só deverá decretar a prisão cautelar (ou processual), ou manter a já existente, quando presente nos autos prova segura da necessidade e conveniência da medida extremada, bem como diante dos requisitos estabelecidos para a prisão preventiva.

A prisão, como sanção penal definitiva (*carcer ad poenam*), é o objetivo final do processo. É a resposta do Estado ao crime praticado. Não é o objeto do presente estudo.

2.3 Requisitos

Toda e qualquer medida cautelar, dentre elas as prisões cautelares, aqui estudadas, têm as seguintes características fundamentais: são medidas *judiciais*, são *instrumentais* e *provisórias*.

Medidas judiciais, porque não há *prisão cautelar* sem controle judicial: à exceção do flagrante delito, quando tal controle é diferido para o momento do exame de sua legalidade e necessidade, todas as demais prisões cautelares só podem ser decretadas pelo juiz, em decisão fundamentada.

A *instrumentalidade* de tais medidas decorre do fato de que são adotadas em função do processo, para assegurar o seu processamento, julgamento e a eficácia da sentença proferida.

A *provisoriedade* significa que só poderão subsistir enquanto persistirem os motivos que as determinaram e até a decisão final, quando perderão eficácia ou serão substituídas pela prisão aplicada na sentença condenatória transitada em julgado.

Além disso, as *prisões cautelares* exigem o concurso de dois outros pressupostos: a urgência em se afastar o perigo resultante do decurso do tempo (*periculum in mora*) e a possibilidade de uma solução favorável no processo principal (*fumus boni juris*).

a) ***fumus boni juris*** – exige-se, no caso concreto, uma *imputação provável*, ou seja, não basta a mera possibilidade, mas deve existir uma probabilidade de condenação, decorrente da comprovada existência do crime e de indícios de autoria.

⁷⁸ “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”

Francesco Carnelutti⁷⁹ ensina que *imputação provável* “significa naturalmente probabilidade de existência de todos os requisitos positivos e inexistência de todos os requisitos negativos do delito”.

No mesmo sentido ensina Frederico Marques⁸⁰ alertando que “[...] não se deve considerar existente o ‘*fumus boni juris*’, ou a probabilidade da imputação, a não ser quando exista fato típico comprovado, e também antijurídico”.

b) **periculum in mora** – indicando que a medida é necessária para evitar-se a frustração dos efeitos de uma condenação provável, diante da morosidade - característica do Poder Judiciário - no solucionar a lide penal.

A custódia cautelar torna-se necessária para resguardar o interesse social, no sentido de que se mantenha a ordem pública; que a instrução criminal não seja conturbada pela conduta do acusado e, ainda, que se garanta a aplicação da lei penal.

Considerando que, embora necessária, a prisão cautelar pode representar uma espécie de irreversível adiantamento da execução, causadora de males irreparáveis quando a final se apura que o réu é inocente, torna-se imprescindível um controle judicial prévio, o que se dá em todas as espécies de prisão antecipada, exceto no caso de flagrante, quando o controle judicial é feito *a posteriori*, por ocasião da comunicação de sua ocorrência (CF, art. 5º, LXII e LXV⁸¹).

Em qualquer de suas modalidades (preventiva, flagrante, temporária, decorrente de decisão de pronúncia ou de sentença condenatória recorrível) todas têm caráter cautelar, de modo que devem ser informadas pelo critério da *excepcionalidade*, sempre calcada em razões de *cautela*, quando demonstrada, à saciedade, a *necessidade* da prisão, como única forma de preservação da eficácia e efetividade da jurisdição penal.

É que toda e qualquer prisão que antecede a decisão condenatória transitada em julgado tem natureza cautelar destinada a garantir o desenvolvimento e o resultado do processo e só tem sustentação legítima quando amparada pela necessidade pois, do contrário, como já afirmado, representará injusta pena antecipada⁸² pois,

⁷⁹ *Lições sobre o Processo Penal*, 2º vol, p. 181-182.

⁸⁰ Ob. cit. p. 47.

⁸¹ LXII: “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”; LXV: “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”.

⁸² Neste sentido é predominante o entendimento jurisprudencial: HC 990.08.032113-7-SP, 12ª Cam. Criminal do TJSP, relatora desembargadora Angélica de Almeida, vu, j. em 20/08/08 (www.tj.sp.gov.br); HC 94114 / DF HC 2007/0263507-2, 6ª Turma do STJ, relator ministro. NILSON

antes do trânsito em julgado, o que deve prevalecer é o *status libertatis*, como regra geral⁸³.

A prisão preventiva é medida cautelar por excelência, evidenciada pelas características de: *provisoriedade* indiscutível, visto que sua duração está limitada à tramitação do processo; *revogabilidade* conforme dispõe o art. 316, do CPP; *excepcionalidade*, considerando que só deve ser decretada se *necessária* e *presentes* os requisitos que autorizam sua adoção, constantes do art. 312, do CPP.

Para Tales Castelo Branco⁸⁴, a prisão em flagrante é cautelar visto que “*expressa uma precaução (uma cautela) do Estado para evitar o perecimento de seus interesses*” e também *administrativa* porque é “*lavrada fora da esfera processual, expressando o exercício da atividade administrativa do Estado*”.

Quanto à prisão temporária sua provisoriedade é evidenciada pela própria denominação: *temporária*. Decretada no curso do inquérito policial, quando presentes os requisitos mencionados na Lei 7960/89 (art. 1º), tem duração efêmera *ex vi* do disposto em seu art. 5º.

A prisão decorrente da decisão de pronúncia e a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível guardam semelhanças. Daí por que Frederico Marques⁸⁵ afirma: “*quando sobrevém condenação e o réu apela, a sentença condenatória equipara-se para efeito da prisão do condenado à pronúncia*”.

Ora, em sendo assim, e considerando que em ambos os casos tais prisões destinam-se a vigorar até o advento de decisão condenatória transitada em julgado, quando se convolverão em prisões definitivas, o caráter cautelar e provisório de ambas salta aos olhos.

2.4 Cautelaridade

Justifica-se a existência de medidas cautelares no processo penal porque, entre o surgimento da relação jurídica processual e o provimento jurisdicional final, há a possibilidade de ocorrências de situações que comprometem a atuação jurisdicional ou tornam ineficaz ou inutilizam a prestação jurisdicional. Conseqüentemente, destinam-se tais medidas a impedir ou amenizar este perigo.

NAVES, J. em 15/04/2008. DJe 01.09.2008 (www.stj.gov.br); HC 3.871-RS, 5.^a T. do STJ, relator ministro. Edson Vidigal vu, j. em 02/10/95, DJU 13.11.95 (RT 725/521).

⁸³ HC 80156 / BA HC 2007/0070361-4, 6 Turma do STJ, relator ministro. NILSON NAVES, J. em 01/04/2008. DJe 25.08.2008 (www.stj.gov.br).

⁸⁴ *Da Prisão em Flagrante*, p. 13.

⁸⁵ *Ob. Cit.* Vol. 4, p. 96.

Segundo o magistério de Antônio Scarance Fernandes⁸⁶ as medidas cautelares, no processo penal vigente, classificam-se em: “*medidas cautelares pessoais, relacionadas com o suspeito, acusado; medidas cautelares de natureza civil (reais), relacionadas com a reparação do dano; medidas cautelares relativas à prova, tanto para efeito penal como para efeito civil;*”

Por óbvio, nesse trabalho ficaremos restritos às medidas de cautelaridade pessoal, que envolvem a prisão cautelar e a liberdade provisória. Estas se destinam a evitar que a obtenção da prestação jurisdicional não satisfaça mais o direito da parte, dada a finalidade instrumental do processo.

Importe é a opinião de Ada Pellegrini Grinover⁸⁷, quando afirma que a medida cautelar “*é destinada não tanto a fazer justiça, como a dar tempo a que a justiça seja feita*”. Infelizmente tal lição é, hoje, por muitos esquecida, de modo que vemos, com frequência, prisões cautelares serem decretadas e/ou mantidas numa indisfarçável antecipação de punição.

Ensina Romeu Pires de Campos Barros⁸⁸, tendo em vista o caráter cautelar destas medidas, que todas dependem de dois pressupostos essenciais: *uma urgência que justifique o custo e uma aparência jurídica da pretensão postulada, que possa atenuar-lhe o risco.*

A urgência decorre do perigo na demora da solução final do processo (*periculum in mora*). Não se trata, entretanto, do genérico perigo diante da simples duração do processo. É indispensável que tal perigo seja calcado em elementos concretos e efetivos, reveladores da probabilidade de o dano temido transformar-se em dano efetivo.

Considerando que a disponibilidade de pessoas e coisas importa num custo, qualquer medida cautelar importa num sacrifício para o sujeito passivo dela, de modo que o autor citado pondera, sobre o assunto, que tal custo deve ser sopesado em função do perigo e do risco deste decorrente, o que poderá variar em função das diversas modalidades de cautela: na inscrição de uma hipoteca, o custo será mínimo, decorrente da limitada indisponibilidade da coisa móvel, o que não ocorre quando se trata de prisão cautelar, que consiste no sacrifício da liberdade da pessoa.

⁸⁶ Ob. cit. p. 299.

⁸⁷ Teoria Geral do Processo, p. 399.

⁸⁸ Ob. cit. p. 41-44.

O outro pressuposto da medida cautelar é o *fumus boni juris*, decorrente da probabilidade de resultado favorável para o beneficiário da medida efetivada. Trata-se de uma instrumentalidade hipotética, visto que ao ser concedida a medida cautelar, não se sabe se o direito pleiteado existe. Daí a importância de ser valorada cuidadosamente pelo juiz a maior ou menor possibilidade da suficiência probatória exigida para cada caso concreto.

Assim, no exercício do *prudente arbítrio*, o juiz não deve esquecer sua relevante função no processo penal, destacada por Alberto Silva Franco⁸⁹, *verbis*:

Juiz penal não é policial de trânsito; não é vigia da esquina; não é zelador do patrimônio alheio; não é guarda do sossego de cada um; não é sentinela do estado leviatânico. É, em resumo, o garante da dignidade da pessoa humana e da estrita legalidade do processo. E seria melhor que nem fosse juiz, se fosse para não perceber e não cumprir essa missão.

Tanto assim é que Tales Castelo Branco⁹⁰, comentando sobre o problema das prisões provisórias, destaca, *verbis*:

O problema das prisões provisórias ainda continua sem uma solução definitiva, expondo, muitas vezes, os acusados, desnecessariamente, ao regime deletério dos cárceres, apesar da presunção de inocência que os beneficia.

Através de verdadeiras condenações antecipadas, impõem-se medidas ruinosas e desnecessárias de restrição à liberdade individual, que vão atingir, diretamente, a honra, a família e o patrimônio do homem.

A ética desse procedimento já foi acerbamente criticada por juristas da sensibilidade de Carnelutti, que lhe dedicou esta justa e impiedosa observação: 'a ética da execução penal antecipada é a ética bárbara, que um poeta expressou n'um verso famoso: "pur che il reo non se salvi il giusto pèra

2.5 Modalidades

O ordenamento jurídico vigente contempla as seguintes modalidades de prisões cautelares: prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária, a *prisão decorrente da pronúncia* e a *prisão decorrente da sentença condenatória recorrível* - essas últimas consideradas por Frederico Marques como prisões provisórias de caráter meramente processual⁹¹.

Segundo Tornaghi, "*o que distingue a prisão provisória da definitiva é o caráter de providência da primeira, que é o meio apenas, destinado a cessar logo que*

⁸⁹ O Compromisso do Juiz Criminal no Estado Democrático, 'in', Justiça e Democracia, nº 3, p. 270-271.

⁹⁰ Da Prisão em Flagrante, p. 11.

⁹¹ Ob. Cit. P. 24.

*atinge o fim, enquanto que a outra é fim (embora possa por sua vez ter certas finalidades)*⁹².

Para Júlio Fabrini Mirabete⁹³ são cinco as modalidades de prisão cautelar:

A expressão prisão preventiva tem uma acepção ampla para designar a custódia verificada antes do trânsito em julgado da sentença. É a prisão processual, cautelar, chamada de 'provisória' no Código Penal (art. 42) e que inclui a prisão em flagrante, a prisão decorrente da pronúncia a prisão resultante da sentença condenatória, a prisão temporária e a prisão preventiva em sentido estrito.

Por seu turno, Guilherme de Souza Nucci⁹⁴ aponta uma sexta espécie de prisão cautelar, decorrente da condução coercitiva por determinação judicial daquele que recalcitrante ao chamamento de autoridade encarregada de presidir persecução penal, *verbis*:

... f) condução coercitiva de réu, vítima, testemunha, perito ou de outra pessoa que se recuse, injustificadamente, a comparecer em juízo ou na polícia. Neste último caso, por se tratar de modalidade de prisão (quem é conduzido 'coercitivamente' pode ser algemado e colocado em cela até que seja ouvido pela autoridade competente), somente o juiz pode decretá-la.

No que se refere à condução coercitiva do réu, Nucci esclarece o juiz assim agirá somente se houver necessidade, por qualquer motivo, identificá-lo ou qualificá-lo, porque, como destaca, "*...quanto ao interrogatório de qualificação, não tem o réu o direito ao silêncio*"⁹⁵.

É que o indiciado/réu, por força do disposto no art. 5º, LXIII, consubstanciando a regra *nemo tenetur se detegere*, não está obrigado a participar e/ou colaborar com a formação da culpa, senão quando assim o desejar.

Tanto assim é que, em juízo, o réu que não comparece aos atos processuais a que deva estar presente sofrerá tão somente a sanção da revelia, sem nenhuma outra consequência.

Corroborando tal conclusão, ressaltamos que em seu art. 366, o Código de Processo Penal determina a suspensão do processo e do prazo prescricional, se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, tão somente. Não determina a sua prisão tão só porque ausente. Por outro lado, o acusado não está obrigado a comparecer em juízo (Lei 11689, de 09/06/08, arts. 474) quando do

⁹² *Instituições de Processo Penal*. 2 ed., p. 144

⁹³ *Processo penal*, p. 415/416.

⁹⁴ *Código de Processo Penal comentado*, 8ª ed., p. 576.

⁹⁵ *Idem*, p. 558.

juízo pelo júri, o que confirma tal entendimento. Destarte, a prisão preventiva só poderá ser decretada, se e quando se apresentarem os requisitos do art. 312, do mesmo código.

Ora, se ele tem a opção de não participar, qual a razão que justificaria a sua condução *coercitiva* à delegacia de polícia ou à presença do juiz? Compareceria para dizer o óbvio: *não quero participar/colaborar? Nada tenho a dizer nesta oportunidade?*

No sentido do entendimento que defendemos, apontamos a lição de Roberto Delmanto Junior⁹⁶, *verbis*:

Tampouco existe embasamento legal, a nosso ver, para a condução coercitiva com fins de interrogatório, prevista no art. 260, do CPP, já que de nada adianta o acusado ser apresentado sob vara e, depois de todo esse desgaste, silenciar. Se ele não atende ao chamamento judicial, é porque deseja, ao menos no início do processo, calar. Ademais, a condução coercitiva 'para interrogatório', daquele que deseja silenciar, consistiria inadmissível coação, ainda que indireta.

Entretanto, para o chamado *interrogatório de qualificação*, e tão somente para essa finalidade, concordamos que o réu possa ser conduzido coercitivamente, pois não se justificaria que ele pudesse se manter sem identificação, havendo risco de ocorrer um erro judiciário.

Por outro lado, a condução, ainda que *coercitiva*, da “*vítima, testemunha, perito ou de outra pessoa que se recuse, injustificadamente, a comparecer em juízo ou na polícia*”, não nos parece ser uma espécie de prisão cautelar, pelo menos no sentido em que aqui a estudamos. Trata-se, ao nosso entendimento, de medida decorrente do poder (impulso oficial) que tem o juiz de complementar a prova produzida pelas partes (CPP, art. 156, II, com a redação da Lei 11.690, de 09/06/08).

Comentando este dispositivo legal, afirma Guilherme Nucci⁹⁷, *verbis*:

Atuação de ofício pelo juiz: trata-se de decorrência natural dos princípios da verdade real e do impulso oficial. Em homenagem à 'verdade real', que necessita prevalecer no processo penal, deve o magistrado determinar a produção das provas que entender pertinentes e razoáveis para apurar o fato criminoso. Não deve ter a preocupação de beneficiar, com isso, a acusação ou a defesa, mas única e tão-somente atingir a verdade. O impulso oficial também é princípio presente no processo, fazendo com que o juiz provoque o andamento do feito, até final decisão, queiram as partes ou não.

⁹⁶ *Inatividade no processo penal brasileiro*, p. 191/193.

⁹⁷ *Código de Processo Penal Comentado*, 8ª ed., p. 346.

Destarte, diante do exposto, podemos concluir que dentre as medidas cautelares de caráter pessoal, consoante nosso ordenamento jurídico vigente, podemos identificar: a prisão em flagrante, a prisão temporária e a prisão preventiva, além da prisão pela pronúncia e a prisão em função de sentença condenatória recorrível, porque, em toda prisão que não decorra de sentença condenatória transitada em julgado, há cautelaridade em discussão, conforme lição de Paulo Roberto da Silva Passos⁹⁸.

Como veremos, todas com características próprias, mas, porque contêm indistigível conotação cautelar, estão, inegavelmente, subordinadas aos requisitos autorizadores da prisão preventiva, previstos no art. 312, do Código de Processo Penal.

*

2.6 Evolução Histórica

Hélio Tornaghi⁹⁹ ensina que no entendimento da maioria dos tratadistas, a *prisão* surgiu com a finalidade de contenção dos criminosos e não como pena detentiva, no sentido de *carcer ad poenam* o que se justifica pela própria origem do vocábulo *cadeia*, originário do latim “*catena, al*”. Era o grilhão, a argola, que servia para ligar. Como os presos eram atados uns aos outros por meio de cadeias, geralmente de ferro, a palavra passou a significar não só o que prende, mas também o “*lugar da prisão*”.

João Mendes de Almeida Junior¹⁰⁰ informa que na Lei das Doze Tábuas na época de Roma, era permitido matar o ladrão em flagrante delito durante a noite, e mesmo de dia, caso ele se defendesse com uma arma qualquer.

Entre outros povos invasores, outra não era a prática: havia diferença entre os criminosos apanhados em flagrante e aqueles que não o eram. Entre os Visigodos a captura era consequência da notoriedade do crime, ou era mesmo consequência da acusação nos casos de furto ou crime grave.

Entre os invasores bárbaros, quando um crime era cometido, o criminoso poderia ser preso por qualquer pessoa e, se conseguia fugir, a autoridade dava o grito “*Haro!*” e o criminoso era perseguido.

⁹⁸ *Da Prisão e da Liberdade Provisória*, p. 43/44.

⁹⁹ *Manual de Processo Penal*, p. 195.

¹⁰⁰ Ob. Cit. p. 296 e seguintes.

Romeu Pires de Campos Barros¹⁰¹ informa sobre o tema, *verbis*:

... na idade média, atribuía-se à cautela penal uma função equivalente à da citação do juiz. Esse retrocesso se deu com o aparecimento do 'processo inquisitório', que obrigava a prisão do réu, para dele dispor no curso do processo. Enquanto no segundo período do direito romano, a confissão do réu era um 'prius' para a prisão, no período medieval, a prisão representava operação preliminar, indispensável para submeter o imputado à tortura e obter a confissão.

J. Canuto Mendes de Almeida¹⁰² revela que desde a fundação da monarquia portuguesa, o juiz local era o *conselho de homens bons*. Entretanto, os *Ricos Homens* ou *Senhores*, alcaides, condes e outras autoridades vinham, cada vez mais, se arrogando o poder de julgar. O estabelecimento de juízes permanentes e eleitos, uma das obrigações assumidas por D. Afonso III antes de assumir o governo, surgiu nas primeiras *Cortes Gerais*, em 1211.

Ainda segundo o referido autor, a partir do Século XIII, em Portugal, teve início a acolhida do direito romano e do direito canônico, formando-se, destarte, o direito lusitano, em grande parte, como produto da fusão dessas duas correntes, surgindo os dois tipos de processo: o acusatório e o inquisitório. Em 1358 D. João I promulgou uma lei restritiva das prisões preventivas, dando nova forma ao processo criminal das querelas, determinando, dentre outras providências, a prisão do quereloso, caso verificasse ser maliciosa a querela¹⁰³.

Segundo João Mendes de Almeida Júnior¹⁰⁴, na vigência das Ordenações encontram-se, nas Afonsinas, disposições proibitórias de prisões por simples querelas ou denúncias, "...a menos que seja tanto achado de feito que mereça ser preso, salvo se mostrar logo feridas abertas e sangüentas e laidamento no corpo..." e isto mesmo, só "...depois de querela jurada e testemunhas nomeadas".

No caso do flagrante o criminoso era perseguido sob o clamor público até chegar a juízo, daí porque, nas Ordenações Afonsinas e nas Filipinas, o perseguidor deveria usar a expressão *aqui d'El-Rei* para caracterizar o flagrante.

Revela o jurista, ainda, que nas Ordenações Manoelinas, eram declarados os casos em que podia ser pronunciada a prisão, sem preceder a informação de teste-

¹⁰¹ *Ob. Cit.* P. 69.

¹⁰² *A contrariedade na instrução criminal*, p. 66.

¹⁰³ *Idem*, p. 69.

¹⁰⁴ *Ob. Cit.* Vol. I, p. 346.

munhas, casos em que a prisão se verificava mediante querela jurada pelos querelosos, sem sumário¹⁰⁵.

Para evitar a opressão resultante da querela maliciosa, as Ordenações Filipinas dispunham que *“e posto que seja querelado por querela perfeita, os julgadores não prendam por ela, até contra os querelados ser tanto provado, por que mereçam ser presos.*

E, do exposto, Romeu Pires¹⁰⁶ conclui, *verbis*:

...o que se colhe da legislação colonial é que a prisão preventiva constituía uma exceção, e somente era admitida, antes da culpa formada, nos casos graves, e, ainda assim, se deveria formar a culpa, dentro de oito dias. Mas em todos estes casos era sempre “facultativa”.

Esta era a regulamentação relativa à prisão preventiva, em Portugal e outros países europeus, quando adveio a Revolução Francesa e, com ela, em 03/11/1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que, em seu art. 9, dispõe, *verbis*: *“Todo homem, sendo presumido inocente até que seja declarado culpado, se for decidido que é indispensável prendê-lo, todo rigor que não seja necessário para a segurança de sua pessoa deve ser severamente reprimido pela lei”*.

2.7 A Prisão no Direito Brasileiro

No Brasil ainda Colônia, vigoraram as Ordenações de Portugal, cujas observações foram feitas acima. Com a Revolução Francesa várias foram as mudanças liberais ocorridas na Europa, consagradoras dos direitos individuais, que também influenciaram a legislação de Portugal e, por via de consequência, repercutiram no Brasil, então colônia. Assim é que, em 16/12/1815, o Príncipe Regente D. Pedro de Alcântara fez publicar o Decreto de 23/05/1821 dispondo, em seu art. 4º, sobre a prisão¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Idem, ibidem.

¹⁰⁶ Ob. Cit. p. 71,

¹⁰⁷ *“em caso nenhum, possa alguém ser lançado em segredo ou masmorra estreita, escura, ou infecta, pois que a prisão deve só servir para guardar as pessoas e nunca para as adoecer e flagellar; ficando implicitamente abolido para sempre o uso de correntes, algemas, grilhões e outros quaisquer ferros inventados para martyrisar homens ainda não julgados a soffrer qualquer pena afflictiva por sentença final; entendendos-se, todavia, que os juizes e magistrados criminaes poderão com servir por algum tempo em casos gravíssimos, incommunicaveis os delinquentes, comtando que seja em casas arejadas e commodas e nunca manietados ou soffrendo qualquer especie de tormento”* (apud, Guilherme Nucci, *Júri – Princípios Constitucionais*, p. 34).

Proclamada a Independência, o Imperador outorgou nossa primeira Constituição, pela Lei de 25 de março de 1824¹⁰⁸ que regulamentava a prisão no art. 179, cujo inciso IX dispunha que a mesma só era admitida havendo culpa formada nos termos do art. 179, § 8º. Excepcionalmente, admitia-se a prisão sem culpa formada, nos casos previstos expressamente.

Havia previsão para a prisão em flagrante; fora essa modalidade, a prisão só seria possível mediante ordem escrita da autoridade legítima (inciso IX).

Para a hipótese de prisão arbitrária, havia a salutar medida de punição para o juiz que a determinou e, ainda, para quem a tivesse requerido¹⁰⁹.

Com o advento da República em 1889, no ano seguinte, em 22 de junho, entrou em vigor a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, vigorando apenas no tocante à dualidade das Câmaras do Congresso. O art. 72, prevendo regras sobre prisão, não entrou em vigor.

Nova Constituição foi decretada em 1891, cujo art. 72 tratava da prisão¹¹⁰. O seu § 13, dispunha que à exceção do flagrante delito, a prisão não poderá executar-

¹⁰⁸ Art. 179. *A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:*

VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Vilas, ou outras Povoações próximas aos logares da residência do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoável, que a Lei marcará, attenta a extensão do território, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Reo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testemunhas, havendo-as.

IX. Ainda com culpa formada, ninguém será conduzido à prisão, ou nella conservado estando já preso, se prestar fiança idônea, nos casos, que a Lei a admite: e em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis mezes de prisão, ou desterro para fora da Comarca, poderá o Reo livrar-se solto.

X. À exceção do flagrante delito, a prisão não pode ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legítima. Se esta for arbitrária, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido, serão punidos com as penas, que a Lei determinar.

¹⁰⁹ Medida preconizada por Adauto Suannes, verbis: “um julgamento criminal somente se pode considerar justo se nele tiverem sido respeitados os princípios que se agrupam sob a rubrica ‘devido processo penal’, que não compreende apenas a necessidade de citação e a oportunidade de ser ouvido. A jurisprudência de nossos tribunais, no entanto, indica que nem sempre nossos juizes se mostram preocupados com seu papel de garantes das garantias constitucionais dos acusados, não havendo em nosso sistema judiciário um instrumental eficiente para impedir que, em nome da liberdade de decidir, preceitos constitucionais de observância obrigatória sejam postos de lado pelo julgador, ou que os autores desses desvios sejam adequadamente punidos” (Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal. P. 325).

¹¹⁰ Art. 72. *A Constituição assegura aos brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade nos termos seguintes:*

§ 13. À exceção do flagrante delicto, a prisão não poderá executar-se, sinão depois de pronuncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei, e mediante ordem escripta da autoridade competente.

se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo nos casos previstos em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente.

Merece destaque o fato de que, contra as prisões ilegais, foi elevado ao nível constitucional o *Habeas Corpus*¹¹¹. O remédio heróico não se limitava à liberdade de locomoção, que não era mencionada, mas destinava-se a qualquer violência ou coação ilegal ou abuso de poder.

Em 1926, em atenção às diretrizes constitucionais, foi promulgado novo texto constitucional com Emendas. A Constituição, então, passa a vigorar conservados os preâmbulos e as assinaturas dos constituintes de 1891, com o texto dado pelas emendas de 1926.

A Constituição de 1934¹¹², em seu art. 113, § 21, prevê que a prisão será por flagrante delito ou por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei.

A prisão era comunicada imediatamente ao juiz que devia determinar o seu relaxamento, quando ilegal e, ainda, responsabilizar a autoridade coatora.

É de se lamentar que assim não seja, em pleno século XXI, sob a égide da Constituição de 1988, dando motivo à indesculpável tolerância destacada na lição de Adauto Suannes¹¹³.

Em seu § 22, do mesmo artigo, a Constituição de 1934 estabelecia a liberdade mediante fiança.

A Constituição de 1937 dispunha em seu art. 122, sobre a pena de prisão: em flagrante delito, depois da pronúncia e em casos determinados em lei, mediante ordem escrita da autoridade competente, estabelecendo, ainda, a seguir, que ninguém

§ 14. *Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, salvo as exceções especificadas em lei, nem levado á prisão, ou nella detido, si prestar fiança idônea, nos casos em que a lei a admitir.*

¹¹¹ “Dar-s-á ‘habeas corpus’ sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder”.

¹¹² Art. 113. *A Constituição assegura aos brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:*

§ 21 *Ninguém será preso senão em flagrante delicto, ou por ordem escripta da autoridade competente, nos casos expressos em lei. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, e promoverá, sempre que de direito, a responsabilidade da autoridade coactora.*

§ 22 *Ninguém ficará preso, se prestar fiança idônea, nos casos por lei estatuidos*

¹¹³ “A tolerância (mais que tolerância, quase incentivo) de nossos juizes diante de abusos praticados por policiais não decorre de indesculpável alienação, mas de claro propósito de atender a um abstrato ‘clamor popular’, ante a necessidade de ‘combater a criminalidade’” (in, *Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal*, p. 77).

podia ser conservado na prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada¹¹⁴.

A Constituição de 1946¹¹⁵ dispunha que ninguém seria preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei previa a liberdade mediante fiança e determinava a imediata comunicação da prisão de qualquer pessoa ao juiz competente que devia relaxá-la quando ilegal além de promover a responsabilidade da autoridade coatora.

Na vigência da Revolução Militar de 1964 foi promulgada a Constituição Federal de 1967¹¹⁶ que tratava sobre a prisão e a fiança, basicamente, da mesma forma que o assunto era tratado na Constituição anterior, exceto no que se refere à obrigação de o juiz promover a responsabilidade da autoridade coatora.

Em 17 de outubro de 1969 veio à luz a Emenda Constitucional nº 1 que, em seu art. 153, § 12, manteve a regra da Constituição de 1967, com a mesma redação.

A Constituição de 05 de outubro de 1988¹¹⁷, cognominada Constituição Cidadã, tratou da prisão e dos direitos dos presos de maneira mais ampla.

¹¹⁴ Art. 122. A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no país o direito à liberdade à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

11 – À exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela reguladas a instrução criminal será contraditória, asseguradas, antes e depois da formação da culpa, as necessárias garantias de defesa.

¹¹⁵ Art. 141 – A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 20. Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei.

§ 21. Ninguém será levado à prisão ou nela detido se prestar fiança permitida em lei.

§ 22. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal e, nos casos previstos em lei, promoverá a responsabilidade da autoridade coatora.

¹¹⁶ Art. 150. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 12. Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente. A lei disporá sobre a prestação de fiança. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará, se não for legal.

¹¹⁷ Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar definidos em lei;

LXII – a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

Daí o escólio de Jefferson Moreira de Carvalho¹¹⁸, *verbis*:

A atual Constituição preserva o estado de liberdade como um dos mais, ou talvez o mais importante estado para o cidadão, por isso oferece vários meios para mantê-lo livre.

Na proteção ao direito fundamental de liberdade, a Constituição de 1988 amplia as garantias criminais e, em seu art. 5º, prescreve garantias e direitos que devem ser respeitados quando se tira a liberdade de uma pessoa, isto é, quando alguém sofre a medida drástica da prisão.

Do exposto podemos afirmar que a prisão sempre foi, no nosso ordenamento constitucional, rigorosamente subordinada ao princípio da legalidade, de modo que se o *status libertatis* do cidadão for atingido por alguma coação ilegal, será passível de correção mediante o *habeas corpus*, como leciona Frederico Marques¹¹⁹.

2.8 Legislação Infraconstitucional

Para ficarmos no período mais moderno, destacamos o surgimento, em 03/10/41, do Decreto-Lei 3689, instituindo o Código de Processo Penal que definia tanto a prisão em flagrante como a prisão preventiva com mais latitude do que na legislação anterior.

Em relação ao flagrante, “... o clamor público deixava de ser condição necessária para que se equipare ao estado de flagrância o caso em que o criminoso, após a prática do crime, está a fugir. Basta que, vindo de cometer o crime, o fugitivo seja perseguido ‘pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração’¹²⁰ ; já a prisão preventiva, “...desprende-se dos limites estreitos até agora traçados à sua admissibilidade. Pressuposta a existência de suficientes indícios para a imputação da autoria do crime, a prisão preventiva poderá ser decretada toda vez que o reclame o interesse da ordem pública, ou da instrução criminal, ou da efetiva aplicação da lei penal”¹²¹.

LXIV – o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

LXV – a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI – ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

¹¹⁸ *Prisão e Liberdade Provisória*. p. 19-20.

¹¹⁹ *Op. Cit.* vol. IV, p. 27.

¹²⁰ Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, Item VIII.

¹²¹ *Idem*, *ibidem*.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos¹²² de 16/12/66, que em seu art. 9º, 1, 2ª parte, prescreve: “*só haverá prisão pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos*”, impõe a estrita legalidade quando se tratar de qualquer hipótese de prisão.

A Lei 5349, de 03/11/1967, modificou o texto original do Código, que previa tanto a prisão preventiva compulsória como a facultativa, para abrogar a parte relativa à prisão preventiva obrigatória, restando apenas a facultativa, desde que observados os requisitos legais.

Bem andou o legislador pátrio abolindo a prisão preventiva obrigatória. Frederico Marques¹²³ destaca a sua origem ao afirmar que ela é “... *um dos exemplos desse autoritarismo processual, que devemos à política direitista do ‘estado novo’.* *Transladada do processo penal italiano da era de Mussolini, essa medida de coação é de profunda iniquidade e pode dar margem à prática de irreparáveis injustiças*”.

Francesco Carrara¹²⁴ já advertia que “*las precauciones com que la ley atiende a la restricción de la custodia preventiva, son el criterio por el cual debe juzgarse el grado de respeto que se les tiene a las libertades civiles de un pueblo*”.

Também a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos¹²⁵ (Pacto de San José da Costa Rica) de 22/12/69, que em seu art. 7º, 2, prevê a proibição de prisões arbitrárias, ao impor que a privação da liberdade só seja admitida pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.

A Lei 5941, de 22/11/73, alterou o sistema processual para permitir o recursos em liberdade, nos casos de pronúncia e de sentença condenatória recorrível, desde que preenchidos os requisitos que menciona.

A Lei 6416, de 24/05/67, promoveu profundas alterações no Código de Processo Penal, acrescentando o parágrafo único ao artigo 310 e dando nova redação ao art. 313, bem como introduzindo alterações no Capítulo IV sobre liberdade provisória com ou sem fiança (arts. 321 a 350).

¹²² O Pacto foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 266, de 12/12/91, e foi promulgado através do Decreto nº 592, de 06/07/92.

¹²³ *Op. Cit. p. 58.*

¹²⁴ *Programa de Derecho Criminal, Tomo II, § 897, nota 1, p. 375.*

¹²⁵ O Pacto de San José da Costa Rica foi aprovado pelo Congresso Nacional com o Decreto Legislativo nº 27, de 25/09/92, e promulgado pelo Decreto nº 678, de 06/11/92.

A Lei 11.340, de 07/08/2006, introduziu o inciso IV, ao art. 313, do Código de Processo Penal, tratando da admissão da prisão preventiva nos crimes dolosos que menciona.

A recente reforma do Código de Processo Penal em função da Lei 11689, de 09/06/08, sobre o Tribunal do Júri, em seu art. 413, § 3º e 492, I, “e” e da Lei 11719, de 20/06/08, sobre os procedimentos, em seu art. 387, § único, estabeleceram a regra do apelo em liberdade agora, salvo se presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva.

2.9 Lei Processual Penal no Espaço e Prisões Cautelares.

Como regra geral, o Código de Processo Penal, em seu artigo 1º, consagra o princípio da territorialidade da lei processual penal, significando que ela será aplicada a todo crime praticado no território nacional, em razão da soberania nacional.

O mesmo art. 1º citado, prescreve as exceções ao princípio da territorialidade relativamente:

I – aos tratados, convenções e regras de direito internacional;

II – as prerrogativas constitucionais do Presidente da República, dos ministros de Estado, nos crimes conexos com os do Presidente da República e dos ministros do Supremo Tribunal Federal, nos crimes de responsabilidade (Constituição Federal, arts. 50, § 2º, 52, I e parágrafo único, 85, 86, § 1º, II, e 102, I, b).

III – os processos da competência da justiça militar;

IV – os processos da competência do tribunal especial;

V – os processos por crime de imprensa.

Em seu parágrafo primeiro, o art. 1º dispõe que nos dois últimos casos (ns. IV e V), o Código de Processo Penal terá aplicação subsidiária *quando as leis especiais que os regulam não dispuserem de modo diverso*.

Também não se aplicam as normas de processo penal aos crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves públicas estrangeiras, em águas territoriais ou espaço aéreo brasileiros,

2.9.1 Tratados, Convenções e Regras de Direito Internacional.

A primeira exceção ao princípio da territorialidade da lei processual penal, diz respeito aos tratados, convenções e regras de direito internacional.

Tratado pode ser entendido como “*todo acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos*”, segundo o magistério de Francisco Resek, para quem *tratado* e *convenção* são termos correlatos¹²⁶.

Regras, como referidas no inciso I, do art. 1º do Código de Processo Penal, são as demais *regras de direito internacional* não abrangidas pelos tratados e convenções.

Como referidas por Resek¹²⁷ são os *costumes*, os *princípios gerais de direito internacional*, aceitos pela maioria das nações, na aplicação do seu direito interno, bem como as *decisões* tomadas pelas organizações internacionais.

2.9.2 Tratados de Direitos Humanos.

Os tratados internacionais de direitos humanos têm grande influência nos sistemas jurídicos penais dos países signatários, como ocorre com o Brasil, que assinou e ratificou a maioria deles.

Dentre os tratados e convenções aos quais o Brasil aderiu destacamos a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948; a Convenção Americana dos Direitos Humanos, de 1969, Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, de 1994.

A Convenção Americana dos Direitos Humanos, de 1969, ficou conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, é um diploma jurídico com significativos reflexos no processo penal brasileiro, ao dispor sobre: o direito à liberdade e à segurança pessoais (art. 7º.1); o direito de não ser preso salvo nas hipóteses previamente fixadas nas constituições dos Estados-Partes (art. 7º.2); proibição de prisão arbitrária (art. 7.3); direito de informação sobre as razões da prisão, bem como da imputação que lhe é feita (art. 7.4); direito de o preso ser conduzido à presença da autoridade competente, direito a um julgamento em tempo razoável, bem como à liberdade provisória (art. 7.5); direito ao controle judicial da legalidade da prisão (art. 7.6); garantia de acesso à justiça (art. 8º.1); presunção de inocência dos acusados (art. 8º.2); o direito à liberdade provisória (art. 8.2).

¹²⁶ *Direito Internacional Público*, pgs. 14 e 15.

¹²⁷ *Idem*, pgs. 122-146.

Tais normas integram o sistema jurídico como garantias processuais, aplicáveis ao processo penal vigente, eis que ratificadas desde 25 de setembro de 1992 (Dec. 678).

2.9.2.1 Conflito entre tratados e direito interno.

Duas são as teorias pertinentes ao eventual conflito entre tratados e direito interno:

a) dualista – de aplicação minoritária, adota duas ordens jurídicas diversas: a internacional e a interna. Preconiza o entendimento no sentido da necessidade, para a aceitação do tratado como lei interna, de sua “*transformação*” em direito interno.

b) monista – hoje majoritária, defende a existência de apenas uma ordem jurídica havendo divergências quanto à primazia do direito internacional sobre o direito interno: há quem defenda que o tratado jamais poderá contrariar a lei interna do país, máxime a Constituição, em homenagem à soberania nacional; há quem defenda a primazia absoluta da ordem jurídica internacional, inclusive, sobrepondo-se à Constituição. Há, ainda, alguns posicionamentos *conciliadores* buscando, ora a primazia do direito internacional, ora a do direito interno.

No Brasil, embora adote a teoria monista, é clara a preferência pelo direito interno sobre o direito internacional, máxime após o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, adotado em 1978, em decisão pioneira quando afirmou que a lei federal posterior afasta a aplicação de tratado anterior¹²⁸. Atualmente esse é o entendimento jurisprudencial dominante: o tratado jamais atenta contra a Constituição Federal e pode ser afastado por lei federal mais recente, exceto quando o tratado for o mais novo, quando, então, afetará a aplicação da lei federal.

Guilherme Nucci¹²⁹ aponta a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância quando a decisão *declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal* (art. 102, III, b), para sustentar *a equiparação de um e outro, ambos submetidos ao texto constitucional*.

¹²⁸ RE 80.004/SE. Relator para o acórdão Ministro Cunha Peixoto, in RTJ 83/809.

¹²⁹ Código de Processo Penal comentado, p. 63.

Francisco Resek¹³⁰ afirma a inexistência de norma alguma de direito internacional positivo assegurando a primazia do tratado sobre o direito interno, para concluir que somente leis anteriores podem ser afastadas por tratados mais recentes.

Sob o mesmo prisma, depois de minucioso exame da questão, Eloisa de Souza Arruda, dissertando sobre *O papel do Ministério Público na efetivação dos tratados internacionais de direitos humanos*, em tese com a qual obteve o título de Doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, conclui, *verbis*:

A par dessas considerações, o fato é que, desde o julgamento do indigitado RE n. 80.004, orienta-se a Suprema Corte pela paridade normativa entre os tratados e as leis, estando eles, conseqüentemente, subordinados à autoridade normativa da Constituição, por ser ela a expressão máxima da soberania estatal.

Destarte, em caso de conflito entre a norma internacional e a lei interna, por situarem-se ambas no mesmo patamar hierárquico, aplica-se o princípio segundo o qual a norma anterior é revogada quando conflita com a posterior. É a aplicação do clássico princípio *lex posterior derogat priori*.

Assim, em conclusão, segundo o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, o tratado somente terá primazia sobre leis federais quando for mais recente, sem, entretanto, jamais entrar em conflito com a Constituição Federal.

2.9.2.2 Normas internacionais sobre direitos humanos fundamentais.

As normas de proteção de direitos humanos que constarem de tratados firmados pelo Brasil deverão ingressar, no direito interno com *status* de norma constitucional, *ex vi* do disposto no art. 5º, § 2º da Constituição Federal¹³¹.

Neste sentido é o magistério de Sylvia Steiner¹³², *verbis*:

Exatamente em razão do fato de as normas de proteção e garantia de direitos fundamentais terem 'status' constitucional, devem a doutrina e, principalmente, a jurisprudência cuidar de resolver eventuais conflitos ou antinomias que possam surgir entre normas decorrentes da incorporação dos tratados e dispositivos elencados no texto constitucional. Assim, relevando-se a fonte, deve a solução atender aos princípios da equidade, interpretado-se as normas em conflito de forma a prevalecer no caso concreto a que for mais favorável ao indivíduo, a que decorra de princípios, ou a que amplie os direitos, tudo para se preservar o próprio sistema de proteção aos seres humanos.

¹³⁰ *Direito internacional público*, p. 103-104.

¹³¹ "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

¹³² *A convenção americana sobre direitos humanos*, p. 91.

Outro não é o entendimento de Pedro Dallari¹³³, *verbis*:

parece lógico, portanto, nos marcos de uma hermenêutica clássica, o entendimento de que, se a Constituição distinguiu os tratados de direitos humanos, o fez para assegurar-lhe uma condição mais relevante no quadro da hierarquia das normas jurídicas vigentes no Brasil do que aquela reconhecida para o restante das normas convencionais internacionais, sendo plenamente defensável, portanto a tese da equiparação constitucional dos primeiros.

Sobre o tema, Guilherme Nucci¹³⁴ expõe que os entendimentos acima epostos são reforçados pela introdução do § 3º, ao art. 5º da Constituição Federal¹³⁵, pela Emenda Constitucional n. 45, de 08/12/2004, sustenta que “... é possível que o Supremo Tribunal Federal somente venha a conhecê-los em tal amplitude se cumprido o disposto no § 3º, do art. 5º”, concluindo, *verbis*:

Em suma, os tratados e convenções sobre direitos humanos em vigor no Brasil continuam a fomentar o debate (tem ou não ‘status’ constitucional?), mas certamente os próximos deverão ser submetidos à votação qualificada nas duas Casas do Congresso e terão, com certeza, força de norma constitucional.

Vale ressaltar pela sua pertinência, a judiciosa observação de Eloisa de Souza Arruda que, em sua tese de doutorado citada, após bem examinar o tema e afirmar que o Supremo Tribunal Federal “... nunca aceitou outra posição que não a de que os tratados internacionais, quaisquer que sejam, têm paridade normativa com as leis originárias em geral”, conclui, *verbis*:

Nesse aspecto, é preciso observar que o entendimento do STF também é pacífico no sentido de não admitir preceito constitucional fora do texto formal da Constituição. Agora, esse posicionamento deverá ser revisto, na medida em que, caso aprovadas, nos termos do § 3 do art. 5º, as normas provenientes de tratados internacionais de direitos humanos serão equivalentes às emendas constitucionais, ficando, porém, no exterior do texto constitucional.

2.9.3 Imunidades Diplomáticas.

Do exposto é possível afirmar que, quando o Brasil firme um tratado, uma convenção ou integre um organização mundial qualquer, norteadas por regras internacionais, não serão aplicadas as normas processuais penais vigentes em nosso território.

¹³³ Constituição e Tratados Internacionais.p. 61.

¹³⁴ Manual de Processo Penal e Execução Penal, p. 135.

¹³⁵ “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

É o que ocorre, por exemplo, com a aplicação da Convenção de Viena, de 1961, assinada pelo Brasil que a referendou pelo Decreto 56.435/65, estabelecendo a *imunidade de jurisdição* para os *diplomatas de carreira* (de embaixadores a terceiro secretário, além dos membros dos quadros administrativo e técnico da sede diplomática, como tradutores e contabilistas, por exemplo, desde que recrutados no Estado acreditado), em todo o território nacional, quando estiverem a serviço de seu país de origem. A *imunidade de jurisdição* abrange também os familiares do diplomata de carreira, que são todos os seus parentes que habitam com ele e vivem sob sua dependência econômica, salvo se naturais do país acreditado, onde o diplomata está exercendo as suas funções. No caso de falecimento do agente diplomático, os seus familiares continuarão gozando da *imunidade de jurisdição* por lapso temporal razoável, até que deixem o Estado onde se encontrem. O mesmo ocorre na hipótese de rompimento das relações diplomáticas.

Assim, se qualquer embaixador cometer um crime em território brasileiro, não será punido aqui, o que significa que não serão aplicadas as regras do Código de Processo Penal vigente. Deve ser destacado que *imunidade* não significa *impunidade*, de modo que, pelos crimes que cometerem, tais pessoas deverão ser processadas e eventualmente punidas, nos Estados de origem.

Por outro lado, o embaixador poderá ser processado criminalmente (e neste caso a competência é do Supremo Tribunal Federal) se o país acreditante abrir mão da imunidade diplomática, como dispõe a Convenção de Viena, de 1961).

Como dispõe a Convenção de Viena, de 1963, ratificada pelo Brasil pelo Decreto 61.078/67, os funcionários consulares de carreira (*consul-geral, consul, vice-consul, agente consular*) também gozará da *imunidade de jurisdição*, caso cometa infração pertinente ao exercício de suas funções, no território do seu consulado.

Não gozam da imunidade os funcionários consulares honorários, inclusive o consul honorário. Também não fazem jus à imunidade os membros da família, nem os empregados pessoais, visto que não podem atuar, como previsto na Convenção, *no exercício da função*.

A imunidade destina-se a proteger os funcionários consulares no exercício de suas funções, nos limites geográficos do distrito consular. Destarte, como regra, não podem ser presos, salvo no caso de *crime grave*, por ordem da autoridade judiciária competente.

As imunidades assim estabelecidas o são em favor do Estado acreditante e não de seus representantes diplomáticos, que atuam nas relações de direito público entre os Estados envolvidos, ou consulares, que representam os interesses comerciais do Estado. Assim, ela pode ser renunciada pelo Estado acreditante, mas jamais pelo diplomata.

Hodiernamente a sede da embaixada ou legações são consideradas território do país onde se encontram situadas, de modo que para os crimes aí praticados por pessoas que não gozam das imunidades acima referidas, estão sujeitas à jurisdição do Estado onde se localizam a referida sede. Não obstante, a sede da embaixada é cocsiderada inviolável, em função da imunidade concedida aos agentes diplomatas.

2.9.4 Demais exceções previstas no art. 1º do Código de Processo Penal.

O inciso II, do art. 1º do Código de Processo Penal, prevê a chamada *jurisdição política*, porque, nas hipóteses alí menciconadas, a competência para o processo e julgamento será do Senado Federal, não do Poder Judiciário.

Para este trabalho é interessante destacar que o Presidente da República está isento de *prisão* enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns (CF, art. 86, § 3º). Ficará *suspens* de suas funções, se recebida a denúncia ou a queixa, nas infrações comuns, pelo Supremo Tribunal Federal ou após a instauração do processo pelo Senado Federal, nos crimes de responsabilidade (CF, art. 86, I e II).

Quando se tratar de de atos estranhos ao exercício de suas funções, o Presidente da República não pode ser responsabilizado (CF, art. 86, § 4).

No inciso III, a competência da Justiça Militar. Nestes casos o processo sujeitar-se-á à legislação especial, ou seja, ao que dispõe o Código de Processo Penal Militar (Decreto-lei 1002, de 21/10/69).

No inciso IV há menção ao Tribunal Especial que estava previsto no art. 122, n. 17, da Constituição Federal de 1937, mas atualmente está extinto. Os crimes contra a segurança nacional, previstos na Lei 7170/83, são da competência da Justiça Federal comum.

No inciso V é feita referência aos crimes de imprensa que atualmente são jultados pela justiça comum, seguem o rito especial estabelecido na Lei de Imprensa

(Lei 5250/67), prevendo o seu art. 48, a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal.

2.10. Emprego de força.

Para a efetivação da prisão, como regra geral, não é permitido o emprego da força.

As exceções ficam por conta do disposto no art. 284, do Código de Processo Penal, que ressalva a força indispensável no caso de resistência e na hipótese de tentativa de fuga.

Fora dessas duas hipóteses qualquer tipo de força contra o capturado poderá configurar crime previsto na Lei 4898, de 09/12/65.

A *resistência* referida no artigo em comento é a resistência ativa, não a passiva. Nesse segundo caso o capturado apenas faz oposição passiva ao seu deslocamento, como por exemplo, jogar-se no chão ou agarrar-se em um poste.

Já a resistência ativa, quando ele ou terceiro, por exemplo, agride o executor da captura, ou faz ameaças com armas, permite o emprego da força necessária para vencer a oposição.

Em caso de fuga do capturado, a força será aquela necessária para evitá-la, como o ato de agarrar o capturado; amarrar-lhe pernas e braços; uso de algemas etc.

A autoridade policial ou seus agentes, assim agindo, estarão amparados pela excludente do estrito cumprimento do dever legal (CP, art. 23). Ressalte-se que a força empregada será aquela estritamente necessária para o cumprimento do dever legal que é a efetivação da prisão.

Na hipótese de prisão em flagrante efetivada por qualquer do povo, como permitido pelo Código (art. 301), o emprego da força necessária para vencer a resistência ou impedir a fuga, não constituirá crime *ex vi* da excludente do exercício regular de um direito (CP, art. 23).

Quando ao disparo de arma de fogo contra o capturado, pensamos que o fato exige reservas. Evidente que se o capturado resistir ativamente, investindo contra os policiais que executam a prisão, estes poderão agir em legítima defesa, desde que o façam usando moderadamente dos meios necessários, inclusive disparando contra o agressor, matando-o.

Fora da hipótese de legítima defesa, especialmente no caso de fuga, entendemos que não se justifica o disparo de arma de fogo contra o capturado. Se necessário a polícia deverá persegui-lo e, obtendo reforço, efetuar a prisão sem a necessidade de atingi-lo com tiros.

Por isso não concordamos com a lição de Tourinho Filho que defende a possibilidade, no caso de fuga, de a polícia atirar, atingindo aquele que deve ser preso, na perna¹³⁶.

2.11 Uso de Algemas.

A Lei 7210, de 11/07/84 (Lei de Execução Penal), dispõe, em seu art. 199, que: “o emprego de algemas será disciplinado por decreto federal”.

Não obstante, mesmo decorridos mais de vinte anos, o assunto não mereceu a atenção dos nossos legisladores.

Daí porque as algemas são usadas de forma indiscriminada, em todos os casos de prisão, ainda que seja evidente a sua desnecessidade.

No uso de algemas a polícia deveria, ao menos, pautar-se pelo disposto no art. 284, do Código de Processo Penal: quando *indispensável* para vencer a resistência ativa ou impedir a fuga do preso.

Entretanto, não é o que ocorre, visto que, como já destacado, as algemas são usadas em todas as prisões, máxime naquelas que envolvem pessoas famosas, cuja prisão provoque interesse da mídia¹³⁷.

A questão não é nova. No Império, vigente o Decreto n. 8824, de 22/11/871, dispunha o seu art. 18, *verbis*:

além do que está disposto nos arts. 12 e 13 da Lei n. 2033, de 20 de setembro de 1871, a autoridade que ordenar ou requisitar a prisão e o executor dela observarão o seguinte: o preso não será conduzido com ferros, algemas ou cordas, salvo o caso extremo de segurança, que deverá ser justificado pelo condutor; e, quando não o justifique, além das penas em que incorrer, será multado na quantia de dez a quinhentos mil-reis pela autoridade a quem for apresentado o mesmo preso.

No Estado de São Paulo vigorou o Decreto n. 19903, de 30/10/1950, que permitir a o uso de algemas, dispondo o seu art. 1º *verbis*:

o emprego de algemas far-se-á na Polícia do Estado, de regra, nas seguintes diligências: a) condução à presença da autoridade dos delinquentes detidos em flagrante, em virtude de pronúncia ou nos demais casos previstos em lei, desde que ofereçam resistência ou tentem a fuga; b)

¹³⁶ *Manual de Processo Penal*, cit. p. 614.

¹³⁷ Cf. Tourinho Filho, ob. cit., p. 616.

quando do transporte de um para outra dependência, ou remoção de um para outro presídio dos presos que pela sua periculosidade possam tentar a fuga.

No seu art. 2º, referido Decreto dispunha, *verbis*:

os abusos e irregularidades, no emprego do meio de contenção de que trata o presente decreto, serão levados ao conhecimento do Secretário da Segurança Pública ou aos Delegados auxiliares, que procederão, rigorosamente, contra as autoridades ou agentes faltosos, instaurando os procedimentos cabíveis à completa apuração de sua responsabilidade e aplicando as penas correspondentes nos termos da legislação em vigor.

Por outro lado, a Resolução n. 14, de 11/11/94, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, dispõe em seu art. 29, *verbis*:

os meios de coerção, tais como as algemas, e camisas de força só poderão ser utilizados nos seguintes casos: I – como medida de precaução contra fuga, durante o deslocamento do preso, devendo ser retirados quando do comparecimento em audiência perante a autoridade judiciária ou administrativa; II – por motivos de saúde, segundo recomendação médicas; III – em circunstâncias excepcionais, quando for indispensável utilizá-los em razão de perigo iminente para a vida do preso, do servidor ou de terceiros.

A mesma Resolução, em seu art. 30, proíbe “... o transporte de preso em condições ou situações que lhe imponham sofrimentos físicos”.

Em 2008 a Lei 11689 alterou o procedimento para os crimes da competência do Tribunal do Júri, dispondo no art. 474 § 3º, *verbis*:

não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes.

Em seguida, o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária de 13/08/08, houve por bem expedir a Súmula Vinculante n. 11, dispondo, *verbis*:

Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Do exposto, sem dúvida, podemos inferir duas conclusões:

a) o uso de algemas sempre foi permitido em função da necessidade de contenção do preso caso de tentativa de fuga ou da periculosidade por ele demonstrada. Jamais em situações outras, que pudessem configurar qualquer tipo de abuso.

b) a falta de disposição legal expressa sobre o uso de algemas não permite à polícia o seu emprego indiscriminado, eis que os dispositivos acima expostos servi-

rão, no mínimo, de parâmetro para a sua atuação quando da prisão de qualquer cidadão. De qualquer modo, a Súmula Vinculante n. 11 não deixa qualquer margem para dúvidas sobre o uso de algemas.

Há vários projetos de lei tramitando na Câmara dos Deputados, regulamentando o uso de algemas, inclusive o PDC n. 853, de 2008, propondo sustar os efeitos da Súmula Vinculante n. 11, do Supremo Tribunal Federal¹³⁸.

Em conclusão, merece ressaltar com fundamento na judiciosa opinião de Antonio Alberto Machado¹³⁹ que, após a edição da Súmula vinculante n. 11, do Supremo Tribunal Federal, o eventual uso de algemas, fora das hipóteses ali expressamente referidas, viola abertamente princípios e direitos constitucionalmente garantidos, tais como: a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, II e III); a honra e a imagem (CF, art. 5º, X), bem como a integridade moral dos presos (CF, art. 5º, XLIX) além da presunção de inocência (CF, art. 5º LVII), revelando-se incompatível com um processo de garantias, comprometido não apenas com a repressão mas, principalmente, com o resguardo dos direitos fundamentais da pessoa.

Não é só. Tal prática, doravante, acarretará a nulidade da prisão que deverá, então, ser relaxada, a sujeição do agente estatal às penas previstas para crime de abuso de autoridade (Lei 4898/65, art. 4º, “b”¹⁴⁰), bem como, nos termos da Súmula vinculante n. 11, do Supremo Tribunal Federal, a responsabilidade civil do Estado, de natureza objetiva.

¹³⁸ www2.camara.gov.br/proposicoes, acessado em 21/01/09.

¹³⁹ Curso de Processo Penal, p. 554.

¹⁴⁰ *Constitui também abuso de autoridade: b – submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei.*

Capítulo III

Prisão em Flagrante.

3.1 Considerações Gerais

A prisão em flagrante delito está prevista no Código de Processo Penal, nos arts. 301 a 310 e ocorre quando o sujeito ativo se encontra em qualquer das hipóteses previstas no art. 302 referido. Resulta, portanto, de mera casualidade, como salienta Fernando de Almeida Pedroso¹⁴¹.

Segundo o magistério de Hélio Tornaghi¹⁴², depois de apontar a origem da palavra *flagrante*, ensina, *verbis*:

Flagrante é, portanto, o que está a queimar e, em sentido figurado, o que está a acontecer. Daí dizer-se flagrante, também, o que é claro, manifesto. Flagrância sugere, em primeiro lugar, atualidade e, em segundo, evidência. Diz-se que é flagrante não só o que é atual mas ainda o que é patente, inequívoco.
'Crime flagrante' é, antes de mais nada, o que está sendo perpetrado.

Trata-se, portanto, de medida de restrição da liberdade do indigitado autor da infração penal, informada pelos critérios da *excepcionalidade; necessidade e provisoriedade*, sujeita ao controle jurisdicional diferido.

O conceito de ***flagrante*** também pode ser encontrado na lição de Mirabete¹⁴³, *verbis*:

a palavra '**flagrante**' é derivada do latim 'flagare' (queimar) e 'flagrans', 'flagrantis' (ardente, brilhante, resplandecente), que no léxico, é acalorado, evidente, notório, visível, manifesto. Em sentido jurídico, '**flagrante**' é uma qualidade do delito que está sendo cometido, praticado, é o ilícito patente, irrecusável, que permite a prisão do seu autor, sem mandado, por ser considerado a 'certeza visual do crime'. Assim, a possibilidade de se prender alguém em flagrante delito é um sistema de autodefesa da sociedade, derivada da necessidade social de fazer cessar a prática criminosa e a perturbação da ordem jurídica, tendo também o sentido de salutar providência acautelatória da prova da materialidade do fato e da respectiva autoria.

Tales Castelo Branco¹⁴⁴, com base no magistério de Raphael Magalhães, ensina que "*flagrante delito* significa o delito ainda 'queimante', 'ardente', 'a certeza visual do crime'".

Entendemos que a manutenção da prisão em flagrante subordina-se à estrita legalidade e necessidade.

A legalidade será aferida diante das hipóteses consubstanciadas no art. 302, do Código de Processo Penal, que não admitem interpretação ampliada.

¹⁴¹ *Processo Penal. O direito de defesa: repercussão, amplitude e limites*, 3ª ed., p. 93.

¹⁴² *Manual de Processo Penal*, vol. I, p. 468.

¹⁴³ *Ob. Cit. P.* 401.

¹⁴⁴ *Ob. cit.* p. 16.

A necessidade decorre do reconhecimento dos requisitos autorizadores da prisão preventiva (CPP, art. 312), posto que, se ausente qualquer deles, a prisão em flagrante, embora legal, será desnecessária, ensejando, destarte, a concessão da liberdade provisória mediante termo de compromisso de comparecimento aos demais atos do processo, *ex vi* da conjugação do disposto no inciso LXVI, do art. 5º, da Constituição Federal, com a regra consubstanciada no parágrafo único, do art. 310, do CPP

Para Guilherme Nucci¹⁴⁵, o fundamento da prisão em flagrante é, *verbis*:

... justamente poder ser constatada a ocorrência do delito de maneira manifesta e evidente, sendo desnecessária, para a finalidade cautelar e provisória da prisão, a análise de um juiz de direito. Por outro lado, assegura-se prontamente a colheita de provas da materialidade e da autoria, o que também é salutar para a verdade real, almejada pelo processo penal

Por seu turno, para Fernando da Costa Tourinho Filho¹⁴⁶ justifica-se a prisão em flagrante porque, *verbis*:

... sendo o flagrante a certeza visual do crime, preso o autor da infração, no instante mesmo da perpetração do delito, torna-se mais fácil a colheita da prova a respeito da materialidade e da autoria. Por outro lado, às vezes ela se justifica para obstar a consumação do crime; se este já foi consumado, para assegurar a aplicação da lei penal, se, por acaso, for necessário manter o autor segregado e essa necessidade está em função da presença, ou não, daquelas circunstâncias que autorizam a prisão preventiva de que tratam os arts. 312 e 310, parágrafo único, todos do CPP.

3.2 Natureza Jurídica

Trata-se de uma das modalidades de custódia cautelar de natureza administrativa, a única que dispensa, por óbvio, o controle jurisdicional prévio. Tal controle será feito depois de sua efetivação, por ocasião do recebimento, pelo juiz competente, da comunicação de sua ocorrência.

Infere-se o caráter administrativo da prisão em flagrante pelo disposto no art. 301, do Código de Processo Penal, que distingue o flagrante facultativo do flagrante compulsório, estabelecendo nesta atividade obrigatória para as autoridades policiais e seus agentes e, naquele, facultando a ação de qualquer do povo, na prisão do agente do crime.

¹⁴⁵ Código de Processo Penal cit. P. 560.

¹⁴⁶ Processo Penal. p. 493.

Tales Castelo Branco¹⁴⁷ afirma que a prisão em flagrante, além de ato estatal de força, também é uma modalidade de prisão cautelar penal administrativa, *verbis*:

É 'prisão' porque restringe a liberdade humana; é 'penal' porque foi realizada na área penal; é 'cautelar' porque expressa uma precaução (uma cautela) do Estado para evitar o perecimento de seus interesses; e é 'administrativa' porque foi lavrada fora da esfera processual, estando, portanto, pelo menos no momento de sua realização, alheia à relação processual, expressando o exercício da atividade administrativa do Estado.

É verdade que a 'prisão em flagrante' só inicialmente é administrativa. Posteriormente, vai interferir na relação processual, que se forma no juízo penal, produzindo conseqüências diversas. O seu momento coativo culminante é, entretanto, exclusivamente administrativo, e não judiciário. A prisão em flagrante é, portanto, medida cautelar, administrativamente realizada, traduzindo procedimento de autodefesa estatal, que se caracteriza por um ato de coação extrajudicial.

Guilherme Nucci¹⁴⁸ afirma sobre o assunto:

“Natureza jurídica da prisão em flagrante: é medida cautelar de segregação provisória do autor da infração penal. Assim, exige apenas a aparência da tipicidade, não se exigindo nenhuma valoração sobre a ilicitude e a culpabilidade, outros requisitos par a configuração do crime. É o ‘fumus boni jûris’ (fumaça do bom direito). Tem, inicialmente, caráter administrativo, pois o auto de prisão em flagrante, formalizador da detenção, é realizado pela Polícia Judiciária, mas torna-se jurisdicional quando o juiz, tomando conhecimento dela, ao invés de relaxá-la, prefere mantê-la, pois considerada legal.

3.3 O Controle Jurisdicional

A prisão em flagrante é a única modalidade de prisão cautelar que dispensa o prévio controle jurisdicional, que, destarte, fica diferido para momento posterior. Diante do ordenamento jurídico vigente, a prisão em flagrante só deve ser mantida quando atender aos seguintes requisitos:

a) corresponder a uma das hipóteses previstas no art. 302, do Código de Processo Penal, isto é, a prisão há de ser legal, pois do contrário será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária (CF, art. 5º, LXV).

b) em se tratando de hipótese legal, o juiz examinará a necessidade de sua manutenção, o que fará considerando duas situações: primeiro, que o preso não tenha agido amparado por alguma excludente de antijuridicidade; segundo, perquirirá a presença de algum (ou de todos) os requisitos autorizadores da prisão preventiva. Ausentes tais requisitos, deverá conceder ao preso o benefício da liberdade provisória nos termos do disposto no art. 310 e seu parágrafo, do Código (CF, art. 5º, LXVI).

¹⁴⁷ *Ob. Cit.* p. 13.

¹⁴⁸ *Código de Processo Penal Comentado cit*, p. 595.

Assim, resumindo, após o advento da Constituição Federal vigente tornou-se obrigação constitucional de o juiz criminal relaxar o flagrante, quando a prisão se apresente ilegal, bem como também tornou-se seu dever constitucional conceder ao agente o benefício da liberdade provisória caso a prisão em flagrante, legal, se mostre desnecessária.

Este é o entendimento de Afrânio da Silva Jardim¹⁴⁹, *verbis*:

De uma forma ou de outra, diante do direito constituído, logo após o pronunciamento do ministério público, deverá o juiz verificar se existem os pressupostos elencados no art. 312 que, como vimos anteriormente, caracterizam o 'periculum in mora'. Caso contrário, concederá liberdade provisória ao preso. A existência do 'fumus boni juris' igualmente deverá ser apreciada nesta oportunidade, à luz do que dispõe o 'caput' do mencionado art. 310, do Código de Processo Penal.

Não padece dúvida de que isto importou na consagração legislativa da natureza cautelar da prisão em flagrante. Agora, segundo cremos, a prisão em flagrante somente poderá subsistir se ficar constatada, em decisão fundamentada, a existência dos requisitos do art. 312, sem o que a sua manutenção será desnecessária e, por conseguinte, arbitrária e ilegal.

O não cumprimento desse dever constitucional ou o indevido retardamento no examinar o caso poderá acarretar para o juiz responsabilidade, até criminal, consoante dispõe a Lei 4898/65 (art. 4º, "d" e "e")¹⁵⁰.

Relaxar a prisão em flagrante não se confunde com o benefício da liberdade provisória porque esta é medida de contracautela, substitutiva daquela, mediante compromisso legalmente previsto, enquanto que o relaxamento consiste na outorga plena da liberdade, sem restrição de nenhuma natureza.

A Lei 6416/77 acrescentou o parágrafo único ao art. 310, do CPP, determinando a concessão da liberdade provisória ao preso em flagrante, mediante compromisso de comparecimento aos demais atos do processo sob pena de revogação do benefício, quando ausentes os requisitos ensejadores da prisão preventiva. Desse modo e a partir daí, quando o ato praticado pelo agente ativo não encontrar agasalho nas excludentes de antijuridicidade, a prisão em flagrante só será mantida se e quando o juiz verificar a existência, no caso concreto, de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva¹⁵¹.

¹⁴⁹ *Direito Processual Penal*, p. 251.

¹⁵⁰ "Art. 4º: Constitui também abuso de autoridade:

d – deixar o juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada.

e – levar à prisão e nela deter quem quer que se proponha a prestar fiança, permitida em lei".

¹⁵¹ "A nova sistemática legal (Lei 6416/77) não se satisfaz mais, para a subsistência da prisão em flagrante, com um auto revestido de todas as formalidades legais, exigindo, além disso, que se demonstre, de forma satisfatória, a necessidade dessa prisão em face dos requisitos objetivos e subjeti-

Destarte, pela conjugação dos preceitos consubstanciados nos incisos LXII; LXV e LXVI, todos do art. 5º, da Constituição Federal¹⁵² e do disposto no art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal¹⁵³, o juiz criminal imbuído de sua importantíssima função de *custos libertatis*¹⁵⁴, ao receber uma comunicação da prisão em flagrante, qualquer que seja o sujeito ativo, verificará, em primeiro lugar, se realmente se trata de flagrante delito, isto é, se se enquadra em uma das hipóteses previstas no art. 302, do Código de Processo Penal, pois, caso contrário, deverá relaxar a prisão imediatamente, como determina a Constituição Federal. Quando o flagrante for legal, deverá, ainda, examinar a eventual necessidade da custódia diante dos requisitos que autorizam a prisão preventiva vale dizer, pensará assim: “*se não fosse o flagrante, decretaria a prisão preventiva por tal ou qual motivo, comprovado nos autos*”, mantendo, portanto, a custódia, mediante despacho fundamentado. Ainda pensará, “*se não fosse o flagrante, não decretaria a prisão preventiva porque não se faz necessária para a garantia da ordem pública ou econômica; por conveniência da instrução ou para assegurar a aplicação da lei penal*”, caso em que concederá ao sujeito ativo, incontinentem¹⁵⁵, a liberdade provisória preconizada no art. 310, e seu parágrafo único, do Código de Processo Penal¹⁵⁶.

Corroboram o nosso entendimento o magistério de Afrânio Silva Jardim¹⁵⁷, *verbis*:

vos autorizadores da decretação da prisão preventiva” RT 510/365; 539/324; Julgados do TACrim-SP 49/127; 50/115; 62/89; 63/113; 64/90.

¹⁵² CF, art. 5º, LXII: “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente...”; LXV: “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”; LXVI: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”- travessões nossos.

¹⁵³ CPP, art. 310, § único: “igual procedimento – a concessão de liberdade provisória mediante compromisso de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação do benefício, previsto no ‘caput’ – será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inoccorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva”;

¹⁵⁴ Adauto Suannes ao comentar o art. 654, § 2º do CPP, assim conclui: “isso significa a consagração não só do ‘jus libertatis’ como do papel de garantidor das garantias constitucionais que se deve reconhecer ao juiz criminal”. Porque, esclarece o autor, como ‘custos libertatis’ o juiz “tem o dever de zelar pela regularidade do processo, para que o ‘fair trial’ seja obtido”. (ob. Cit. Pgs. 283/284). É que, para ele, com razão, não se concebe que o juiz não cumpra um preceito constitucional, pois “...se um juiz se recusa a cumprir um preceito constitucional, com que autoridade moral exigirá dos jurisdicionados que cumpram algo bem menos relevante, como uma lei, um decreto ou uma portaria?” (idem, p. 322). Porque, como consigna importante alerta, “a conduta antiética das pessoas não pode justificar resposta antiética do Estado” (idem, p. 324).

¹⁵⁵ CF, art 5º, LXVI, citado.

¹⁵⁶ Daí porque entendemos, inconstitucional e não só ilegal, a conduta de alguns juízes que, em desacordo com o comando constitucional, difere o exame da legalidade do flagrante ou a concessão da liberdade provisória, para depois do interrogatório, ou para depois da chegada do inquérito em juízo ou, ainda, condiciona-a a eventual pedido da defesa, dentre outras procrastinações.

¹⁵⁷ Ob. Cit. p. 252-253.

De tudo se conclui que também a prisão em flagrante de delito poderá, ou melhor, deverá ser submetida a um criterioso juízo de necessidade, diante da regra do art. 312. A qualquer momento, insubsistentes os motivos que autorizariam a decretação da prisão preventiva, o juiz concederá ao acusado a liberdade provisória vinculada. Parece-nos absolutamente lógico que não se deva manter alguém preso se caso estivesse solto, não fosse preciso a sua prisão. Em outras palavras, assim deve raciocinar o magistrado: se o acusado estivesse solto, eu não poderia prendê-lo; preso eu devo solta-lo.

A prisão preventiva e a decorrente de flagrante são efetivadas 'rebus sic stantibus', consoante se acabou de constatar.

Importante ressaltar que, segundo farta jurisprudência¹⁵⁸ a regra do parágrafo único do art. 310, do Código de Processo Penal não atribui ao juiz mera faculdade, mas sim outorgou ao preso em flagrante, o direito subjetivo processual de readquirir a sua liberdade, quando ausentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva.LXV

Importante é o esclarecimento de Pedro Henrique Demercian¹⁵⁹, sobre a expressão “poderá”, constante do art. 310., parágrafo único do Código de Processo Penal, *verbis*:

Como se pode falar em faculdade do juiz, quando a própria lei estabelece que a prisão cautelar, seja na modalidade prisão preventiva ou na hipótese de flagrante, somente poderá ser decretada (ou mantida) quando presentes os requisitos dos arts. 311, 312 e 312 do Código de Processo Penal. Não é por outra razão que a Constituição Federal estabelece que '*ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança*' (art. 5º, inciso LXVI).

O Código de Processo Penal, ao estabelecer que o juiz 'poderá' conceder a liberdade, apenas usa essa expressão para designar um 'dispor de autoridade', isto é, só o juiz poderá conceder a liberdade e mais ninguém.

3.4 Sujeito Passivo

Em princípio, toda e qualquer pessoa pode ser presa em flagrante delito. As exceções decorrem das hipóteses da não aplicação das normas de processo penal, nos casos previstos no parágrafo único do art. 1º do Código de Processo Penal, já comentadas no item 2.9.

Entretanto, algumas pessoas, em razão das funções que desempenham, sujeitam-se a regras próprias relativamente à sua prisão. Não se trata de privilégio, como pode parecer diante de um exame perfunctório da questão. Na realidade, tra-

¹⁵⁸ RT 510/364; 511/369; 514/446; 521/354; 559/334; 562/330; 565/287 e 317; 568/293; 577/358; 601/349. Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo: 48/127; 62/89; 63/113; 68/103 e 160; 69/115; 70/107 e 135; 73/130 e 175; 75/117; 82/146; 83/488; 84/145; 87/110, dentre inúmeros outros julgados.

¹⁵⁹ *Ob. cit.*, p. 199.

ta-se de uma prerrogativa do cidadão em razão da função relevante em que está investido. São as seguintes hipóteses:

a) Magistrados e membros do Ministério Público - não podem ser presos se não na hipótese de crime inafiançável, caso em que, após a lavratura do auto, deverão ser apresentados ao Presidente do Tribunal ou ao Procurador Geral de Justiça ou da República, conforme o caso (v. arts. 312 e 313, parágrafo único, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo,), *ex vi* do disposto na Lei Orgânica da Magistratura (art. 33, II), bem como na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (art. 40, III).

b) Advogado – somente poderá ser preso em flagrante nos crimes inafiançáveis, praticados no exercício das funções, como dispõe o art. 7º, § 3º, do Estatuto da Advocacia. Neste caso ele tem direito à presença de um representante da OAB, sob pena de relaxamento da prisão em flagrante e, na hipótese de crime afiançável, a sua prisão deverá ser comunicada à Seccional da OAB (no seu art. 7º, IV).

c) Membros do Congresso Nacional – desde a expedição do diploma só poderão ser presos em flagrante de crime inafiançável, cujo processo será enviado, em 24 horas, à respectiva Casa Legislativa, que decidirá sobre a prisão (CF, art. 53, § 2º).

Os deputados estaduais gozam da mesma prerrogativa, *ex vi* do disposto no art. 27, § 1º da Constituição Federal. Regra idêntica é encontrada na Constituição do Estado de São Paulo (art. 8º, § 1º).

d) Crimes de ação penal privada – em se tratando de crimes de ação penal pública condicionada e de ação privada, é possível haver a prisão em flagrante quando a vítima, presente ao ato de formalização da prisão, dá a sua autorização. Se ausente, ou se for incapaz, o auto de prisão em flagrante poderá ser lavrado, mas haverá necessidade de ser colhida a manifestação dela ou de seu representante legal, consoante magistério de Guilherme Nucci¹⁶⁰.

Sobre a questão, Tales Castelo Branco¹⁶¹, com base na solução proposta por Basileu Garcia, afirma, *verbis*:

Justifica-se a captura porém, a lavratura do auto de prisão em flagrante só ocorrerá se a vítima ou seu representante legal demonstrar o seu interesse neste sentido, dentro do prazo improrrogável de vinte e quatro horas, que é aquele destinado para o encerramento da peça coativa, uma vez que, neste lapso temporal, o atuado já deverá ter recebido a

¹⁶⁰ Código de Processo Penal Comentado, cit. p. 596.

¹⁶¹ Da Prisão em Flagrante. Cit p. 70-71.

Nota de Culpa. Para a autuação basta a manifestação inequívoca da vítima ou de seu representante legal, não sendo necessária, ainda a representação ou a queixa. Entretanto, se, no prazo de vinte e quatro horas (prazo estabelecido para entrega da Nota de Culpa) o flagrante não estiver lavrado, impõe-se a soltura do preso.

É sabido que para a representação não há necessidade de fórmula sacramental, bastando a simples manifestação de vontade do ofendido, no sentido de que se promova a responsabilização do autor do delito.

3.5 Espécies

Inferem-se do disposto no art. 302 do Código de Processo Penal as seguintes espécies de prisão em flagrante, na visão de Tales Castelo Branco¹⁶²:

a) *flagrante próprio* ou *real* – ocorre quando o agente é surpreendido no momento em que está cometendo a infração ou acabou de cometê-la (art. 302, I e II).

b) *flagrante impróprio* ou *quase-flagrante* – configura-se quando o agente é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser ele o autor da infração (art. 302, III),

c) *flagrante presumido* ou *ficto* – configura-se quando o agente é encontrado, logo depois, com instrumentos, papéis ou objetos que façam presumir ser ele o autor da infração (art. 302, IV).

Comentando sobre o traço comum aos casos de quase-flagrância, Hélio Tornaghi¹⁶³ manifesta a sua opinião de que as hipóteses previstas nos incisos II, III e IV, do art. 302, do CPP, são todas de *quase-flagrância*, declarando que “... não havendo razão para limitar a qualificação de quase-flagrante ao primeiro e de flagrante ficto aos outros: a palavra latina ‘quasi’ não tem nenhum sentido temporal”.

Em seguida, mostra a diferença entre as várias hipóteses, *verbis*:

A do n. II (aquela do sujeito que acaba de cometer a infração) diverge das dos ns. III e IV (a de quem é perseguido ‘logo após’ o crime ou ‘encontrado logo depois’ do crime):

1º - pela circunstância de tempo;

2º - pela circunstância de modo;

Quanto ao tempo: No caso do n. II o sujeito é encontrado no momento ‘imediatamente’ sucessivo à prática do crime (‘imediatamente dopo’. ‘unmittelbar nach der Tat’). Entre a prática do crime e o surpreendimento do autor não houve nenhum acontecimento (relevante). No caso dos números III e IV o sujeito é perseguido ou é encontrado ‘logo após’, ‘logo depois’, isto é, em seguida (‘dans un temps’, ‘très voisin de l’action’). O crime foi praticado pouco antes de começar a perseguição ou de ser encontrado o sujeito (‘poco prima’) (‘vient de se commettre’).

¹⁶² Ob. cit. p. 40.

¹⁶³ *Manual de Processo Penal*. P. 477.

Quanto ao modo: No caso do n. II, as mesmas circunstâncias que revelam ter o agente ‘acabado de praticar a infração’, fazem presumir-lhe a autoria e permitem considerá-lo em flagrante. No caso dos ns. III e IV o sujeito não é preso ‘imediatamente’ após o crime, ‘um pouco depois’. Entre o término da ação criminosa e a prisão ocorrem alguns acontecimentos, passa algum tempo. Mas o ‘modo’ pelo qual ele é preso permite presumir a autoria.

Qualquer outra situação, como a apresentação espontânea do agente, por exemplo, não configura a situação de flagrante embora permita a prisão preventiva (CPP, art. 317)¹⁶⁴; também não autoriza a prisão do agente efetivada após passadas várias horas do fato, sem que ocorram perseguição ou encontro do agente nas condições mencionadas no inciso IV, do art. 302¹⁶⁵; quando o agente se entrega à Polícia após o fracasso da perseguição¹⁶⁶ ou, ainda, quando a prisão é efetuada por mera casualidade, distante do local do crime, se os executores o ignoravam até então¹⁶⁷.

Sobre o encontro casual, na hipótese de “quase flagrante”, Pedro Henrique Demercian¹⁶⁸ esclarece, *verbis*:

Neste caso, não basta uma simples procura ou a localização ocasional. É necessário que haja uma perseguição imediata, lógica e coordenada até a prisão do agente. Assim é que, se a prisão ocorrer por mera causalidade, em local diverso da prática do crime e seus responsáveis ignoravam que o detido era o criminoso, não á que se falar em situação de flagrância.

Tales Castelo Branco¹⁶⁹ entende que “*não perduram mais dúvidas de que o autor do crime, que acaba de ser cometido, não pode ser preso em flagrante quando de sua ‘apresentação espontânea’ à autoridade*”, embora reconheça que “*não há regras matemáticas para o aferimento dessa ‘espontaneidade’, tudo dependendo das variações concretas de cada caso*”.

Em abono dessa conclusão, argumenta que não há que se falar em inexistência da flagrância, mas há que se considerar o interesse político-criminal em valorizar

¹⁶⁴ Ainda assim ocorrem prisões em flagrante, apesar de a hipótese não se enquadrar em nenhum dos casos mencionados no art. 302, do CPP. Assim é que, por exemplo, em 1993, na Zona Sul de São Paulo-SP, um comerciante foi preso em flagrante após tirar a vida do bandido que o assaltava e se apresentar espontaneamente no 92 DP da Capital, onde permaneceu preso por várias horas. Somente foi solto por ordem do Juiz Guilherme de Souza Nucci, em exercício no 3º Tribunal do Júri da Capital, quando procurado que foi pelo Delegado Diretor do Decap (Departamento de Polícia Judiciária da Capital) que comparecera ao 92º DP, para solucionar o caso, “*apud*” Carlos Alberto Marchi de Queiroz, “*in*”, “*Flagrante: pode a autoridade policial relaxá-lo?*”, p. 23-26.

¹⁶⁵ RJTJSP 118/558. No mesmo sentido: Julgados do TACrim-SP 62/54.

¹⁶⁶ Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (LEX) 102/351. No mesmo sentido: RT 514/437; 517/376; 527/355; 536/386; 549/416; 596/337; 616/400.

¹⁶⁷ RT 527/304.

¹⁶⁸ *Ob. Cit.* p. 53.

¹⁶⁹ *Ob. Cit.* p. 83.

o gesto daquele que se apresenta espontaneamente, demonstrando que não se furará às conseqüências de seu ato, ao contrário daquele “... *que foge, ou, de alguma forma, procura dificultar, ou inutilizar o trabalho da persecução criminal, ...*”.

Guilherme Nucci¹⁷⁰, embora entendendo que a apresentação espontânea do autor do fato à autoridade policial possa impedir a lavratura da prisão em flagrante, “... *por ausência dos requisitos do art. 302, bem como pelo fato de o agente ter manifestado a nítida intenção de colaborar com a apuração do fato e sua autoria, o que afastaria o ‘periculum in mora’ ...*”, com base na lição de Tales Castelo Branco acima referida, argumenta que, excepcionalmente “... *a prisão em flagrante de quem se apresenta espontaneamente ‘pode’ ser possível, conforme o caso*”. Em seguida cita o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, prolatado nos autos do HC 341357, de Cubatão, 1ª C, rel. Des. David Haddad, 19.03.2001, vu, JUBI 61/01, no sentido de que “*a principal finalidade da prisão em flagrante é a de evitar a fuga do criminoso. Ora, se este se apresenta, espontaneamente, à autoridade policial, óbvio é que não há lugar para flagrante*”.

Entretanto, como relatado no anexo III, a apresentação espontânea do autor do fato à autoridade judiciária e, posteriormente, à autoridade policial, não impediu de o promotor de justiça requerer a sua prisão preventiva e ser atendido pela juíza em exercício no Primeiro Tribunal do Júri de São Paulo.

Segundo o magistério de Romeu Pires de Campos Barros¹⁷¹, não só a atualidade e a evidência do crime mas, também o temor de fuga, o perigo de desordens sucessivas; a necessidade de acautelar a prova ou, ainda, de se evitar represálias do ofendido ou de seus parentes, são circunstâncias que justificam a prisão em flagrante.

Entendemos que diante da apresentação espontânea do autor do fato à autoridade não deve ser lavrado o auto de prisão em flagrante. Em primeiro lugar, tal prisão não se enquadra em nenhuma das hipóteses elencadas no art. 302, do Código de Processo Penal. Em segundo lugar, ainda que assim não fosse, ela seria desnecessária pois neste caso (apresentação espontânea) é lícito presumir que ele não irá fugir, não pretende conturbar a colheita de provas bem como não atentará contra a ordem pública. Se assim não fosse, não se apresentaria espontaneamente. Em ocorrendo a apresentação espontânea do autor do fato, o correto é a autoridade la-

¹⁷⁰ Código de Processo Penal comentado, cit. p. 602.

¹⁷¹ Ob. cit. p. 122.

vrar um “*auto de apresentação espontânea*” que instruirá o inquérito e, se for o caso, a autoridade judiciária que decreta a prisão preventiva do autor do fato, devidamente fundamentada.

A doutrina e a jurisprudência oferecem, ainda, as seguintes denominações para várias espécies de flagrante:

a) *flagrante preparado*¹⁷² - trata-se de crime putativo por obra de agente provocador, em que a “vítima” ou a polícia induz o agente à prática do crime e se prepara para prendê-lo quando da execução, impedindo a consumação da infração¹⁷³.

Guilherme Nucci¹⁷⁴ afirma que se trata de “*crime impossível (art. 17), pois é inviável a sua consumação*” pois “*trata-se de um arremedo de flagrante*”. Esclarece que, entretanto, há exceções que ocorrem quando “*a polícia se vale do agente provocador, induzindo ou instigando o autor à prática um determinado delito, mas somente para descobrir a real autoria e materialidade de outro*”. Cita como exemplo, o tráfico ilícito de entorpecentes, quando “*... o policial se passe por viciado, desejoso de comprar drogas, o traficante ao ser detido, no ato da venda, não será autuado por ‘vender’, mas porque trazia consigo ou tinha em depósito substância entorpecente*”.

b) *flagrante esperado* – ocorre quando a vítima ou a polícia, cientes da iminente prática do crime, aguardam o momento da consumação para prender o agente em flagrante. Trata-se de hipótese perfeitamente legal que se enquadra no inciso I, do art. 302.

c) *flagrante forjado* – trata-se de hipótese na qual agentes policiais criam situação típica inexistente, para justificar o ato de prisão “*em flagrante*” do agente¹⁷⁵.

d) *flagrante prorrogado ou retardado* – previsto na Lei do Crime Organizado (Lei 9034/95, art. 2º, II) - consistente em ação controlada para “*...retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a elas vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações*”.

¹⁷² STF, Súmula 145: “*não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação*”.

¹⁷³ RT 636/287; 626/312; .

¹⁷⁴ *Código de Processo Penal comentado*, cit. p. 599.

¹⁷⁵ Exemplo típico é o caso do policial que coloca uma porção de substância entorpecente no bolso ou no interior do carro da pessoa que está sendo revistada, para justificar a arbitrariedade da prisão.

3.6 As expressões “*logo após*” e “*logo depois*”

Circunstância assaz complexa, tanto para a doutrina quanto para a jurisprudência, é a relativa à determinação do significado jurídico das expressões “*logo após*” e “*logo depois*”, encontradas no art. 302, III e IV, do Código de Processo Penal.

Não é possível considerar como flagrante diligências policiais mais ou menos felizes que, eventualmente, por mero acaso, venham descobrir e prender o autor do crime bem como, não há prisão em flagrante, em qualquer de suas modalidades, havendo sérias dúvidas quanto à autoria.

Entende-se, não obstante, que não há “quase-flagrante” se não há perseguição a pessoa certa, logo após o fato criminoso¹⁷⁶, da mesma forma que não há flagrante se o indivíduo não foi preso quando praticava ou acabava de praticar o crime, nem após efetiva perseguição¹⁷⁷.

As expressões “logo após” e “logo depois”, encontradas no art. 302, do Código de Processo Penal se impregnam de relativismo, exigindo uma relação de imediatismo, não se quantificando em termos matemáticos, mas humanos, devendo, assim, ser interpretadas restritivamente¹⁷⁸.

Segundo Tales Castelo Branco¹⁷⁹ “...*não havendo a lei fixado extensão temporal, as expressões ‘logo após’ e ‘logo depois’ só poderão ser interpretadas restritivamente, não podendo o agente haver passado à prática de atos estranhos à infração penal*”.

3.7 Nota de Culpa

Dispõe o art. 306, § 2º, do Código de Processo Penal que, efetuada a prisão, será dada ao preso nota de culpa no prazo de 24 horas.

Tendo em vista que as vinte e quatro horas serão contadas da prisão e não do encerramento do auto, e, ainda, que esse prazo não deve ser postergado (cf. Guilherme Nucci¹⁸⁰), podemos inferir que o auto de prisão em flagrante deve ser lavrado dentro em 24 horas a partir da voz de prisão dada ao preso, sob pena de configurar crime de abuso de autoridade e, ainda, propiciar o relaxamento da prisão, por

¹⁷⁶ HC 2007.059.05414, 7ª Cam.Crim.TJRJ, vu, Rel Des.Cairo Ítalo França David, j. em 11/10/07, DORJ 22/10/07, RT 868/681.

¹⁷⁷ HC 844168.3/1, 1ª Cam. Crim. TJSP, vu, Rel. Des. Márcio Bártoli, j. em 17/10/05, RT 846/579.

¹⁷⁸ RT 868/681, citado (nota 129).

¹⁷⁹ Ob. cit. p. 57-58.

¹⁸⁰ *Código de Processo Penal Comentado*, cit. p. 609.

nulidade decorrente da falta de observância de formalidade essencial prevista em lei (CPP, 564, IV).

Capítulo IV

Prisão Preventiva.

4.1 Considerações Gerais

Trata-se de modalidade de prisão cautelar por excelência. Espécie de prisão provisória, reúne todas os requisitos das medidas cautelares, razão pela qual avultam as características da instrumentalidade, provisoriedade, revogabilidade, facultatividade e excepcionalidade.

Como as demais medidas cautelares, a prisão preventiva depende da presença do *fumus boni juris* (consubstanciado na materialidade comprovada e na demonstração dos indícios suficientes de autoria) e do *periculum in mora* (decorrente da necessidade de sua adoção para garantia da ordem pública ou econômica, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal), decorrendo daí seu aspecto instrumental.

Como cediço, a prisão preventiva decretada perdura até a decisão final do processo, quando, se for o caso, convolar-se-á em *carcer ad poenam* por força da sentença condenatória transitada em julgado. É, portanto, provisória.

A revogabilidade concretiza-se diante da disposição consubstanciada no art. 316, do Código de Processo Penal, que possibilita ao juiz sua revogação, quando desaparecer o motivo que justificou a sua decretação, bem como novamente decretá-la, desde que se apresentem quaisquer dos motivos que a justificam.

Infere-se da redação do art. 311, do Código de Processo Penal, que a prisão preventiva poderá ser decretada quando presentes os seus requisitos, revelando-se, destarte, o seu caráter facultativo e excepcional eis que a ausência destes impede a sua adoção.

4.2 Momento processual

Consoante o disposto no art. 311, do Código de Processo Penal, “*em qualquer fase do inquérito ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do ministério público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial*”.

Como cediço, a prisão preventiva só terá cabimento quando, comprovadas a materialidade e os indícios suficientes de autoria, ela se mostre necessária como

garantia da ordem pública ou econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Ora, como assinalado, o dispositivo em comento autoriza, sem dúvida, que seja a preventiva decretada ainda “*em qualquer fase do inquérito policial...*”.

Todavia, para o início da ação penal (seja a denúncia, seja a queixa), bastam a materialidade e indícios de autoria. Já para a decretação da preventiva será indispensável, além desses dois requisitos, que se demonstre, com base nas provas existentes nos autos do inquérito (ou nas peças de informação) ou da ação penal, a sua necessidade para garantia da ordem pública ou econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Daí porque entendemos que não se deve aceitar a prática de decretação da prisão preventiva antes do oferecimento da denúncia. É que a lei não exige para esta mais do que para aquela. Logo, existindo elementos, para a prisão preventiva, existem para a denúncia, não se justificando, portanto, que o indiciado permaneça inutilmente preso aguardando o retorno dos autos à Polícia, para a complementação de diligências.

Não se trata, como pode parecer à primeira vista, de distinção meramente acadêmica. Na realidade, há diferença substancial entre as duas posições: durante o inquérito policial, onde impera o princípio do inquisitório como o nosso, o indiciado é mero **objeto da investigação**, sujeito à discricionariedade do delegado de polícia que, por exemplo, poderá ou não deferir seus eventuais requerimentos objetivando a produção de alguma prova, enquanto que na ação penal ele é parte e, portanto, **sujeito de direitos**, o que o coloca em posição de maior garantia para o exercício de seus direitos amparado pelo devido processo penal. É certo que o juiz também poderá indeferir seus requerimentos, mas só o fará em casos excepcionais, quando evidente cunho protelatório ou quando absolutamente desnecessário o seu objeto, sob pena de incidir em fatal cerceamento de defesa.

Nas hipóteses, muito excepcionais, de o Magistrado considerar imprescindível a presença do acusado, por exemplo, para dirimir dúvida sobre sua identificação, poderá valer-se do disposto no art. 260, determinando seja ele conduzido à sua presença, sem necessidade de decretar a sua prisão cautelar.

No sentido que defendemos, destacamos a lição, sempre atual, de Magalhães Noronha¹⁸¹, *verbis*:

é possível ser decretada (a prisão preventiva) mesmo antes da ação penal, quando é o Delegado de Polícia que a solicita. Deverá fazê-lo, enviando os autos a Juízo, sem pedir a devolução, como costuma acontecer. Com efeito, se para a custódia preventiva são necessários os mesmos elementos probatórios que para a pronúncia, não se compreende a devolução dos autos à Polícia. Se esta tiver ainda alguma diligência, nada impede que a faça em autos suplementares.

Mais recentemente assim se posicionou Gustavo Henrique Badaró¹⁸² sobre o assunto, *verbis*:

Nos termos do disposto no art. 311 do CPP, a prisão preventiva pode ser decretada tanto durante o inquérito policial, quanto no curso da ação penal.

Tal sistemática poderia ser adequada no regime originário do CPP em que não existia a prisão temporária. Todavia, com o advento da Lei nº 7960/1989, que criou a prisão temporária, que somente é cabível durante o inquérito policial, e tem requisitos mais tênues que os da prisão preventiva, não tem mais sentido, diante de uma interpretação sistemática, a decretação da prisão preventiva no curso do inquérito policial. Aliás, se já há o ‘*fumus commissi delicti*’, isto é, indícios de autoria e prova da materialidade delitiva, para a decretação da prisão preventiva (CPP, art. 312), também já haverá justa causa para ação penal. Em suma, ou, de um lado, é cabível a prisão preventiva e também já se têm elementos para o oferecimento da denúncia, e em tal contexto seria ilegal a continuação do inquérito policial, sem denúncia oferecida, mormente estando preso o acusado ou, de outro lado, ainda não há elementos suficientes para a prisão preventiva, no que toca à “plausibilidade do direito de punir”, e também não se pode exigir o oferecimento da denúncia.

É um contra-senso, porém, entender que já há indícios de autoria e prova da materialidade delitiva, para que seja decretada a prisão preventiva, mas que ainda não há justa causa para a ação penal.

4.3 Motivação da decisão

A decretação da medida, portanto, como para qualquer outra espécie de “*carcer ad custodiam*” depende, obrigatoriamente, da comprovação, à saciedade, do “*fumus boni juris*” (prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria) e do “*periculum in mora*” (consubstanciado na necessidade da medida para garantia da ordem pública ou econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal), sem o que a restrição da liberdade consubstanciará inaceitável antecipação da pena cominada para o crime imputado ao agente.

A decretação da prisão preventiva está condicionada à demonstração, com base nas provas de que disponha o juiz, da ocorrência de qualquer das hipóteses

¹⁸¹ *Curso de Direito Processual Penal*, 19ª ed, p. 173.

¹⁸² *Direito Processual Penal*, tomo II, p. 142.

que a autorizam, não bastando, para tanto, a mera e simplória repetição das palavras constantes do art. 312, do Código de Processo Penal.

É farta a jurisprudência, considerando-se que, em sendo a *liberdade* a regra geral, para a prisão cautelar é indispensável que o juiz justifique substancialmente a necessidade de sua adoção, não bastando invocar, de modo formal, as palavras consubstanciadas no art. 312, do Código de Processo Penal¹⁸³, ou invocando a suposta exigência do clamor público e da credibilidade da Justiça¹⁸⁴.

É que, “a motivação, para que atenda à finalidade inspiradora de sua exigência constitucional, deve ser clara, coerente e completa”, como ensina Scarance Fernandes¹⁸⁵ ao tratar da “garantia da motivação como garantia da jurisdição”.

4.4 Duração

Como as demais espécies de *carcer ad custodiam*, a prisão preventiva subordina-se ao princípio da razoabilidade, que lhe impõe curta duração, para que não se transmude em antecipação do *carcer ad poenam*.

Não obstante, não há previsão legal para a sua duração. Certo é que poderá perdurar até a sentença final prolatada no processo. Se essa for absolutória, o réu será posto em liberdade (até porque eventual recurso da acusação não tem efeito suspensivo - CPP, art. 596). Se condenatória, convolar-se-á, com o seu trânsito em julgado, em *carcer ad poenam*.

Ainda assim, o lapso temporal entre sua decretação e o resultado final do processo não pode perdurar *ad infinitum*, razão pela qual a jurisprudência limitou o prazo de duração, inicialmente, em 81 dias, para a conclusão da instrução acusatória, contados globalmente, não se considerando o prazo isolado de cada ato (inquérito, oferecimento de denúncia etc.).

A jurisprudência tem admitido certa tolerância diante de situações específicas¹⁸⁶. Entretanto, se o excesso de prazo não foi causado pela Defesa, mas, ao contrário, só pode ser debitado ao juízo, não há como não revogar a prisão decretada,

¹⁸³ RT 474/281; 564/330; 572/358; 603/441; 720/536; HC 990.08.026807-4, 11ª Câmara Criminal do TJSP, vu, relator desembargador Oliveira Passos (www.tjsp.gov.br); HC 990.08.056909-0, 1ª Câmara Criminal do TJSP, vu, relator desembargador Marco Nahum (www.tjsp.gov.br); HC 74372/SP, HC 2007/0007055-2, 6ª T, STJ, vu, relator ministro. Nilson Naves, j. em 17/06/2008, DJU 25/08/08 (www.stj.gov.br).

¹⁸⁴ HC 93315/BA, 2ª T. STF, vu, relator ministro Cesar Peluso, j. em 27/05/08, DJ 26/06/08 (www.stf.gov.br).

¹⁸⁵ *Processo Penal Constitucional, cit. P. 312.*

¹⁸⁶ HC 993.08.043641-0, 12ª Câmara Criminal do TJSP, vu, relatora desembargadora Angélica de Almeida, j. em 23/07/08 (www.tjsp.gov.br).

pois, como cediço, será injusto impor ao réu os ônus da demora na formação da culpa, especialmente quando o excesso de prazo ocorre por motivos absolutamente alheios à sua vontade, como tem sido decidido no Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁸⁷.

Sobre o prazo de duração da prisão cautelar destacamos que deve ser observado o Princípio da Razoabilidade que tem por finalidade a proteção dos direitos fundamentais contra condutas administrativas e legislativas do Poder Público, quando pautadas pelo conteúdo arbitrário, irrazoável, desproporcional. Assinalamos que deve ser garantido a todos os presos o direito de ser julgado dentro de prazo razoável, como dispõe o art. 7º do Pacto de San José da Costa Rica, promulgado pelo Decreto nº 678/92 e art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal¹⁸⁸.

Além do mais, a nova sistemática processual penal implantada pelas Leis 11689 e 11719, de junho de 2008, estabeleceu novos prazos para os procedimentos por elas tratados, de modo que, cremos, o entendimento jurisprudência acima referido deverá sofrer as alterações necessárias ao enfoque da nova legislação, tudo tendo em vista a razoável duração do processo e, via de consequência, da prisão cautelar.

4.5 Revogação

Como já foi ressaltado, a prisão preventiva deve atender ao princípio da provisoriedade, de modo que poderá ser revogada a qualquer tempo, quando cessarem os motivos para que subsista, bem como de novo decretá-la, caso sobrevenham, novamente, aqueles motivos. É o que dispõe o art. 316, do Código de Processo Penal¹⁸⁹.

Difere a *revogação* da *concessão de liberdade provisória* porque essa é medida de contra-cautela, substitutiva da prisão provisória, mediante compromisso legalmente previsto, e aquela consiste na outorga plena da liberdade, sem restrição de nenhuma natureza.

¹⁸⁷ HC 990.08.024763-8, 12ª Câmara Criminal do TJSP, vu, relator desembargador Celso Limongi, j. em 20/08/08 (www.tjsp.gov.br); HC 993.08.041688-5, 11ª Câmara Criminal do TJSP, mv, relator desembargador Aben-Athar, j. em 20/08/08 (www.tjsp.gov.br).

¹⁸⁸ RHC 18250 / BA ROHC 2005/0143969-9, STJ, 6ª Turma, relator ministro. NILSON NAVES, J. em 30/05/2006, DJe 01.09.2008 (www.stj.gov.br).

¹⁸⁹ CPP, art. 316: "O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem".

Também difere da concessão de *habeas corpus* de ofício, porque revoga-se a prisão preventiva quando cessam os motivos que a ensejaram, ao passo que no *habeas corpus* de ofício, a ordem é concedida quando a prisão se revele ilegal.

4.6 Recursos

Da decisão que indeferir requerimento de prisão preventiva ou que a revogar caberá *recurso em sentido estrito*, “*ex vi*” do disposto no art. 581, V, do Código de Processo Penal, com a redação da Lei 7780, de 22/06/89.

Tendo em vista que tal dispositivo deve ser interpretado *taxativamente*, o réu deverá valer-se do *habeas corpus*, buscando revogar a prisão preventiva decretada.

Há quem entenda possível a utilização, pelo réu, do *recurso em sentido estrito*. Assim é o escólio de Jayme Walmer de Freitas¹⁹⁰. Guilherme Nucci¹⁹¹, louvando-se na lição de Greco Filho que traz à colação, admite a *interpretação extensiva* do dispositivo em comento, embora destaque a existência de corrente jurisprudencial que não admite qualquer ampliação do rol previsto no art. 581.

Em caso de decretação da prisão preventiva ou de recusa em revogá-la, não cabe ao réu valer-se do recurso em sentido estrito, por falta de expressa disposição legal, diferentemente quando se tratar de decisão que nega, cassa ou julga inidônea a fiança.

Não se trata de *interpretação extensiva*, na hipótese de decisão desfavorável ao réu, no que se refere à prisão preventiva. O dispositivo em comento (CPP, art. 581, V), quanto à preventiva, trata da pretensão do ministério público (em ver preso o réu ou que lhe restitua a liberdade).

De qualquer modo, o cidadão poderá valer-se do *habeas corpus*, medida muito mais célere, quando em jogo a sua liberdade, do que a interposição de recurso em sentido estrito.

4.7 Pressupostos

Como cediço, dispõe o art. 312 do Código de Processo Penal que “a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria”.

¹⁹⁰ *Prisão Temporária*, p. 59.

¹⁹¹ *Código de Processo Penal Comentado*, cit. p. 834/835.

Como já assinalado, a decretação da prisão preventiva deve ser fundamentada, demonstrando o juiz em sua decisão, concretamente, a presença do *fumus boni juris* (prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria) e do *periculum in mora* (consubstanciado na necessidade da medida para garantia da ordem pública ou econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal).

4.8 Prova da Existência do Crime

Como cediço, o crime é a conduta humana, típica, antijurídica, culpável e punível, na definição clássica.

Não vamos entrar, aqui, na discussão no sentido de que a punibilidade e, até, a culpabilidade, não são elementos constitutivos do crime, como querem modernos doutrinadores¹⁹², porque não é o escopo desse trabalho.

Para a satisfação do *fumus boni juris*, no que se refere à da existência do crime, não se pode aceitar a mera suspeita de ter ocorrido um crime. É indispensável seja evidenciada a prova da *materialidade delitiva*, isto é, o fato deve ser *típico* e *antijurídico*. Caso contrário, se o fato for *atípico* não caberá a prisão preventiva, por óbvio. Também não será possível a decretação da medida excepcional se estiver presente uma causa de exclusão de antijuridicidade, como dispõe o art. 314 do Código. Neste sentido é a lição de Pedro Henrique Demercian¹⁹³.

Basileu Garcia nos dá conta de que a certeza da existência do crime já constava de estatutos processuais anteriores, como o do Distrito Federal, que exigia prova plena do fato criminoso - condição, entretanto, inexistente no Código de Processo Criminal de 1832.

Segundo informa, “a jurisprudência quase invariavelmente exigia a prova da realidade do crime, não se contentando com os indícios veementes de autoria”¹⁹⁴.

Comentando o dispositivo atual, o citado autor esclarece sobre o requisito: “sem usar o qualificativo ‘plena’, o artigo não dispensa que esteja provada a infração à lei penal, em sua materialidade. Pode-se não saber, com inteira segurança, se o

¹⁹² René Ariel Dotti; Damásio de Jesus, Julio Fabbrini Mirabete; Celso Delmanto, Flávio Augusto Monteiro de Barros, entre outros, cf. Guilherme de Souza Nucci, Manual de Direito Penal, pag. 160.

¹⁹³ *Curso de Processo Penal*, p. 185.

¹⁹⁴ *Comentários ao Cód. De Proc. Penal*, vol. III, p. 152.

*indiciado é o seu autor, mas a demonstração de que existe um fato delituoso, perfeitamente enquadrável na lei penal, é indeclinável*¹⁹⁵.

Nelson Hungria¹⁹⁶ referindo-se à materialidade do homicídio, assim se manifestou:

O homicídio é, tipicamente, um 'crime material': é inconcebível sem que se verifique o evento 'morte de um homem'. Como em geral nos crimes que deixam vestígios, é base essencial da acusação, na espécie, o 'exame de corpo de delito', isto é, a constatação da 'materialidade do crime. Nem mesmo a confissão do acusado, sem outro elemento de convicção, supre a falta de 'corpus delicti', pois o confitente pode ter-se equivocado ou ser um mórbido auto-acusador, ou ter sido coagido a declarar-se autor do crime.

Em nota de rodapé o referido jurista destaca o perigo de se desprezar a prova da materialidade, mediante laudo de exame de corpo de delito, *verbis*:

Por se haver desatendido a isso, com violação, aliás, do artigo 158 do Código de Processo Penal, é que ocorreu o famoso erro judiciário de Araguaari, de que resultou a condenação dos irmãos Naves pelo suposto homicídio de Benedito Pereira Caetano, que, anos depois, retornava, vivo e são, da Bolívia, para onde se mudara, levando dinheiro subtraído a seus pais. A 'confissão' dos acusados havia sido extorquida pela violência de um delegado militar.

Endossamos, destarte, a opinião de Marcelo Agamenon¹⁹⁷, quando pondera que a comprovação da materialidade de um crime é a prova da existência de um fato punível, o que se faz pelo auto de corpo de delito, pela prova testemunhal e até pela prova documental.

Arremata que *“exigindo-se ‘prova’ da existência do crime, não se justifica a decretação da prisão preventiva diante de uma mera suspeita da existência do crime ou indícios de um ilícito penal”*.

Segundo a lição de Borges da Rosa¹⁹⁸, o juiz só pode decretar a prisão preventiva *“desde que não haja dúvida, quer quanto ao caráter criminoso do fato, quer quanto à sua ocorrência, prática, ou realização”*.

Basileu Garcia¹⁹⁹ afirma, sobre o requisito, que *“pode-se não saber, com inteira segurança, se o indiciado é o autor, mas a demonstração de que existe um fato delituoso, perfeitamente enquadrável na lei penal, é indeclinável”*.

¹⁹⁵ Idem, p.153.

¹⁹⁶ *Comentários ao Código Penal*. vol. V, 4ª ed., p. 63-64.

¹⁹⁷ Ob. Cit. pg, 102.

¹⁹⁸ *Processo Penal Brasileiro*, vol. II. P. 281.

¹⁹⁹ Ob. Cit. p. 153.

Assim, consoante as lições dos consagrados mestres, para a medida extrema não bastam meros indícios ou simples presunções relativamente à existência do crime, no que a lei exige absoluta segurança.

O atual projeto de reforma do Código de Processo Penal mantém o requisito da prova da materialidade do crime²⁰⁰.

4.9 Indícios Suficientes de Autoria

Comparando com o direito anterior Basileu Garcia²⁰¹ analisa que a expressão *indícios suficientes* usada no atual Código é menos precisa que a expressão anterior: *indícios veementes*, de modo que a atual redação “...dá a idéia de que se tolera menor intensidade dos elementos indicativos da autoria imputada”.

Ainda do magistério de Basileu Garcia²⁰² extraímos o ensinamento no sentido de que “a suficiência dos indícios é verificação confiada, evidentemente, ao prudente arbítrio do magistrado”, lição que repercutiu na jurisprudência do já extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo²⁰³.

Meras suspeitas não podem ser havidas como indícios suficientes de autoria, a justificar a necessidade de prisão cautelar. Para tanto, devem os indícios convencer o juiz da probabilidade de prática do crime, não da mera possibilidade.

Segundo o magistério de Heráclito Antonio Moussin²⁰⁴ “os indícios devem ser tais que gerem a convicção de que foi o acusado o autor da infração, embora não haja certeza disto”.

Exige-se, destarte, a *convicção* da autoria, não a *certeza* da autoria.

Trata-se de uma convicção que transmita ao Magistrado condições morais para crer que possa ser decretada a custódia do indiciado/acusado, o que não se confunde com simples motivos de suspeita.

Em sentido jurídico *indício* é a “circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias” (CPP, art. 239).

²⁰⁰ PL 4208/01, art. 312, (www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/PL/2001/msg214-010308.htm), em 23/09/08.

²⁰¹ Idem, ibidem.

²⁰² Idem, p. 154.

²⁰³ Julados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo 48/174, Idem: 42/46.

²⁰⁴ *Curso de Processo Penal*, vol. 2, p. 403.

Trata-se, indiscutivelmente, de prova circunstancial. No dizer de Hélio Tornaghi²⁰⁵ a palavra *indícios*, empregada no art. 312, do CPP, tem o sentido de *provas leves, provas fracas*. Segundo ensina²⁰⁶, as expressões *indícios veementes* e *indícios suficientes*, usadas no trato da prisão preventiva, são resquícios do sistema legal de avaliação da prova.

Indícios suficientes, na lição de Romeu Pires de Campos Barros²⁰⁷, é expressão que significa probabilidade certa de autoria e não a simples possibilidade, pois, segundo ensina, “*se a existência do crime exige prova plena, já a autoria admite temperamentos*”.

Tourinho Filho²⁰⁸ traz importante lição sobre o tema quando afirma, *verbis*: “*falando o legislador em ‘indícios suficientes’ quis referir-se inegavelmente àqueles capazes de tranquilizar na feliz expressão do processualista gaúcho, a consciência do juiz*”.

O Código refere-se, expressamente, aos *indícios suficientes de autoria*, expressão que, evidentemente, também engloba a *participação*.

Discutindo o tema, Marcelo Agamenon²⁰⁹ ressalta que o artigo menciona apenas *autoria*, sem qualquer referência à *participação* e, após concluir que também essa modalidade de concurso de agentes está sujeita à prisão preventiva, afirma: “*cremos que o legislador disse menos do que devia*”.

Não concordamos com esta opinião. A distinção entre *autoria* e *participação* decorre da reforma penal de 1988, e o Código Penal trata do assunto nos arts. 29 e seguintes, no Título IV, que trata do *Concurso de Agentes*, ao qual Guilherme Nucci²¹⁰ faz o seguinte comentário: “*trata-se da cooperação desenvolvida por várias pessoas para o cometimento de uma infração penal. Chama-se, ainda, em sentido lato: co-autoria, **participação**, concurso de delinqüentes, concurso de agentes, cumplicidade*” - grifamos.

Ora, considerando que nesse assunto, impera no Brasil a *teoria da acessoriedade limitada*, segundo a qual, para a punição do *partícipe*, basta que o *autor* tenha praticado pelo menos um fato típico e antijurídico, conforme afirma Guilherme Nuc-

²⁰⁵ *Curso de Processo Penal*, p. 91.

²⁰⁶ *Manual de Processo Penal*. P. 618.

²⁰⁷ *Processo Penal Cautelar*, p. 191

²⁰⁸ *Processo Penal*. Vol. 3, 25ª ed., p. 484.

²⁰⁹ *Ob. Cit.* p. 107.

²¹⁰ *Código Penal Comentado*, p. 275.

ci²¹¹, não há lugar para o questionamento apresentado por Marcelo Agamenon acima referido.

Demonstrada a necessidade da custódia cautelar, diante dos requisitos autorizadores da prisão preventiva, tanto o *autor* como o *partícipe* poderão sofrer a restrição excepcional da liberdade.

Não bastam, evidentemente, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, elementos integrantes do *fumus boni juris*, indicadores de uma imputação provável e não apenas possível, para a decretação ou subsistência da custódia cautelar.

Indispensável é, também, a presença do *periculum in mora*, representado pela necessidade da custódia excepcional para *garantia da ordem pública* ou *econômica*; por *conveniência da instrução criminal* ou, ainda, para *assegurar a aplicação da lei penal*.

4.10 Garantia da ordem pública e/ou econômica

Preliminarmente estamos com Paulo Roberto da Silva Passos²¹² que afirma: “...há que se ponderar que a bipartição ‘ordem pública’ e ‘ordem econômica’ não tem razão de existir”.

É que a expressão “*garantia da ordem econômica*” é mera repetição do requisito “*garantia da ordem pública*”, de modo que podemos afirmar que qualquer atentado à *ordem econômica* atingirá a *ordem pública*,

Quanto à expressão “*garantia da ordem pública*”, o legislador deixou a cargo da doutrina e da jurisprudência fixar-lhe o sentido, o que – no dizer de Jayme Walmer de Freitas²¹³, com quem também estamos de acordo – “... *sem dúvida, contrasta com o ideal de taxatividade que deve nortear as medidas restritivas da liberdade*”.

Evidente o é, pois a expressão contém significado vago, impreciso, prestando-se às mais variadas interpretações, na conformidade com o entendimento do intérprete, o que não se coaduna com o princípio da taxatividade, que reclama maior precisão e a maior clareza possível dos termos utilizados na legislação.

²¹¹ Idem, ibidem, p. 277.

²¹² *Da Prisão e da Liberdade Provisória*, p. 64.

²¹³ Ob. Cit. p. 46.

Doutrinariamente não há muita discrepância no conceituar a expressão. Para Basileu Garcia²¹⁴ o termo comporta o seguinte entendimento: *“para a garantia da ordem pública, visará o magistrado, ao decretar a prisão preventiva, a evitar que o delinqüente volte a cometer delitos, ou porque é acentuadamente propenso a práticas delituosas, ou porque, em liberdade, encontraria os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida”*.

É de Frederico Marques²¹⁵ o escólio, seguido por vários doutrinadores, segundo o qual, *“desde que a permanência do réu, livre e solto, possa dar motivo a novos crimes ou cause repercussão danosa e prejudicial no meio social, cabe ao juiz decretar a prisão preventiva ‘como garantia da ordem pública’”*.

Borges da Rosa²¹⁶, por seu turno, entende que a expressão carece de significado especial, sendo meramente explicativa, razão pela qual poderia ser omitida do código, já que *“toda prisão decretada em processo penal se destina a garantir a ordem pública, que é sempre perturbada, de maneira mais ou menos grave, com a prática da infração penal”*.

De qualquer modo, podemos afirmar, com base na lição dos mestres acima citados, que a prisão preventiva, para garantir a ordem pública (ou a ordem econômica, como assinalamos), estará justificada sempre que a liberdade do autor do fato típico seja nociva à paz pública, pela reiteração da conduta criminosa ou possibilidade de que assim se conduza, tudo como comprovadamente emerge das provas carreadas para os autos.

Como exemplo, colacionamos a lição de Aduino Suannes²¹⁷, *verbis*:

Bem mais consentânea com os princípios constitucionais incidentes é a declaração de voto do eminente ministro Soares Muñoz, constante do mesmo aresto: ‘Para mim, basta a circunstância de que se trata de um puxador de brigas, de maus antecedentes e dado à bebida para justificar a prisão preventiva no sentido de garantir a ordem pública’. Isso sim é fundamentar. Provados tais fatos ‘nos autos’ e não a partir do conhecimento privado que o juiz deles tivesse, e a custódia estaria fundamentada, sem qualquer relevância o fato de o juiz estar próximo ou distante dos fatos.

É de Eugênio Pacelli de Oliveira²¹⁸ a seguinte observação sobre o tema:

A expressão ‘garantia da ordem pública’, todavia, é de difícil definição. Pode prestar-se a justificar um perigoso controle da vida social, no

²¹⁴ Ob. Cit. p. 169.

²¹⁵ Ob. Cit. p. 49.

²¹⁶ Ob. Cit. p. 286.

²¹⁷ Ob. Cit. p. 223.

²¹⁸ *Curso de Processo Penal*, p. 423.

ponto em que se arrima na noção de ordem, e pública, sem qualquer referência ao que seja efetivamente a 'desordem'.

Gulherme de Souza Nucci²¹⁹ entende que a expressão deve ser visualizada pelo binômio *gravidade da infração + repercussão social, verbis*:

... trata-se de hipótese de interpretação mais extensa na avaliação da necessidade da prisão preventiva. Entende-se pela expressão a necessidade de se manter a ordem na sociedade, que, em regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente. A garantia da ordem pública deve ser visualizada pelo binômio 'gravidade da infração + repercussão social'.

Quanto à expressão "*garantia da ordem econômica*", Guilherme Nucci²²⁰ mantém o mesmo entendimento, *verbis*:

Assim, continua-se no binômio 'gravidade do delito' + 'repercussão social', de maneira a garantir que a sociedade fique tranqüila pela atuação do Judiciário no combate à criminalidade invisível dos empresários e administradores de valores especialmente os do setor público.

Antonio Scarance Fernandes²²¹ adverte sobre o tema, *verbis*:

A necessidade da prisão por garantia da ordem pública revela-se, essencialmente, nos casos em que o acusado vem reiterando a ofensa à ordem constituída. Não é fácil justificar doutrinariamente esta prisão ante a teoria da cautelaridade. Daí a resistência a ela por parte da doutrina, entendendo que a prisão cautelar para garantia da ordem pública configuraria uma verdadeira medida de segurança, com antecipação da pena. Procura-se justificar a prisão como fonte de assegurar o resultado útil do processo, ou seja, se com a sentença e a pena privativa de liberdade pretende-se, além de outros objetivos, proteger a sociedade, impedido o acusado de continuar a cometer delitos, esse objetivo seria acautelado por meio da prisão preventiva.

É na jurisprudência que o termo em comento encontra as mais variadas interpretações.

O Pretório Excelso, por exemplo, não admitiu a custódia preventiva decretada em função do *clamor social*, mas a entendeu cabível diante da *periculosidade do agente*, como se verifica *verbis*:

Ante o princípio constitucional da não-culpabilidade, a custódia acauteladora há de ser tomada como exceção, cumprindo interpretar os preceitos que a regem de forma estrita, reservando-a a situações em que a liberdade do acusado coloque em risco os cidadãos. O clamor social, a

²¹⁹ Código de Processo Penal Comentado, cit, p. 311.

²²⁰ *Idem*, p. 312.

²²¹ *Processo Penal Constitucional*, p. 302.

indignação da sociedade, o juízo subjetivo desta quanto à respeitabilidade do Judiciário não respaldam a prisão preventiva. A periculosidade do agente e a necessidade de se preservar campo propício à aplicação da lei penal, por não possuir residência no distrito da culpa, servem de base para a prisão preventiva. Configura-se a periculosidade quando o agente é flagrado na posse de grande quantidade de substância entorpecente. STF, 1ª T., HC 83.040-4-MT, j. 04.11.2003, vu, relator ministro Marco Aurélio, DJU 05.12.2003²²².

Tendo em vista tratar-se de réu integrante de quadrilha dedicada ao tráfico internacional de tráfico de órgãos, de nacionalidade israelense e com ligações também com a África do Sul, o Supremo Tribunal Federal, em acórdão da lavra do ministro Joaquim Barbosa, acentuou que “a *garantia da ordem pública, por sua vez, visa entre outras coisas, a enviar a reiteração delitiva, assim resguardando a sociedade de maiores danos*” (2ª turma, HC 84658/PE, DJU 03.06.2005, p.00048)²²³

Em outra oportunidade, a custódia preventiva do acusado, como medida excepcional, foi decretada tendo por base: a) o chamado clamor popular provocado pelo fato atribuído ao réu, mormente quando confundido, como é freqüente, com a sua repercussão nos veículos de comunicação de massa; b) a consideração de que, interrogado, o acusado não haja demonstrado “*interesse em colaborar com a Justiça*”, entretanto, ao indiciado não cabe o ônus de cooperar de qualquer modo com a apuração dos fatos que o possam incriminar - que é todo dos organismos estatais da repressão penal; c) a afirmação de ser o acusado capaz de interferir nas provas e influir em testemunhas, quando despida de qualquer base empírica; d) o subtrair-se o acusado, escondendo-se, ao cumprimento de decreto anterior de prisão processual (STF. HC 79.781-4-SP, 1.ª T, j. em 18.04.2000, vu, relator ministro Sepúlveda Pertence, DJU 09.06.2000²²⁴).

Além dessas hipóteses, há juízes que consideram como “*fundamento*” para a decretação da preventiva as seguintes situações: o apelo fácil, mas inconsistente, ao clamor público – mormente quando confundido com o estrépito da mídia; a alegação de maus antecedentes do acusado – quando reduzidos a um processo penal no qual absolvido; ou, ainda, que se furte ele – já superada a situação de flagrância – à ordem ilegal de condução para ser autuado em flagrante, à qual se seguiu decreto de prisão preventiva, contra o qual, de imediato, se insurgiu em juízo. O STF, no caso,

²²² RT 823/495.

²²³ Apud José Herval Sampaio Júnior e Pedro Rodrigues Caldas Neto, “in” *Manual de Prisão e Soltura*, p. 198.

²²⁴ RT 787/525.

concedeu a ordem de *habeas corpus* para cessar o constrangimento decorrente da prisão indevida²²⁵. O STJ não admitiu a prisão preventiva baseada no *clamor público*²²⁶.

É bastante comum o entendimento jurisprudencial no sentido de que o juiz do processo, conhecedor do meio ambiente, próximo dos fatos e das pessoas neles envolvidas, dispõe normalmente de elementos mais seguros à formação de uma convicção em torno da necessidade da prisão preventiva²²⁷.

São deveras preocupantes afirmações como as constantes daquele arresto, visto que não se trata de caso isolado, mas, antes de tudo, consubstancia consideração de conteúdo ideológico relativamente à própria função do juiz no processo e na sociedade.

Ressaltando a impropriedade desse entendimento, por oportuna, é indispensável a transcrição da lição de Adauto Suannes²²⁸ sobre o tema, *verbis*:

A menos que se confunda, primariedade, juiz e testemunha, que importância pode ter a impressão pessoal do juiz se esta não estiver alicerçada em elementos acumulados no bojo dos autos? Evidentemente nenhuma. E se o juiz tem dos fatos conhecimentos extra-autos e se tal conhecimento for de tal conteúdo que atue sobre seu espírito, o mínimo que deve ele fazer é dar-se por impedido, por isso que ausente a serenidade e o equilíbrio que devem nortear suas decisões.

Ora, se o Código de Processo Penal contempla hipóteses específicas em que se admite, a título excepcional, a restrição da liberdade de alguém antes do trânsito em julgado de uma decisão condenatória, o mínimo que uma decisão restritiva da liberdade deve fazer, agora mais do que depois, é realizar o silogismo de que falava Beccaria: a) diz a lei que cabe prisão preventiva quando ocorra tal ou qual fato; b) tais ou quais elementos dos autos demonstram estar presente, no caso, a situação prevista abstratamente na lei; c) logo, é cabível a decretação da prisão preventiva.

Assim, ou bem a Superior Instância se louva em tais elementos, dizendo-os presentes nos autos, ou bem cancela o decreto de prisão.

Louvar-se no 'depoimento' do juiz, como 'conhecedor dos fatos', como 'conhecedor do ambiente' para manter-se um decreto de prisão é fazer 'tabula rasa' do princípio da revisibilidade das decisões por parte da Segunda Instância.

Realmente, interposto o recurso, retará ao tribunal apenas e tão somente decidir se o decreto de prisão encontra sustentação nos elementos probatórios dos autos, ou seja, se a decisão foi ou não motivada.

²²⁵ STF, 1.^a T., HC 80.472-1-PA, j. em 20.03.2001, mv, relator p/ o acórdão ministro Sepúlveda Pertence – DJU 22.06.2001 (RT 794/523).

²²⁶ “O clamor público, inerente ao repúdio que a sociedade confere à prática criminosa, não é bastante, por si só, para fazer presente o ‘periculum libertatis’ e justificar a prisão preventiva” (HC 33.770-BA, 6.^a T, relator ministro. Paulo Medina, 17.06.2004, v.u, Boletim AASP 2.241, junho de 2005, “apud” Guilherme de Souza Nucci “in” *Código de Processo Penal Comentado*, cit. p. 620.

²²⁷ Dentre vários e por todos: RT 600/389; 610/440.

²²⁸ *Ob. Cit.* pgs.222-223.

Se a decisão não está motivada o tribunal deve conceder a liberdade, corrigindo-se a injustiça da decisão de primeiro grau, fruto de arbítrio ou de equívoco.

Felizmente há entendimentos em contrário, evidenciando que o equivocado entendimento não encontra eco em outros juízos. Recentemente o Superior Tribunal de Justiça decidindo o HC 34.459-SP, por sua Colenda 5ª Turma, relatora ministra Laurita Vaz, com fundamento na Súmula 719, do Pretório Excelso²²⁹, sufragou o entendimento no sentido de que *“a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea par a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada”*²³⁰.

Ora, *mutatis mutandis*, evidencia-se que o entendimento pessoal do juiz, sua convicção íntima, não deve (*rectius: não deveria*) irradiar-se para o julgamento, tornando-o impedido, por ausência da serenidade e equilíbrio que devem nortear todas as suas decisões.

A *credibilidade das instituições* (da justiça, v.g.) é outro argumento muito comumente invocado para justificar decisões que decretam a prisão preventiva²³¹.

O Pretório Excelso, entretanto, colacionando v. decisão do ministro Celso de Melo²³² que resumiu no corpo do acórdão, sufragou o entendimento de que *“o clamor público e a credibilidade das instituições, por si sós, não autorizam a custódia”* (HC. 82.839-DF, Sessão Plenária, vu, j. em 10/07/2003, relator ministro Gilmar Mendes)²³³.

Em discurso de saudação aos Desembargadores Edimeu Carmesini e Ercílio Cruz Sampaio, falando em nome do Tribunal de Justiça de São Paulo, o Desembargador Adauto Suannes²³⁴ ao traçar o perfil – segundo sua ótica – do juiz criminal, concluiu que o compromisso deste não é com a *lei* (feita, não raras vezes por quem não tem compromisso com a Justiça); com a *lógica* (as inúmeras condenações com base em prova inquisitorial revelam a inutilidade do juiz criminal, visto que

²²⁹ STF, Súmula 719: *“a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea”*.

²³⁰ STJ, 5ª T., HC 34.459-SP, relatoria ministra Laurita Vaz, in *Boletim da Associação dos Advogados de São Paulo*, nº 2403, 24 a 30 de janeiro de 2005, Ementário, p. 981.

²³¹ V. Guilherme Nucci, *Código de Processo Penal Comentado*, cit., p. 619.

²³² “[...] A preservação da credibilidade das instituições e da ordem pública não consubstancia, só por si, circunstância autorizadora da prisão cautelar. - Não se reveste de idoneidade jurídica, para efeito de justificação do ato excepcional de privação cautelar da liberdade individual, a alegação de que o réu, por dispor de privilegiada condição econômico-financeira, deveria ser mantido na prisão, em nome da credibilidade das instituições e da preservação da ordem pública” 2.a T., no HC 80.719, relator ministro. Celso de Mello, DJU 28.09.2001. (RT 820/498).

²³³ RT 820/498.

²³⁴ RJTJSP 94/524-530.

“se basta como prova aquilo que é colhido na ausência do juiz, para que sua presença?”); com a *hermenêutica* (diante de inúmeras decisões fundadas em condições supra legais, como, por exemplo, a prisão preventiva com base na “gravidade do delito”); com a *paz social* (fruto, como afirmou, da *ordem*, que só é digna desse nome quando decorra da *justiça comutativa*), com a *segurança pública* (para a qual há as forças armadas, a polícia militar e a polícia civil, os inspetores de quartelão, os porteiros de edifícios e, ainda, a “*enorme coorte de ‘pequenas autoridades’*”), e, há, ainda, o *ministério público, responsável pela coerção jurídica*. Ressaltando que a função do juiz criminal não se confunde com o poder de fazer a lei, nem com o poder de polícia, nem com o poder de acusar, nem como poder de executar, pontifica: “o juiz criminal existe para limitar a força do Estado, que, sem aquele limite, seria o arbítrio”, pouco lhe importando a *pessoa da vítima* (cujo problema é da competência do juiz civil, onde encontrará, se for o caso, o reparo ao dano sofrido).

Concluindo, afirma que o compromisso do juiz criminal é, *verbis*:

[...] com o réu, com o denunciado, com o acusado, com o condenado, com o encarcerado. Menos por ser encarcerado, condenado, acusado, denunciado ou réu, mas por ser pessoa humana. O juiz criminal é (*‘rectius’*: deve ser) alguém que não se relaciona com um ‘elemento’ (como dizem certos relatórios policiais) nem com ‘indivíduo’. O autor do fato é mais do que isso: é uma pessoa humana. Pessoa inocente, diz-se na Declaração Universal, até que o contrário fique sobejamente provado, em processo público, onde defendido convenientemente.

Revela-se, destarte, que a *credibilidade da justiça* não será resguardada com a prisão infundada do autor do crime. Ao contrário, a falta de fundamentação para a custódia extrema é que poderá desacreditar a Justiça aos olhos da Sociedade. Afinal, não interessa a prisão ou condenação de qualquer um, mas tão somente do verdadeiro culpado, o que se configurará apenas e tão somente após o trânsito em julgado de sentença condenatória. Até lá, muita cautela devem ter os juízes criminais para não transmutar a prisão preventiva em antecipação da pena prevista para o crime.

O Projeto de Lei 4208/01²³⁵, que trata da reforma do Código de Processo Penal exclui a expressão “*garantia da ordem pública*”, fazendo crer, à primeira vista, que o requisito será abolido.

Entretanto, a exclusão é só aparente. Com efeito, o art. 312, com a redação do projeto de lei, traz a seguinte disposição: “a *prisão preventiva* poderá ser decreta-

²³⁵ PL 4208/01, art. 312, www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/PL/2001/msg214-010308.htm, em 23/09/08.

da quando verificados a existência do crime e indícios suficientes de autoria e ocorrerem fundadas razões de que o indiciado ou acusado venha a criar obstáculos à instrução do processo ou à execução da sentença ou venha a praticar infrações penais relativas ao crime organizado, à proibidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa”.

Ora, o novo texto reflete, exatamente, o conceito que a doutrina e a jurisprudência encontraram para a expressão “*garantia da ordem pública*”, do texto em vigor. A diferença consiste em que o texto atual menciona, como requisito da prisão preventiva, a expressão “*garantia da ordem pública*” sem defini-la, e o texto proposto define o que se entende pela referida expressão.

Daí concluir Marcelo Agamenon²³⁶ que “*mesmo com a modificação da redação do art. 312, pela atual Comissão de Reforma do CPP, a questão da ‘ordem pública ou econômica’ ainda permanece de forma intrínseca ou indireta no próprio texto*”.

4.11 Conveniência da instrução criminal

Antonio Scarance Fernandes²³⁷ bem sintetiza o significado desta expressão: “*a prisão por conveniência da instrução criminal serve para garantir a prova. São exemplos dessa hipótese a prisão porque há ameaça a testemunhas, ou porque pode o acusado eliminar importantes fontes de prova*”.

A propósito desse requisito da prisão preventiva Antônio Alberto Machado²³⁸ endossa lição de Romeu Pires de Campos Barros, no sentido de que suas funções são duas: “*a) utilizar-se do acusado como prova no processo; b) evitar que ele prejudique a colheita de prova, dificultando a descoberta da verdade*”.

Examinemos, por primeiro, a finalidade de se evitar que o acusado prejudique a colheita de prova, dificultando a descoberta da verdade.

Esse é o real sentido do requisito da prisão preventiva. A instrução criminal refere-se à colheita das provas que serão produzidas pelas partes e, excepcional e complementarmente, por determinação judicial.

²³⁶ *Ob. Cit.* p. 123.

²³⁷ *Processo Penal Constitucional*, p. 302.

²³⁸ *Prisão Preventiva*, pgs. 61-62

Como cediço, o procedimento probatório consiste nas seguintes fases: a) propositura da prova; b) admissibilidade das provas propostas; c) produção das provas admitidas e c) avaliação das provas produzidas.

Consoante a dicção do art. 156, do Código de Processo Penal, “a prova da alegação incumbe a quem a fizer...” de modo que o *onus probandi* divide-se entre acusação e defesa da seguinte forma, segundo o magistério de Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha²³⁹.

a) Incumbirá à Acusação a prova da *materialidade* (prova da existência do crime), dos *indícios de autoria* e do *nexo causal*. Quanto ao elemento subjetivo, o *dolo* será sempre presumido e a *culpa (stricto sensu)* deverá ter demonstrada a sua modalidade (imprudência, negligência ou imperícia).

b) Incumbirá à Defesa a prova dos *atos extintivos (prescrição, decadência etc.)*, *impeditivos (exclusão da vontade e da culpa)*, *modificativos (exclusão da antijuridicidade, causas supralegais etc.)* e *álibi*.

Ainda Camargo Aranha²⁴⁰ registra “que a prova não constitui uma obrigação processual e sim um ônus, como a própria nomenclatura indica”.

Infere-se, destarte, que as partes não têm *obrigação* de produzir prova, mas sim um *ônus*, de modo que poderão simplesmente apreciar o desenrolar do processo, quedando-se inerte, no que se refere à produção probatória. Evidente que, em assim agindo, arcarão com as conseqüências, dentre elas a rejeição de sua pretensão.

O acusado, reafirme-se, não tem obrigação de provar seja lá o que for, exceto quando ocorra a inversão do “*onus probandi*”, o que se dá quando a tese defensiva lastreia-se em qualquer das hipóteses acima referidas na letra “b”. Nesses casos, tendo em vista que a dúvida beneficia o réu, caso invoque uma excludente, por exemplo, e não consiga prová-la cabalmente, Guilherme Nucci²⁴¹ entende que “*ainda assim, poderá ser absolvido*”.

Infere-se daí que, se de um lado o acusado não tem obrigação de produzir qualquer prova, de outro é indiscutível que lhe é defeso conturbar a produção da prova realizada pela parte contrária ou por determinação do juízo. Vale dizer: o acu-

²³⁹ *Da Prova no Processo Penal*, p.9.

²⁴⁰ *Idem*, p. 7.

²⁴¹ *O Valor da Confissão como prova no proceso penal*, p. 70.

sado poderá simplesmente apreciar o desenrolar do processo, sem produzir nenhuma prova, mas não poderá intervir para obstaculizar a instrução criminal.

Ser-lhe-á defeso, por exemplo, ameaçar testemunhas ou vítimas, para que se abstenham de depor ou declarar o que saibam sobre os fatos em apuração, quando então, na visão de Guilherme Nucci²⁴² a prisão preventiva estará justificada; não pode cooptar perito objetivando a deturpação das conclusões periciais, em seu favor.

Enfim, a instrução criminal tem que se desenvolver de modo mais tranqüilo e escorreito possível, pois qualquer conduta do acusado tendente a conspurcar a colheita das provas será suficiente para a decretação de sua prisão preventiva “*por conveniência da instrução criminal*”.

Não concordamos com o entendimento constante de alguns acórdãos no sentido de que a prisão preventiva pode ser decretada para assegurar “*a própria integridade física do acusado*”²⁴³, medida preconizada por Magalhães Noronha²⁴⁴ e por Tourinho Filho²⁴⁵ que, entretanto, reformulou seu entendimento, afirmando, *verbis*:

Já sustentamos que na hipótese de o indiciado ou o réu estar ameaçado pelos familiares da vítima ou da própria vítima, haveria possibilidade de perturbação da ordem pública, assim, a preventiva seria de rigor. Penitenciemo-nos do raciocínio açodado. Nessa hipótese cumpre à Justiça dar garantias ao indiciado ou ao réu e não trancafiá-lo na cadeia.

Segundo declarou²⁴⁶, “*há mais de 60 anos*” Costa Manso afirmava sobre o tema, *verbis*:

Se o criminoso é que é ameaçado de represálias por parte da vítima, da família desta ou de elementos populares, não se justifica a prisão. O que a autoridade neste caso deve fazer é garanti-lo contra qualquer violência, e não tirar-lhe a liberdade, a pretexto de favorecê-lo...

Interessante é a hipótese suscitada por Basileu Garcia²⁴⁷, consistente na possibilidade de decretação da prisão preventiva caso fundada, não só na possibilidade de o réu sofrer represálias da vítima, seus familiares, ou mesmo outras pessoas e, conseqüentemente, vier a reagir violentamente. Entretanto, defende, em seguida, a tese de que, para a hipótese de a medida extremada ser adotada, exclusivamente, para garantir a intangibilidade física do autor do delito, sua liberdade deve prevalecer

²⁴² Código de Processo Penal Comentado, cit, p. 623.

²⁴³ Dentre outros e por todos: RT 589/397; 602/445; 610/440; 655/279, RTJ 107/573.

²⁴⁴ Ob. Cit. p. 172.

²⁴⁵ Ob. Cit. p., 490.

²⁴⁶ Idem, ibidem.

²⁴⁷ Ob. Cit. p. 171.

A decretação da prisão preventiva para salvaguarda da integridade física do acusado também encontra o repúdio de Marcelo Agamenon Góes de Souza²⁴⁸, “*verbis*”:

Uma situação que poderia ser levantada é a seguinte: seria admitida a prisão preventiva do agente (indiciado ou réu) quando o mesmo estivesse sendo ameaçado pela vítima ou pelos familiares da vítima, ou ainda, quando há uma ameaça da própria sociedade? Para uma resposta mais afoita, alguns poderiam dizer que sim. Aqui, o absurdo é evidente - grifamos.

No mesmo sentido é o magistério de Guilherme Nucci²⁴⁹, *verbis*:

Proteção do réu/indiciado: não autoriza a decretação da prisão preventiva a alegação de que o agente estará melhor sob a custódia do Estado do que solto nas ruas, onde pode ser objeto da vingança de terceiros, inclusive de parentes da vítima. Cabe ao indiciado ou réu procurar a melhor maneira de se proteger, se for o caso, mas não se pode utilizar a custódia cautelar para esse mister.

Destarte, pelo exposto infere-se que, neste caso, cumpre ao Estado garantir a incolumidade física do acusado e não “*protegê-lo*” através da prisão, o que implicaria em desvio de finalidade.

Não basta, como já demonstrado, que o juiz, ao decretar a medida cautelar, limite-se a repetir a letra da lei. Indispensável que o decreto seja devidamente calçado em provas concretas, constantes dos autos, sob pena de praticar um ato arbitrário. Neste sentido já decidiu o Excelso Pretório, que “*a custódia preventiva que vise à regular instrução criminal deve calcar-se em dados concretos, não se podendo supor a prática de atos que objetivem embaraçá-la*” (HC 83.534-1-SP, 1.a T., j. em 18.11.2003, relator ministro Marco Aurélio, DJU 27.02.2004)²⁵⁰.

No mesmo sentido é o entendimento doutrinário: Jeferson Moreira de Carvalho²⁵¹; Marcelo Agamenon Góes de Souza²⁵²; Paulo Roberto da Silva Passos²⁵³; Tourinho Filho²⁵⁴, dentre outros.

Quanto ao outro fundamento (*utilizar-se do acusado como prova no processo*) ousamos discordar da opinião de Antônio Alberto Machado, que endossou a lição de Campos de Barros, conforme assinalado na letra “a”, supra.

²⁴⁸ Ob. Cit. p. 122.

²⁴⁹ Código de Processo Penal Comentado, cit. p. 622.

²⁵⁰ RT 824/51. Idem: RT: 720/338; 769/708, dentre vários outros acórdãos.

²⁵¹ Prisão e Liberdade Provisória. P. 71.

²⁵² Ob. Cit. p. 116.

²⁵³ Ob. Cit. p. 68.

²⁵⁴ Ob. Cit. p. 492.

Como ensina Antonio Magalhães Gomes Filho²⁵⁵ ao delinear o estatuto das liberdades públicas relativas às pessoas submetidas à atividade persecutória do Estado, a Constituição Federal outorgou-lhes prerrogativa de inquestionável importância consistente no reconhecimento do direito de permanecer em silêncio, qualquer que seja a autoridade estatal perante a qual devam comparecer.

O direito ao silêncio, insculpido no inciso LXIII, do art. 5^a da Constituição Federal²⁵⁶, garante ao acusado o direito de não produzir prova contra si próprio. Qualquer prova. É a consagração do “*nemo tenetur se detegere*”. Trata-se de direito público subjetivo, revestido da mais expressiva significação político-jurídica, que impõe limites bem definidos à atividade persecutória exercida pelo Estado.

Nesse sentido é a lição de Maria Elizabeth Queijo²⁵⁷.

A contumácia do réu que se recusa a comparecer em juízo, por si só, não autoriza a decretação de sua prisão preventiva.

Como já destacado, o acusado não está obrigado a comparecer em juízo (Lei 11689, de 09/06/08, arts. 474) quando do julgamento pelo júri, o que confirma o entendimento supra.

Não a autoriza, também, como adverte Hélio Tornaghi²⁵⁸ o comodismo, “*a facilidade de ter o acusado sempre à mão*”.

Francisco de Almeida Pedrosa²⁵⁹ afirma que “*acobertado pelo exercício regular de um direito estará qualquer fato típico que o réu efetive em sua defesa*”, acentuando, mais adiante, que em “*o fato típico em defesa perpetrado não extrapolar ou extravasar da órbita processual, para atingir outros direitos, crime algum virá à corporificação*” referindo-se, evidentemente, aos atos praticados pelo próprio acusado, não por qualquer outra pessoa, como o advogado, por exemplo.

Destarte, como decorrência do *nemo tenetur se detegere*, no exercício do direito de defesa, “*inexiste o crime de denúncia caluniosa quando a falsa acusação é feita pelo réu, em sua defesa, no curso de um interrogatório*” (RT 406/94. Idem, no mesmo sentido: RT 550/357; 575/342; 684/310); não constitui falsidade ideológica o fato de o acusado, ao ser interrogado, declarar-se menor imputável, circunstância desmentida pela certidão de nascimento, visto ser reconhecido o “*direito do réu de*

²⁵⁵ *Direito à Prova no Processo Penal*, p. 113.

²⁵⁶ “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado,...”.

²⁵⁷ *O direito de não produzir prova contra si próprio*, p. 82.

²⁵⁸ *Manual de Processo Penal*, p.624.

²⁵⁹ *Ob. Cit.* p. 388-389.

mentir para defender-se. Nemo tenetur se detegere” (RT 494/3141); não se configurar o falso testemunho, quando o agente, no exercício de sua ampla defesa, procurando não se envolver no fato delituoso objeto da apuração, presta falso testemunho, pois “*não se pode admitir estivesse obrigado a dizer a verdade*” (RT 519/353. Idem, no mesmo sentido: RT 510/320; 681/346; 739/523, 744/557)²⁶⁰.

Conclui-se, destarte, que o direito ao silêncio constitui prerrogativa individual que *não pode* ser desconsiderada por *qualquer* dos Poderes da República, *notadamente* por seus juízes e Tribunais.

A afronta ao princípio constitucional do *nemo tenetur se detegere* é indiscutível. Se o acusado tem o ***direito constitucionalmente garantido*** de permanecer calado, como se admitir que o seu silêncio possa ser usado em seu desfavor? A contradição daí decorrente é manifesta e inaceitável.

Trata-se, inclusive, de uma estratégia até aconselhável: sabendo-se que tudo o que o indiciado falar, poderá ser contra ele usado, é melhor esperar a definição da imputação feita pela Acusação, na denúncia ou na queixa, para então definir o comportamento a ser adotado em juízo: calar-se, mentir ou falar a verdade, visto que, conforme já assinalado, o acusado não pode ser obrigado a se auto-incriminar.

Em boa hora a Lei 10.792/03, dando nova redação ao art. 186 do Código de Processo Penal, dispõe, em seu parágrafo único, que “*o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa*”, possibilitando, caso reste demonstrado o prejuízo, a anulação da decisão que prejudicar o réu, em decorrência do exercício do direito de calar-se.

O *nemo tenetur se detegere*, evidentemente, não se refere apenas e tão somente ao direito de calar-se. Engloba toda e qualquer prova que possa servir de base para a incriminação do acusado: soprar bafômetro, fornecer amostra de sangue para dosagem alcoólica, para exame de DNA, fornecer material gráfico para exame grafotécnico, participar de reconstituição simulada do crime etc.

Elizabeth Queijo²⁶¹ também ensina que “... o ‘*nemo tenetur se detegere*’ não se esgota no direito ao silêncio. Compreende direito mais amplo, que é o de não se auto incriminar. [...] a auto defesa abrange o direito de recusa em colaborar na produção de provas que possam importar em auto incriminação”.

²⁶⁰ Todos os exemplos “*apud*” Fernando de Almeida Pedroso, ob. cit, p. 393-394.

²⁶¹ Ob. Cit. p. 75.

Por fim, assinala-se que, encerrada a instrução criminal, não se justifica mais a manutenção da prisão preventiva com lastro em sua conveniência. Neste sentido foram as decisões da 1ª Turma do STF no HC 85641-SP, relatado pelo ministro Sepúlveda Pertence e publicado no DJU de 03.06.2005, pg. 45 e da 5ª Turma do STJ, no HC 42368-SP, relatado pelo ministro Gilson Dipp e publicado no DJU de 21.11.2005, pg. 264²⁶².

É que *“se a custódia cautelar foi decretada apenas com fundamento na conveniência da instrução criminal, o encerramento desta torna desnecessária aquela”* (HC 93629/RJ, 2ª Turma do STF, vu, relator ministro Cesar Peluso, j. em 06/05/08, Publicação DJe-142, DIVULG 31-07-2008, PUBLIC 01-08-2008, (www.stf.gov.br)).

Do exposto, concluímos, com Paulo Roberto da Silva Passos²⁶³, que a prisão preventiva, com fundamento na *conveniência da instrução criminal*, só será legítima quando: *“a atitude do acusado trazer ou estiver na iminência de trazer prejuízo à prova, preocupando-se com o dano processual futuro que daí poderá advir (eis que tal, é óbvio, poderá influenciar na decretação da decisão da causa), caberá ao magistrado, lastreado na ‘conveniência da instrução criminal’ decretar a prisão preventiva”*.

4.12 Assegurar a aplicação da lei penal

Segundo Basileu Garcia²⁶⁴ parece que *“o fim mais saliente da prisão preventiva é evitar-se que o indicado fuja. Ante essa eventualidade, assentada plausivelmente, é impossível deixar de reconhecer-se legítima e justa a providência”*.

A lição do ínclito jurista tem merecido acatamento quase unânime da doutrina. Assim é o entendimento de Antonio Alberto Machado²⁶⁵, Frederico Marques²⁶⁶, Paulo Roberto da Silva Passos²⁶⁷, Mirabete²⁶⁸, dentre outros.

Entretanto, como adverte Marcelo Agamenon²⁶⁹, *“meras suspeitas ou presunções não são suficientes para a medida”*, referindo-se à fuga do acusado. E exemplifica, afirmando que não justifica a medida extrema, *“o fato de o indiciado ou réu estar*

²⁶² Apud José Herval Sampaio Júnior e Pedro Rodrigues Caldas Neto, in *Manual de Prisão e Soltura*, p. 206.

²⁶³ Ob. Cit. p. 69.

²⁶⁴ Ob. Cit. p. 163.

²⁶⁵ ob. cit. p. 63.

²⁶⁶ ob. cit. p. 45.

²⁶⁷ ob. cit. p. 72.

²⁶⁸ *Código de Processo Penal Interpretado*, p.812.

²⁶⁹ Ob. Cit. P. 126.

sempre viajando, seja a negócios, seja a passeio”, com o que concordamos plenamente.

A jurisprudência também não é unânime. Se de um lado há acórdãos agasalhando o entendimento no sentido de que a prisão preventiva está justificada diante da possibilidade de fuga do acusado – planejada ou já efetivada – (RT 497/403), por outro lado há entendimento afirmando que a custódia cautelar não pode se basear em conjecturas, mas na real necessidade de constrição, não podendo justificá-la o simples temor de evasão do acusado (STF. RHC 67.069-5, MG. 2.^a T. j. 28.2.89, relator ministro Francisco Rezek. DJU 31.3.89)²⁷⁰.

4.13. Hipóteses legais de cabimento da prisão preventiva.

O Código de Processo Penal prevê, no art. 313, quando será admitida a decretação da prisão preventiva **nos crimes dolosos**:

I – punidos com reclusão;

II – punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la;

III – se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 46 do Código Penal;

IV – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Cumprе assinalar inicialmente que, ao se referir expressamente a **crimes**, ficam alijadas as hipóteses de **contravenções penais** que, *ex vi* do disposto no art. 44 do Código Penal, não comportam o recolhimento ao cárcere, na hipótese de condenação à pena privativa de liberdade, de modo que não se justifica a prisão preventiva do autor do fato.

Além disso, o dispositivo legal em comento refere-se expressamente a **crimes dolosos**. Assim sendo, estão excluídos os crimes **culposos** os quais, igualmente por força do disposto no art. 44 do Código Penal, admitem na hipótese de

²⁷⁰ RT 643/380. No mesmo sentido RT 819/508.

aplicação da pena privativa de liberdade, a sua substituição pela pena restritiva de direitos, não se justificando, portanto, a prisão preventiva do autor do fato.

Trata-se, evidentemente, da aplicação do *princípio da proporcionalidade*, que impõe algumas restrições em se tratando de prisão cautelar, visando impedir que ela seja mais grave e mais intensa que a pena aplicada no final do processo. Daí, porque, como destacado, ao referir-se aos crimes dolosos apenados com reclusão, o Código afasta, irremediavelmente, a prisão preventiva para os crimes culposos e para as contravenções penais.

Em se tratando de crimes dolosos, punidos com reclusão, em qualquer caso caberá a decretação da prisão preventiva, quando presentes os requisitos do art. 312 do Código (CPP, art. 313, I). Embora o Código Penal, na sua Parte Geral, refira-se a penas privativas de liberdade, na Parte Especial ainda se vale das expressões *reclusão* (para os crimes mais graves) e *detenção* (para os crimes menos graves).

Assim, enquanto que a prisão preventiva, em regra, pode ser decretada nas hipóteses de crimes punidos com reclusão, desde que presentes os requisitos do art. 312. Nos casos de crimes punidos com detenção só será admitida tal prisão quando restar evidenciado que o autor do fato é *vadio* ou, se houver dúvida sobre a sua identidade e ele não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la (CPP, art. 313, II).

Realmente, não se justifica a prisão preventiva nos crimes punidos com detenção, como regra, porque tais crimes são punidos com penas mais brandas, possibilitando a sua substituição por penas alternativas, de modo que a prisão cautelar revelar-se-á medida excessivamente rigorosa.

Entretanto, se o ator do fato é *vadio*, isto é, aquele que se entregar “... *habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover a própria subsistência mediante ocupação lícita*”, nos termos do disposto no art. 59 da Lei das Contravenções Penais, será possível a decretação da prisão preventiva, nos crimes dolosos punidos com detenção, desde que presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Vale dizer: além de praticar um *crime doloso*, punido com pena de *detenção*, o *vadio* age de modo a comprometer a ordem pública ou econômica; procura comprometer a instrução criminal ou demonstra que frustrará a aplicação da Lei, mediante fuga, estará sujeito à prisão preventiva.

Também é admitida a prisão preventiva nos crimes dolosos, punidos com detenção, desde que exista dúvida fundada sobre a identidade do autor do fato e ele não se identificar ou não querer se identificar, de modo que a sua conduta pode provocar a ocorrência de erro judiciário.

Evidentemente, a prisão preventiva ainda será admitida nos crimes dolosos, apenados com detenção, na hipótese de reiteração da prática criminosa, ainda que ele seja, tecnicamente, primário.

Caberá a prisão preventiva, ainda, quando o autor do fato for reincidente (Código Penal, art. 63) em crime doloso, com sentença transitada em julgado, salvo a hipótese prevista no art. 64, I, do Código Penal, que trata dos efeitos da reincidência.

Não se aplicará esta norma, quando o autor do fato já condenado por crime doloso, pratica crime culposo ou vice-versa.

4.14 Lei Maria da Penha (Lei 11.340, de 07/08/06).

A Lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, estabeleceu um microsistema de proteção às mulheres vítimas de violência doméstica, conferindo efetividade à disposição constitucional consubstanciada no art. 226, § 8º, da Constituição Federal e adequando o ordenamento jurídico vigente aos tratados internacionais de proteção à mulher²⁷¹.

Assim, dentre as inovações previstas, a Lei 11340/06 introduziu nova hipótese de prisão preventiva, ao acrescentar o inciso IV ao artigo 313, do Código de Processo Penal, dispondo que será decretada a prisão preventiva “*se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência*”.

Verifica-se, inicialmente, que a natureza jurídica dessa prisão preventiva, que é decretada para garantir a execução das medidas protetivas de urgência, instituídas pela lei 11.340/06, difere das outras hipóteses legais na medida em que não se destina a garantir a ordem pública ou econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal. Destina-se, como se percebe, a garantir a execução de medidas protetivas de

²⁷¹ *Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher (1994). Ficou conhecida com o nome de Convenção de Belém do Pará Ratificada pelo Brasil em 27/11/95 e promulgada pelo Dec. n. 1973, de 01/08/96,*

urgência, anteriormente decretadas durante o inquérito policial ou no curso da ação penal.

Tem por base um conflito que se consubstancia no entrechoque de direitos protegidos pela Constituição Federal, a saber: *jus libertatis* do indiciado ou acusado e os direitos fundamentais da mulher vítima da violência doméstica e familiar.

Portanto, não se trata de medida cautelar destinada a assegurar o regular desenvolvimento do processo penal ou a aplicação da lei penal, mas de medida destinada a assegurar a eficácia da execução das medidas protetivas de urgência decretadas nas hipóteses previstas na lei em comento.

A Lei Maria da Penha instituiu “*medidas integradas de prevenção*”, destinadas à “*assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar*”, integradas por um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não governamentais, cuja eficácia dependerá da implementação de referidas ações.

As medidas protetivas de urgência, instituídas pela Lei 11 340/06 só poderão ser decretadas, portanto, em situações nas quais a proteção falhou. Tais medidas têm natureza transitória, de modo que a prisão preventiva, decretada para assegurar a eficácia da execução delas, terá duração igual ao tempo do processo, atendendo ao princípio da proporcionalidade, que deve nortear a aplicação de qualquer prisão preventiva.

Destarte, temos que, se as medidas protetivas de urgência determinadas no curso do processo forem insuficientes aos fins a que se destinam, poderão ser substituídas por outras medidas passíveis de serem executadas após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória mas, neste caso, a prisão preventiva não poderá mais ser decretada, a não ser em caso de reincidência específica.

Evidentemente que em casos de violência doméstica contra a mulher não se decretará, sempre e automaticamente, a prisão preventiva. Em ocorrendo eventual colisão entre direitos fundamentais, torna-se imprescindível a atribuição da máxima efetividade a cada um deles, aplicando-os proporcionalmente a fim de evitar o simples afastamento de um direito em detrimento da proteção de outro, pois é inadmissível que a proteção social contra condutas antijurídicas venha aniquilar por completo as garantias processuais penais do acusado.

Absolutamente inadequada, portanto, a custódia cautelar que impõe ao acusado um regime mais gravoso do que aquele a ser cumprido em decorrência de eventual condenação.

Assim é que, considerando a prisão cautelar como exceção, não se concebe a sua manutenção ou decretação, sem que se demonstre a sua real indispensabilidade, que deve ser aferida à vista dos elementos constantes dos autos, cotejados com os motivos autorizadores da prisão preventiva.

O juiz deverá examinar cada caso concreto e na hipótese de lesão corporal simples, como destacado por Guilherme Nucci²⁷², com punição mínima de três meses de detenção, não deverá ser decretada a prisão preventiva do autor do fato.

A medida extrema, mesmo nos casos regulados pela Lei Maria da Penha, deverá subordinar-se aos requisitos previsto no art. 312, do Código de Processo Penal.

²⁷² Código de Processo Penal cit., p. 630.

Capítulo V

Prisão Temporária.

5.1 Considerações gerais

Como cediço, qualquer cerceamento da liberdade, mediante prisão, antecedendo uma sentença condenatória definitiva é, indiscutivelmente, um mal só tolerado excepcionalmente, diante da fundamentada demonstração de sua necessidade, observados os requisitos legais pertinentes e respeitadas as normas constitucionais consagradoras da dignidade da pessoa humana e do princípio da inocência presumida²⁷³.

Assim a prisão temporária que surgiu com a Lei 7960 de 21/12/89, mediante conversão da Medida Provisória nº 111, de 14/11/89, para regularizar situações de “*prisão para averiguação*”²⁷⁴ muito utilizada, não obstante sua inconstitucionalidade. Segundo magistério de Pontes de Miranda²⁷⁵, “*as prisões para averiguações são inconstitucionais, e não só ilegais*”.

5.2 Características

Como já assinalado, toda e qualquer prisão cautelar têm as seguintes características fundamentais: são medidas *judiciais*, são *instrumentais* e *provisórias*.

São *medidas judiciais*, porque não há *prisão cautelar* sem controle judicial: à exceção do flagrante delito, quando tal controle é diferido para o momento do exame de sua legalidade e necessidade, todas as demais prisões cautelares só podem ser decretadas pelo juiz, em decisão fundamentada.

A *instrumentalidade* de tais medidas decorre do fato de que são adotadas em função do processo, para assegurar o seu processamento, julgamento e eficácia da sentença proferida.

A *provisoriedade* significa que só poderão subsistir enquanto subsistam também os motivos que as determinaram e até a decisão final, quando perderão eficácia.

²⁷³ HC 990.08.0069675-Jaú. TJSP, 1ª Cam. Crim., vu, Rel. Des. Péricles Piza, j. 12/08/08, (www.tjsp.gov.br).

²⁷⁴ Segundo o magistério de Roberto Delmanto Junior (‘As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração, p. 150), nota nº 180: ‘a regulamentação dessas detenções era objeto de antigas aspirações, como se verifica já no Projeto de Código de Processo Penal, de 1935, apresentado pelo então Ministro da Justiça e Negócios Interiores, Vicente Ráo, projeto elaborado por Bento de Faria, Plínio Casado e Luiz Barbosa da Gama Cerqueira, visava instituir o ‘juizado de instrução’, acompanhado, entre inúmeras outras inovações para a época, da denominada ‘detenção provisória’.

²⁷⁵ *História e Prática do Habeas Corpus*, p. 122.

cia ou serão substituídas pela prisão aplicada na sentença condenatória transitada em julgado.

Além disso, as *prisões cautelares* exigem o concurso de dois outros pressupostos: a urgência de afastar o perigo resultante do decurso do tempo (*periculum in mora*) e a possibilidade de uma solução favorável no processo principal (*fumus boni juris*).

5.3 Hipóteses de cabimento

A prisão temporária será decretada pelo juiz mediante requerimento do Ministério Público, ou representação da autoridade policial²⁷⁶. Scarance Fernandes²⁷⁷ entende incabível a decretação de ofício. Assim também é o escólio de Jayme Walmer de Freitas²⁷⁸, que sustenta a proibição em decorrência do princípio da inércia (*ne procedat iudex ex officio*). Na mesma linha de raciocínio Guilherme Nucci entende impossível a decretação de ofício pelo juiz²⁷⁹.

A prisão temporária tem o prazo legalmente previsto de cinco dias (Lei 7960/89) ou de trinta dias (Lei 8072/90), prorrogáveis por igual período.

Segundo a Lei 7960/89, caberá a prisão temporária nas hipóteses elencadas nos incisos I, II ou III, do seu art. 1º²⁸⁰.

²⁷⁶ Lei 7960/89, art. 2º, *caput*.

²⁷⁷ *Processo Penal Constitucional*, 3ª ed., rev. atual. e ampl. p. 305.

²⁷⁸ *Prisão Temporária* p. 126.

²⁷⁹ *Código de Processo Penal comentado*, 8ª ed., cit. p. 616.

²⁸⁰ Art. 1º - *Caberá prisão temporária:*

I – quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II – quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade.

III – quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

a) homicídio doloso (art. 121, 'caput', e seu § 2º);

b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, 'caput', e seus §§ 1º e 2º);

c) roubo (art. 157, 'caput', e seus §§ 1º e 2º);

d) extorsão (art. 158 'caput', e seus §§ 1º e 2º);

e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, 'caput', e seus §§ 1º, 2º e 3º);

f) estupro (art. 213, 'caput', e sua combinação com o art. 223, 'caput', e parágrafo único);

g) atentado violento ao pudor (art. 214, 'caput', e sua combinação com o art. 223, 'caput', e parágrafo único);

h) (implicitamente revogado pela lei 11.106, de 28/02/2005);

i) epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º)

j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, 'caput', combinado como art. 285);

l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;

m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei n. 2889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas;

n) tráfico de drogas (art. 33, da Lei 11.343, de 22/08/2006, que revogou a Lei 6368/76);

o) crimes contra o sistema financeiro (Lei 7492, de 16/06/86).

Jayme Walmer de Freitas²⁸¹, além de defender que a prisão temporária prescinde dos requisitos da prisão preventiva²⁸², menciona a formação de três correntes sobre o cabimento da medida segregadora: a) de um lado, Tourinho Filho e Mirabete, admitem ser ela decretada com base em qualquer das três situações previstas no art 1º; b) Vicente Greco Filho, por seu turno, entende possível a alternatividade, desde que com uma ou mais hipóteses legais, estejam presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva e, c) finalmente, por derradeiro, Scarance Fernandes e Paulo Lúcio Nogueira entendem que há necessidade da presença de um dos crimes elencados no inciso III, conjugado com uma das hipóteses dos incisos I e II, sendo esta a posição que ele (Jayme) entende mais acertada e coerente com o princípio da inocência.

Examinando as hipóteses legais de cabimento da prisão temporária, não se pode aceitar a interpretação que defende a aplicação isolada de qualquer das hipóteses previstas no art. 1º, da Lei 7960/89. Se assim fosse, em qualquer hipótese seria possível a decretação da cautelar com base no inciso I, isto é, quando *“imprescindível para as investigações do inquérito policial”*.

Seria a consagração daquilo que Guilherme Nucci²⁸³, denominou *“investigação ‘às avessas’”*. É importante, para esclarecimento do assunto, transcrever suas ponderações pertinentes ao tema, *“verbis”*:

Essa distorção, que é a aceitação da confissão extrajudicial como prova direta no processo penal, dá ensejo ao arraigado costume da investigação às avessas, vale dizer, a polícia, ao invés de investigar amplamente o fato criminoso e buscar todas as pistas e opções possíveis, elege um suspeito e parte dele em busca das provas para incriminá-lo. Por isso, às avessas. Deveria, mesmo com um aparente suspeito à frente, checar todas as hipóteses prováveis, mas não o faz. Uma vez tendo o suspeito, contenta-se em forçá-lo a confessar e, depois, a partir disso, conseguir mais algumas provas para concluir o inquérito, enviando-o ao ministério público como caso encerrado.

Depois de reconhecer que há casos em que o suspeito é a única fonte de informações, o que não se constitui em regra, conclui, *“verbis”*:

[...] Partir sempre do suspeito como fonte única de prova provoca a ânsia pela extração da confissão e um incentivo ao uso da violência,

²⁸¹ Idem, p.101 e seguintes.

²⁸² *“Repise-se que a prisão temporária congrega duas finalidades bem claras e estratificadas, no auxílio à atividade policial (ou ao ministério público), com a investigação e cooperação com o membro do ‘parquet’ ou querelante no acionamento judicial do suspeito ou indiciado. Em conseqüência, diante da inexistência de região de conflito entre os pressupostos da prisão temporária e os das demais prisões cautelares, não se cogita da presença de requisitos autorizadores da prisão preventiva para fundamentação da prisão temporária”*. Idem, p. 104.

²⁸³ *O Valor da Confissão como prova no Processo Penal*. p. 205.

o que está errado, visto que há muitos outros dados para compor um inquérito, dependentes basicamente da boa vontade da autoridade policial para produzi-lo.

“*Ad argumentandum*”, Guilherme Nucci²⁸⁴ cita, como exemplo de arbitrariedade policial, o caso que ficou conhecido pelo nome do local do crime o “*Bar Bodega*”, nessa Capital²⁸⁵.

Por outro lado, Jayme Walmer de Freitas²⁸⁶ entende justificada a prisão temporária sempre que se mostre “*imprescindível para as investigações do inquérito policial*” porque é comum a Polícia deparar-se com crimes violentos derivados de organizações criminosas ou não, homicídio rotineiro, com envolvimento da guerra do tráfico. Em tais casos vez por outra, aparece alguma testemunha que auxilia na descoberta da autoria do crime, depois de afirmar que “*o inquérito policial é o início e o fim da prisão temporária. A investigação visa à obtenção dos elementos concernentes à materialidade e autoria, para formação de subsídios à justa causa penal*”, o ilustre jurista conclui que “*o recolhimento do suspeito proporcionará a realização de provas no inquérito policial, como reconhecimento pessoal e interrogatório, o qual, apesar do direito ao silêncio, pode ser frutífero de algum modo na investigação, até nas conversas informais que podem redundar em diligência positiva*”.

Não concordamos com tal ponto de vista porque, em primeiro lugar, cumpre observar que “*conversa informal*” não é *confissão*, de modo que não pode valer como prova contra o acusado.

A propósito vale recordar a observação de Guilherme Nucci²⁸⁷ que, examinando “*a ‘confissão’ feita a policiais fora da delegacia*”, critica o mau vezo da Polícia em valer-se das declarações do detido obtidas informalmente.

Sustenta, e com razão, que a advertência que deve ser feita ao imputado, no sentido de que tem o direito de calar-se, deve ser feita desde o exato momento da prisão e não somente na delegacia, na hora do interrogatório.

Entendemos que, na falta dessa advertência, já no momento da prisão, redundará em contaminação de toda e qualquer prova que advier do referido *interro-*

²⁸⁴ *Op. Cit.* p. 207.

²⁸⁵ O caso “*Bar Bodega*” refere-se às investigações preliminares da Polícia Judiciária, que apontou, em quinze dias, cinco autores de latrocínio ocorrido em 10/08/96. No final de outubro daquele ano o promotor de justiça, encarregado do caso, concluiu que os suspeitos detidos pela Polícia eram inocentes e haviam sido torturados para confessar. Os verdadeiros autores do crime foram descobertos e, posteriormente, condenados.

²⁸⁶ *Ob. cit.* p. 109.

²⁸⁷ *Júri – Princípios Constitucionais, Ob. cit.* p. 229.

gatório, como prova ilícita, por força não só do preceito contido no inciso LXIII, do art. 5º, da Constituição Federal, mas, também, em decorrência do princípio que consagra a ilicitude da prova derivada de prova ilícita (“*fruto da árvore envenenada*”) agora expressamente previsto no art. 157, do Código de Processo Penal, com a redação da Lei 11690, de 09/06/08.

Não fosse o suficiente, *ad argumentandum*, há que se discutir se a prisão do suspeito/indiciado pode ser “*imprescindível para as investigações do inquérito policial*”.

Não se pode esquecer que a Constituição Federal consagrou o direito ao silêncio (“*nemo tenetur se detegere*”), de modo que o acusado (indiciado, suspeito, seja lá o que for) não está obrigado a se auto incriminar, podendo deixar de responder ao que lhe for perguntado ao ser interrogado, seja participando de simulação do crime, fornecendo qualquer meio de prova como sangue (para exame de dosagem alcoólica), material gráfico (para exame grafotécnico), participar de reconhecimento pessoal enfim, não pode ser compelido a colaborar com as investigações, estando, inclusive, acobertado pela excludente do exercício regular de um direito, quando exerce, pessoalmente, seu direito de defesa. Daí porque o exercício do *direito ao silêncio* jamais poderá prejudicá-lo, *ex vi* de expressa disposição legal²⁸⁸.

Na realidade, ao suspeito (indiciado, acusado etc.) é vedado atrapalhar, perturbar a colheita da prova – o que possibilitaria a sua prisão preventiva) de modo que seja inevitável concluir que a sua prisão temporária jamais será “*imprescindível para as investigações do inquérito policial*”.

Querendo, a Polícia poderá investigar o fato e sua autoria valendo-se de todos os meios de prova legalmente previstos: testemunhas, documentos, perícias etc., sem necessidade de contar com a colaboração do suspeito ou indiciado. Com

²⁸⁸ CPP, art. 186, e parágrafo único, com a redação da Lei 10.792/2003. Segundo Guilherme Nucci (*Código de Processo Penal comentado*, cit., p. 413), a anterior redação deste dispositivo legal (que previa, na parte final que “*o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa*”), chocava-se com o disposto no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal que consagra “*o direito de permanecer calado, em qualquer fase proedimental (extrajudicial ou judicial), ...*”. Informa, ainda, que “*a doutrina majoritária posicionava-se pela não recepção do trecho do referido art. 186, pelo texto constitucional de 1988,...*” mas, diante da “*...modificação introduzida pela Lei 10.792/2003, torna-se claro o acolhimento, sem qualquer ressalva, do direito ao silêncio, como manifestação e realização da garantia da ampla defesa*”. Destaca, adiante, que “*é preciso abstrair, por completo, o silêncio do réu, caso o exerça, porque o processo penal deve ter instrumentos suficientes para comprovar a culpa do acusado, sem a menor necessidade de se valer do próprio interessado para compor o quadro probatório da acusação. Se o Estado ainda não atingiu meios determinantes para tanto, tornando imprescindível ouvir o réu para formar sua culpa, é porque se encontra em nítido descompasso, que precisa ser consertado por outras vias, jamais se podendo exigir que a ineficiência dos órgãos acusatórios seja suprida pela defesa*”.

as provas carreadas para o inquérito policial, se necessário, pedirá sua prisão preventiva, o que revela a absoluta inutilidade da prisão temporária.

O inciso II, da Lei 7960/89, tem por escopo a *persecutio criminis*, buscando reduzir as oportunidades daquele que pretenda evadir-se do distrito da culpa ou busca iludir as autoridades, não lhes fornecendo elementos de identificação, para manter-se incólume, por ter, provavelmente, antecedentes criminais.

Tudo isso não passa de ilação, fruto de legislação elitista, consubstanciada num código de conotação fascista, fiel ao seu modelo, que vê no vadio ou naquele sobre o qual paire dúvida sobre sua identidade, ou que não indica elementos para esclarecê-la, como regra geral, um subliminar e inconfessável interesse em subtrair-se à ação da Justiça.

Assim é que, no art. 328, do Código de Processo Penal, é prevista a revogação da liberdade provisória vinculada, na hipótese de o réu mudar de residência sem prévia permissão da autoridade processante; no art. 313, segunda parte, do mesmo codex, está autorizada a prisão preventiva “*quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la*”.

Ora, injusto prender quem quer que seja só porque se lhe impingiu a pecha de *vadio*. Há que se investigar e demonstrar a necessidade de sua custódia, diante dos requisitos autorizadores da prisão preventiva. Só assim a prisão conformar-se-á com os preceitos constitucionais garantidores da dignidade humana. Caso contrário, não passará de prepotente e indisfarçável arbítrio.

A prisão temporária daquele que “*...não fornecer elementos para sua identificação*”, isoladamente, não deve ser decretada porque, se necessária, a sua identificação poderá ser feita rapidamente (colheita de impressões digitais, por exemplo) sem que seja preciso prendê-lo. Mesmo no caso de “*reconhecimento*”, a diligência poderá ser agendada com aquele que fará o reconhecimento e, então, o suspeito comparecerá espontaneamente ou poderá ser *conduzido* por ordem judicial (não preso), *ex vi* do disposto no art. 260, do Código de Processo Penal.

Verifica-se, destarte, que não se justifica a prisão temporária, nos termos do inciso II, da Lei 7960/89.

Quanto à regra prevista no inciso III também não pode ser aplicada isoladamente, pois isto resultaria em inconstitucional prisão obrigatória, aplicada por presunção, visto que baseada em mera suspeita “*... existir fundadas razões de autoria*

*ou participação ...*²⁸⁹ em qualquer dos crimes elencados, isto é, quando presente o *fumus boni juris*, caso contrário será impossível a decretação da medida.

Evidentemente que não seria exigida a conjugação das hipóteses mencionadas nos três incisos, pois aí, a lei dificilmente seria aplicada, o que, indiscutivelmente, não representa a intenção do legislador, porquanto bastaria que o suspeito tivesse identificação e residência fixa para que a prisão não pudesse ser decretada.

Resta, portanto, examinar a conjugação das hipóteses previstas nos incisos II e III, como sustentado por Guilherme Nucci²⁹⁰ (já que, em relação àquela prevista no inciso I, como salientamos, não deve ser aplicada). Em outras palavras: a prisão temporária estaria justificada diante de “*fundadas razões de autoria ou participação*” nos crimes elencados, quando o suspeito não tivesse residência fixa ou identificação, pois, neste caso, eventual execução de uma decisão condenatória (e até mesmo a própria investigação do fato e da autoria) estaria seriamente comprometida.

Ainda assim, para aceitar esta conjugação, temos que concordar em que a prisão temporária se satisfaz com menos requisitos do que a prisão preventiva.

²⁸⁹ Sem pretender dirimir a discussão doutrinária sobre a distinção entre *autoria* e *participação*, adotamos o entendimento no sentido de que *autor* é o agente que pratica a ação incriminada representada pelo verbo núcleo do tipo (por exemplo, no homicídio: *matar* alguém – art. 121). *Partícipe* é o agente que, não praticando a ação incriminada representada pelo verbo núcleo do tipo, pratica outra ação qualquer, periférica, que contribui para a prática criminosa. Por exemplo, *autor* é aquele que desfere a facada, matando a vítima e *partícipe* é aquele que segura a vítima para que o autor a golpeie.

²⁹⁰ *Código de Processo Penal comentado*, cit. p. 616. Pelas razões já expostas não concordamos com a conjugação por ele defendida (idem, p. 615), da hipótese prevista no inciso I, ou com o inciso II.

Capítulo VI

Prisão por pronúncia e Prisão decorrente de sentença condenatória recorrível.

6.1 Considerações Gerais.

A pronúncia, como cediço, é uma das quatro decisões possíveis em se tratando de processo da competência do Tribunal do Júri. Significa que o juiz está convencido da prova da materialidade delitiva e de indícios de autoria, razão pela qual determina seja o caso submetido ao juiz natural da causa, o Conselho de Sentença.

Na mesma oportunidade deverá decidir sobre a prisão ou não do acusado se estiver solto ou sobre a sua manutenção ou não no cárcere. Para tanto, o Código de Processo Penal, em seu art. 408, parágrafo 2º, com a redação da Lei 5941, de 22/11/73 (chamada Lei Fleury) possibilitava ao réu, primário e de bons antecedentes, aguardar o julgamento (no plenário do Júri ou da apelação para o Tribunal de Justiça) em liberdade.

Por outro lado, nos processos da competência do juiz Singular, o réu não podia “...*apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livra solto*), dispunha o art.,. 594, do Código de Processo Penal, com redação da citada Lei Fleury.

6.2 A nova sistemática processual penal

Com a reforma do Código de Processo Penal, introduzida pelas Leis 11.689, de 09/06/08, sobre o Tribunal do Júri (arts. 413, parágrafo 3º e 429, I, “e”) e 11.719, de 20/06/08, sobre os demais procedimentos (art. 387, parágrafo único), tornou-se regra geral o apelo em liberdade, exceto se a prisão for necessária, em função dos requisitos autorizadores da prisão preventiva.

Destarte, tanto para a prisão decorrente da pronúncia, como para a prisão em função de sentença condenatória recorrível, só será possível a prisão do réu se e quando evidenciada a sua necessidade e demonstrada, fundamentadamente, a ocorrência de qualquer das hipóteses prevista no art. 312, do Código de Processo Penal.

Portanto, diante da nova sistemática legal, pouco importa, para o réu recorrer em liberdade, se ele é ou não primário ou se tem ou não bons antecedentes: a pri-

são só poderá ocorrer se necessária e conveniente para a garantia da ordem pública ou econômica; por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da Lei.

Capítulo VII

Liberdade Provisória

7.1 Conceito e Natureza Jurídica.

Paulo Roberto da Silva Passos²⁹¹, com razão, critica o uso da expressão “liberdade provisória”, para indicar o instituto que possibilita a liberdade do preso até o julgamento do processo.

Como destacado, num país como o nosso, em que não há a pena de prisão perpétua e, ainda, onde vige o princípio da inocência presumida, apodar de “*provisória*” tal liberdade é um contra senso, para dizer o mínimo.

Frederico Marques²⁹² sugeriu a expressão “*liberdade vinculada*”, pois como esclareceu com base na lição de Carrara, “*perante um homem ainda assistido pela presunção de inocência, repugna diga provisório o estado de liberdade e, por conseguinte, normal o estado de detenção*”.

Entendemos que melhor teria sido se o legislador tivesse usado a expressão “*liberdade condicionada*”, ou semelhante (como “*liberdade vinculada*”, sugerida por Frederico Marques) porque na verdade ela está condicionada ou ao cumprimento das obrigações assumidas quando do pagamento da fiança ou, nos casos do art. 310 e parágrafo único, do Código, ao comparecimento aos demais atos do processo, sob pena de revogação.

Em favor da expressão “*liberdade vinculada*” ainda encontramos as lições de Romeu Pires de Campos Barros²⁹³ e Hélio Tornaghi²⁹⁴.

Também não serviria a expressão “*liberdade condicional*”, que se confundiria com o instituto próprio da execução penal.

Temos a expressão consagrada no Código e a ela continuaremos nos referindo como “*provisória*”, para efeito do presente trabalho.

Alguns atores consideram-na como medida de contra cautela. Nesse sentido, a lição de José Armando Costa²⁹⁵: “*tomando por escopo elidir os efeitos delitivos defluentes de um trancafiamento precipitado e desnecessário, é concedida ao indi-*

²⁹¹ *Ob. Cit. P. 96.*

²⁹² *Ob. Cit. p. 117.*

²⁹³ *Ob. Cit. p. 288.*

²⁹⁴ *Ob. cit. p. 845.*

²⁹⁵ *Estrutura Jurídica da Liberdade Provisória, 2ª ed., p. 34.*

ciado ou réu com a imposição de deveres processuais, os quais, uma vez descumpridos, provocam a sua revogação e o emprisionamento do seu beneficiário”.

São vários os posicionamentos adotados pelos doutrinadores na discussão da natureza jurídica do instituto em exame. Assim é que, na esteira de Frederico Marques, também são favoráveis à idéia de *contracautela*, com a substituição da prisão por restrições de outra natureza. Não obstante tendentes ao mesmo resultado final, representado pela tutela da efetividade do processo, além do acima citado José Armando Costa, podemos citar Romeu Pires de Campos Barros²⁹⁶ e Paulo Roberto da Silva Passos²⁹⁷, dentre outros.

Tourinho Filho²⁹⁸ destaca que “*sendo a liberdade provisória um sucedâneo da prisão provisória, logo seu fundamento repousa na circunstância de que ela também assegura a presença do réu ao processo, sem o vexame, a humilhação ou mesmo o sacrifício do cárcere*”. No mesmo sentido é a lição de Tornaghi²⁹⁹.

7.2 Espécies.

Segundo o Código de Processo Penal, a liberdade provisória pode ser *vinculada* à prestação de *fiança* (arts. 323 e 324, interpretados a contrario sensu), ou *desvinculada*, sem prestação de fiança, o que pode ocorrer em duas hipóteses: quando o réu livrar-se solto (art. 321), ou quando o réu, preso em flagrante, tiver praticado o crime amparado pelas excludentes de antijuridicidade (art. 310, “*caput*”) ou, ainda, a prisão em flagrante mostrar-se desnecessária diante dos requisitos autorizadores da prisão preventiva (CPP, art. 310, parágrafo único).

7.3. Liberdade Provisória sem Fiança.

Será possível a liberdade provisória sem o pagamento de fiança, “*ex vi*” do disposto no art. 321, do Código de Processo Penal, quando o réu se livrar solto, o que pode ocorrer nas seguintes situações:

- a) no caso de infração, a que não for, isolada, cumulativa ou alternativamente, cominada pena privativa de liberdade (inciso I);
- b) quando o máximo de pena privativa de liberdade, isolada, cumulativa ou alternativamente cominada, não exceder 3 meses.

²⁹⁶ *Ob. Cit.* p. 346.

²⁹⁷ *Ob. Cit.* p. 99.

²⁹⁸ *Ob. Cit.* p. 447.

²⁹⁹ *Ob. Cit.* p. 101.

São situações que evidenciam a absoluta desnecessidade de prisão do agente. Em primeiro lugar porque não tem cabimento a prisão de alguém se a infração que lhe é imputada não for apenada com pena privativa de liberdade. Depois, igualmente não se justifica uma prisão que não exceda 3 meses, máxime quando, o art. 33, § 2º, do Código Penal, possibilita o cumprimento de pena igual ou inferior a quatro anos, em regime aberto.

A hipótese mencionada no caso do inciso I supra, não sendo aplicada pena privativa de liberdade, ou seja, a aplicação somente da pena de multa (já que as penas restritivas de direitos substituem as penas privativas de liberdade) refere-se, evidentemente, às contravenções penais, eis que não há crime sem a cominação abstrata de pena privativa de liberdade.

Neste caso e, ainda, na hipótese referida na letra “b” supra, estamos diante de infrações penais de menor potencial ofensivo a que se refere o art. 61, da Lei 9099/95, de modo que não há que se falar em prisão do autor do fato, opinião reforçada pelo disposto no art. 69, da mesma Lei.

Outra hipótese de liberdade provisória, sem fiança, decorre do disposto no art. 310, “*caput*”, do Código de Processo Penal. Seria inadmissível manter alguém preso quando, desde o primeiro momento, pelo auto de prisão em flagrante, evidenciar-se que o autor do fato está amparado por uma excludente de antijuridicidade. Ora, se não há crime quando o fato é praticado em tais condições, como se admitir o *carcer ad custodiam*? Seria verdadeira monstruosidade.

Não obstante, a hipótese não é rara. Além do caso já mencionado, Carlos A. Marchi de Queiroz³⁰⁰ informa sobre outro preso em flagrante, apesar de ter agido em legítima defesa (“*O caso Hitaichi*”).

Não há dúvida de que há situações em que a legítima defesa fica na zona cinzenta da nebulosidade, dificultando sua identificação. Entretanto, nos casos Farinha e Hitaichi, mencionados por Carlos Alberto Marchi de Queiroz³⁰¹ as excludentes de antijuridicidade são tão evidentes, que não admitem, absolutamente, nenhuma dúvida sobre elas.

Por outro lado, com o advento da Lei 6416/77, que acrescentou o parágrafo único ao art. 310, do CPP, determinando a concessão da liberdade provisória ao preso em flagrante, mediante compromisso de comparecimento aos demais atos do

³⁰⁰ Ob. cit. p. 22.

³⁰¹ Idem, ibidem.

processo sob pena de revogação do benefício - quando ausentes os requisitos ensejadores da prisão preventiva, de modo que a partir daí, quando o ato praticado pelo agente ativo não encontrar agasalho nas excludentes de antijuridicidade - a prisão em flagrante só será mantida se e quando o juiz verificar a existência, no caso concreto, de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva.

Daí a lição de Aduino Suannes³⁰², no sentido de que o movimento conhecido como Constitucionalismo revela ser esse o “*real propósito de toda Constituição: limitar o poder governamental*”.

Destarte, pela conjugação dos preceitos consubstanciados nos incisos LXII; LXV e LXVI, todos do art. 5º, da Constituição Federal³⁰³ e do disposto no art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal³⁰⁴, o juiz criminal – assim mesmo, com maiúsculas – imbuído de sua importantíssima função de *custos libertatis*³⁰⁵, recebendo uma comunicação da prisão em flagrante, qualquer que seja o sujeito ativo, verificará, em primeiro lugar, se se trata, realmente, de flagrante delito, isto é, se aquele caso concreto se enquadra em uma das hipóteses previstas no art. 302, do Código de Processo Penal, pois, caso contrário, deverá relaxar a prisão imediatamente, como determina a Constituição Federal. Quando o flagrante for legal, deverá, ainda, examinar a eventual necessidade da custódia, diante dos requisitos que autorizam a prisão preventiva - vale dizer, pensará assim: “*se não fosse o flagrante, decretaria a prisão preventiva por tal ou qual motivo, comprovado nos autos*”, mantendo, destarte, a custódia mediante despacho fundamentado; ou, “*se não fosse o flagrante, não decretaria a prisão preventiva porque não se faz necessária para a ga-*

³⁰² Ob. Cit. p. 109.

³⁰³ LXII: “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente....”;

LXV: “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”;

LXVI: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” travessões nossos.

³⁰⁴ CPP, art. 310, § único: “igual procedimento – a concessão de liberdade provisória mediante compromisso de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação do benefício, previsto no ‘caput’ – será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inoccorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva”;

³⁰⁵ Aduino Suannes (ob. cit., p. 324), ao comentar o art. 654, § 2º do CPP, assim conclui: “isso significa a consagração não só do ‘jus libertatis’ como do papel de garantidor das garantias constitucionais que se deve reconhecer ao juiz criminal”. Porque, esclarece o autor, como ‘custos libertatis’ o juiz “tem o dever de zelar pela regularidade do processo, para que o ‘fair trial’ seja obtido”. (ob. Cit. Pgs. 283/284). É que, para ele, com razão, não se concebe que o juiz não cumpra um preceito constitucional, pois “...se um juiz se recusa a cumprir um preceito constitucional, com que autoridade moral exigirá dos jurisdicionados que cumpram algo bem menos relevante, como uma lei, um decreto ou uma portaria?” (idem, p. 322). Porque, como consigna importante alerta, “a conduta antiética das pessoas não pode justificar resposta antiética do Estado” (ibidem, p. 324).

rantia da ordem pública ou econômica; por conveniência da instrução ou para assegurar a aplicação da lei penal”, caso em que concederá ao sujeito ativo, incontinente³⁰⁶, a liberdade provisória preconizada no art. 310 e seu parágrafo único, do Código de Processo Penal³⁰⁷.

7.4 Liberdade Provisória com Fiança.

A doutrina costuma tratar a fiança como contra cautela, porque nas hipóteses legais de cabimento, afastaria a cautela decorrente da prisão em flagrante.

Entretanto, e nos parece que com inteira razão, Scarance Fernandes³⁰⁸ critica o vizo de assim a doutrina tratar o instituto, argumentando, “*verbis*”:

Não há razão para se falar em fiança como contracautela. Tem caráter cautelar, semelhante, em sua essência, às demais medidas cautelares pessoais relativas à prisão e à liberdade provisória. Ver a fiança como contracautela é perpetuar o sistema anterior à Constituição, que procurava, em regra, manter preso o acusado pilhado em flagrante, sendo a liberdade a exceção, obtida mediante pagamento de fiança. O raciocínio agora deve ser outro. A regra deve ser a de que o acusado, presumido inocente, fique em liberdade durante o processo, só se admitindo a prisão em situações excepcionais.

Antes da vigência da Lei 6416/77, somente seria possível a liberdade provisória, sem fiança, na hipótese tratada no art. 350, do Código de Processo Penal, quando a impossibilidade de prestação de fiança decorria da comprovada pobreza do preso. Ainda nessa hipótese e, também, para aqueles que prestavam a fiança, eram impostas as obrigações decorrentes do disposto nos arts. 327 e 328 do Código.

Com o advento da Lei 6416/77, que acrescentou o parágrafo único ao art. 310, do Código, instituindo, destarte, nova modalidade de liberdade provisória, com fundamentação diferente daquela que vigiam para a fiança, foi possível restabelecer a liberdade em todos os crimes, desde que desnecessária a prisão, por inexistência dos requisitos da prisão preventiva.

³⁰⁶ CF, art 5º, LXVI, citado.

³⁰⁷ Daí porque entendemos inconstitucional e não só ilegal, a conduta de alguns juízes que, em desacordo com o comando constitucional, diferem o exame da legalidade do flagrante ou a concessão da liberdade provisória, para depois do interrogatório, ou para depois da chegada do inquérito em juízo ou, ainda, condiciona-a a eventual pedido da defesa, dentre outras procrastinações.

³⁰⁸ Ob. cit. p. 321.

Como destacado por Tourinho Filho³⁰⁹, Vicente Greco Filho³¹⁰, Eugenio Pacelli de Oliveira³¹¹, dentre outros, introduzindo o parágrafo único no art. 310, do Código, a reforma efetivada pela Lei 6416/77 tornou praticamente sem efeito o instituto da fiança.

Scarance Fernandes³¹², entendendo também que a fiança perdeu a relevância, argumenta que o juiz deve optar pela liberdade mediante compromisso, por ser mais benéfica, do que arbitrar a fiança. Com base no escólio de Romeu Pires de Campos Barros, ressalta que, hodiernamente, a fiança tem ainda alguma importância, naquelas hipóteses legais que permitem o Delegado de Polícia arbitrá-la (art. 322, “*caput*”) evitando-se a natural demora na apreciação judicial do pedido de liberdade provisória prevista no art. 310, parágrafo único, do Código. Também esse é o entendimento de Eugenio Pacelli de Oliveira³¹³.

Para a hipótese de a fiança ser concedida pelo Delegado de Polícia, Tourinho Filho³¹⁴ recomenda que, ao sair da prisão após prestar a fiança, o afiado requeira ao juiz competente a convalidação da liberdade provisória mediante fiança em liberdade provisória sem fiança, nos termos do art. 310, § único, do Código, com a devolução da fiança prestada.

Portanto, hodiernamente, a importância da fiança se resume às hipóteses nas quais o Delegado de Polícia pode arbitrá-la, evitando-se, destarte, que o preso tenha que requerer a sua liberdade em juízo, sujeitando-se à inevitável demora de uma solução favorável.

Ainda Tourinho Filho³¹⁵ ensina que também no caso de quebra da fiança, desde que não esteja presente qualquer dos motivos autorizadores da prisão preventiva, nada impede que o juiz conceda ao réu a liberdade provisória prevista no parágrafo único do Código. Se essa liberdade provisória pode ser concedida ao autor de crime inafiançável, não será justo que seja negada àquele a quem se imputa crime afiado, só porque quebrou a fiança.

³⁰⁹ *Ob. cit.* p. 80.

³¹⁰ *Tutela Constitucional das Liberdades*, p. 250.

³¹¹ *Ob. cit.* p. 143.

³¹² *Ob. cit.* p. 327.

³¹³ *Ob. cit.* p. 144.

³¹⁴ *Ob. cit.* p. 578.

³¹⁵ *Ob. cit.* p. 570.

Por seu turno Scarance Fernandes³¹⁶ identifica, ainda, as seguintes hipóteses: nos casos de pronúncia ou de sentença condenatória recorrível, o réu primário mas sem bons antecedentes não poderia, em princípio, aguardar o julgamento em liberdade, *“mas terá direito à liberdade provisória com fiança se o crime for afiançável (art. 408, § 2º e 594 do CPP)”*³¹⁷.

Com o advento da Lei 11689, de 09.06.08 que alterou a disciplina do procedimento da competência do Júri, bem como da Lei 11719, de 20.06.08, que revogou o art. 594, do Código de Processo Penal, ambas com *vacatio legis* de 60 (sessenta) dias, a partir da publicação (publicadas em 10.06 e 23.06.08, respectivamente) alteraram-se as hipóteses mencionadas por Scarance Fernandes: na hipótese de sentença condenatória prolatada por juiz singular, bem como nos casos de pronúncia e sentença condenatória em crimes da competência do Tribunal do Júri, o réu poderá recorrer em liberdade salvo se o juiz prolator da decisão entender necessária a prisão em razão das hipóteses autorizadas da prisão preventiva (Lei 11689, arts. 413, § 3º e 492, I, letra “e” e art. 387, único, do Código de Processo Penal, com a nova redação da Lei 11719).

Além dessas duas hipóteses, ele aponta ainda o fato de que os recursos especial e extraordinário, para o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, respectivamente, não admitirem o efeito suspensivo, mas a jurisprudência *“aceita a concessão de fiança para o fim de o réu condenado pelo tribunal recorrido ficar solto até o julgamento do recurso interposto, caso pague o valor da caução”*³¹⁸, informando que esse entendimento jurisprudencial tem por base o preceito do art. 5º, LXVI, que consagra o direito à liberdade provisória com ou sem fiança, quando a lei a admitir, não sendo possível a restrição a esse direito porque lei ordinária não reconhece efeito suspensivo para determinado recurso.

Cita, ainda, em nota de rodapé, que *“atualmente, é pacífico na Suprema Corte ter o réu direito constitucional à fiança até o trânsito em julgado da decisão condenatória, não a impedindo o recurso especial sem efeito suspensivo”*³¹⁹.

Concordamos com esta opinião à qual acrescentamos as seguintes considerações: em primeiro lugar entendemos inaceitável - diante do preceito constitucional que visa garantir a liberdade individual, bem como do princípio da inocência presu-

³¹⁶ Ob. cit. P. 328.

³¹⁷ Certamente o autor quis referir-se ao § 3º, do art. 408, do CPP.

³¹⁸ Idem, ibidem p. 328.

³¹⁹ Idem, p. 328.

mida, como demonstramos no decorrer desse trabalho - nos dias de hoje, a existência de recurso sem efeito suspensivo, principalmente em matéria de processo penal. Assim, seria de bom alvitre reformar o sistema recursal para dotar os recursos extraordinários e especiais de efeito suspensivo, pela óbvia razão de que não se pode admitir hipótese de prisão sem condenação transitada em julgado. Se o réu deve ser considerado inocente até que ela seja prolatada, como permitir uma prisão provisória, só porque a lei não prevê o efeito suspensivo para o recurso a que tem direito?

Em segundo lugar, parece-nos que nas hipóteses de liberdade afiançada, na pronúncia (por crime afiançável), na sentença condenatória recorrível, bem como nos recursos extraordinário e especial, mencionados por Scarance Fernandes, podemos adotar a sugestão de Tourinho Filho, acima referida: após a concessão da fiança, requerer a transformação da liberdade provisória afiançada em liberdade provisória sem fiança, nos termos do disposto no art. 310, § único, do Código. Por que não seria possível nesses casos, já que ela é perfeitamente cabível em casos de crimes graves, mesmo inafiançáveis?

7.5 Inafiançabilidade na legislação atual.

Segundo regra constitucional “*ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança*” (CF, art. 5º, LXVI).

Também no art. 5º, a própria Constituição prevê a inafiançabilidade dos crimes de racismo (inciso XLII), tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo, hediondos (inciso XLIII) e de ações de grupos armados civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado democrático (inciso XLVI).

A legislação ordinária, posterior à Constituição, tem se revelado extremamente rigorosa. Assim é que a Lei 7780, de 22/06/89, dispõe sobre os valores das fianças previstas no Código, atualizando-os, a Lei 8035, de 27/04/90 que alterou o art. 325, do Código, para proibir, em seu § 2º, a liberdade provisória sem fiança nos “*casos de prisão em flagrante pela prática de crime contra a economia popular ou de crime de sonegação fiscal*”, permitindo a liberdade somente com pagamento de fiança e por decisão judicial; a Lei 8072, de 25/07/90, dispôs sobre os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes, o terrorismo, proibindo a liberdade provisória com ou sem fiança, além de exigir o cumprimento da pena integralmente em regime fechado e fixar em trinta dias o prazo da prisão temporá-

ria, prorrogável por igual prazo; a Lei 8930/94, ampliou o rol de crimes hediondos, com a inclusão do homicídio qualificado; a Lei 9695/98, sobre falsificação de remédios, proibiu a liberdade provisória, com ou sem fiança; a Lei 9034/95, sobre o crime organizado, manteve a restrição da liberdade provisória, que só é admitida para aquele que teve participação de menor importância; a Lei 9613/98, dispendo sobre “*lavagem de dinheiro*”, proibiu totalmente a liberdade provisória com ou sem fiança (art. 3º).

A exceção nessa proliferação de leis é a Lei 9455/97, sobre tortura, que proibiu a fiança, nada dispendo sobre a liberdade provisória sem fiança, bem como fixou o regime fechado só para o início do cumprimento da pena, permitindo, destarte, a progressão de regime no curso da execução da pena.

A jurisprudência tem prestigiado o regime mais rigoroso decorrente das leis mencionadas - especialmente a lei dos crimes hediondos, cuja constitucionalidade foi contestada pela maior parte da doutrina. Não obstante, informa Scarance Fernandes³²⁰, o Superior Tribunal de Justiça vem admitindo, em sede de *habeas corpus*, a liberdade provisória em casos de crimes hediondos, quando há excesso da acusação na capitulação do fato como crime hediondo.

As disposições mais brandas, da Lei de Tortura, podem servir para se inferir o abrandamento da Lei dos Crimes Hediondos que, daí, passaria a admitir a liberdade provisória. Argumentando sobre o tema, Scarance Fernandes³²¹, com base no escólio de Ney de Moura Teles, afirma que “*as duas leis devem ser harmonizadas, pois ambas decorrem de mesmo comando constitucional, prevalecendo a lei posterior, mais benéfica*”.

7.6 Epílogo.

Do exposto, infere-se que há grande dificuldade em encontrar o justo equilíbrio entre a preservação dos interesses sociais e a manutenção da liberdade individual.

Assim verificamos a tendência do legislador constitucional em erigir a liberdade como regra e a prisão como exceção não ser acompanhada pelo legislador infraconstitucional que produz farta legislação com preceitos rigorosos, os quais privilegiam situações de aprisionamento, em detrimento da liberdade, criando, des-

³²⁰ Ob. cit. P. 330.

³²¹ Idem, Ibdem, p. 331.

tarte, ponto de conflito com a Constituição Federal. Tal conflito que não tem sido reconhecido pelos nossos tribunais que, por seu turno, têm prestigiado essa legislação draconiana.

Entretanto, nem tudo está perdido. Como informa Scarance Fernandes³²², mesmo de forma lenta, é possível inferir-se alguma mudança.

Inicialmente, como destaca, a mudança provocada pela Lei de Tortura, não vedando a liberdade provisória com ou sem fiança, bem como admitindo a progressão de regime, levou a maior parte da doutrina e parte, ainda acanhada, da jurisprudência, a estender tais benefícios a todos os crimes hediondos e ao tráfico de entorpecentes.

O Supremo Tribunal Federal tem admitido que o réu permaneça em liberdade, durante o processamento dos recursos especial e extraordinário, se tiver direito à fiança e vier a prestá-la. Por seu turno, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido que o seguimento da apelação não possa ser impedido pela exigência de prisão do apelante.

Esperemos que se atinja, o mais rápido possível, o justo equilíbrio entre uma legislação adequada para o combate aos crimes graves, especialmente à criminalidade organizada, sem sacrificar, senão muito excepcionalmente, os direitos e garantias individuais.

Considerando que *“nada pode enfraquecer mais um governo do que desprezitar as próprias leis que edita”*³²³, é oportuno destacar a lição de Alexandre de Moraes³²⁴, *“verbis”*:

a constitucionalização dos direitos humanos fundamentais não significa mera enunciação formal de princípios, mas a plena positivação de direitos, a partir dos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante o Poder Judiciário para a concretização da democracia. Ressalte-se que a proteção judicial é absolutamente indispensável para tornar efetiva a aplicabilidade e o respeito aos direitos humanos fundamentais previstos na Constituição Federal e no ordenamento jurídico em geral.

³²² Idem, ibidem, p.333.

³²³ *“Os fundamentos éticos do devido processo legal”*, p. 123.

³²⁴ *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 21.

Capítulo VIII

Prisão Cautelar nas Leis Penais e Processuais Penais Especiais.

No ordenamento jurídico brasileiro há várias leis que dispõem sobre direito penal e direito processual penal contendo regras pertinentes à prisão cautelar, que serão comentados em seguida, dispostas em ordem cronológica de datas.

8.1 - Estatuto do Estrangeiro (Lei 6815, de 19/08/80).

8.1.1 – Conceito de Estrangeiro.

A Lei 6815/80, conhecida como o Estatuto do Estrangeiro, embora editada antes da Constituição Federal de 1988, foi por ela recepcionada encontrando-se, destarte, em pleno vigor.

Em se tratando de direitos humanos fundamentais os estrangeiros residentes no País são protegidos e igualados aos nacionais, *ex vi* do disposto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, de modo que as regras relativas à prisão cautelar estudadas nesse trabalho têm integral aplicação em relação a eles.

Considera-se estrangeira a pessoa que, por exclusão, não é considerada brasileira, nos termos do disposto no art. 12 da Constituição Federal.

8.1.2 – Conceitos de Deportação; Expulsão; Extradicação.

O estrangeiro está sujeito à deportação; expulsão ou extradicação, nos termos previstos no Estatuto em comento.

A *deportação*, objeto do Título VII da Lei 6815/80 (arts. 57 a 64), consiste na saída compulsória do território nacional daquele que está em situação irregular ou porque ingressou no território nacional sem ter visto, ou porque o visto expirou ou, ainda, porque, embora na condição de turista, exerceu atividade laborativa remunerada.

Francisco Resek³²⁵ observa sobre o tema, *verbis*:

cuida-se de exclusão por iniciativa das autoridades locais, sem envolvimento da cúpula do governo: no Brasil, agentes policiais federais têm competência para promover a deportação de estrangeiros, quando entendam que não é o caso de regularizar sua documentação. A medida não é exatamente punitiva, nem deixa seqüelas. O deportado pode retornar ao país desde o momento em que se tenha provido de documentação regular para o ingresso.

³²⁵ *Internacioal Público – curso elementar*. p. 199.

A expulsão, tratada no Título VIII da Lei 6815/80 (arts. 65 a 75), é a saída compulsória do território nacional do estrangeiro que, de qualquer modo, *atentar contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranqüilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais* (art. 65).

Além disso, ainda é passível de expulsão o estrangeiro que: *a) praticar fraude de fim de obter a sua entrada ou permanência no Brasil; b) havendo entrado no território nacional com infração à lei, dele não se retirar no prazo que lhe for determinado para fazê-lo, não sendo aconselhável a deportação; c) entregar-se à vadiagem ou à mendicância; d) desrespeitar proibição especialmente prevista em lei para estrangeiro* (art. 65, parágrafo único).

O reingresso no território nacional do estrangeiro expulso tipifica o crime previsto no art. 338 do Código Penal e o sujeitará a nova expulsão após o cumprimento da pena.

Vê-se, pois, que a *deportação* e a *expulsão* são medidas administrativas de polícia que visam, tão somente, fazer com que o estrangeiro deixe compulsoriamente o Brasil.

A *extradição*, regulada no Título IX da Lei 6815/80 (arts. 76 a 94), representa um instrumento de cooperação internacional entre países, destinada a reprimir a criminalidade. Por meio dela um Estado entrega a outro uma pessoa acusada ou condenada, para que seja julgada ou submetida à execução da penal. Depende de tratado ou de promessa de reciprocidade (art. 76).

A *extradição*, na lição de Antonio Alberto Macado³²⁶ pode ser classificada “... como *ativa*, quando considerada pelo ângulo do Estado que a reclama; *passiva*, se visualizada a partir do Estado que a concede; e *voluntária*, quando consentida ou solicitada pelo próprio extraditando”.

8.1.3 – A prisão cautelar.

Embora a Lei 6815/80 mencione o Ministro da Justiça como autoridade com atribuição para a decretação da prisão do estrangeiro, em todos os casos referidos tal restrição à liberdade somente poderá, hodiernamente, ser decretada por juiz fe-

³²⁶ *Teoria Geral do Processo Penal*, p. 249.

deral, ainda que se trate de prisão meramente administrativa, *ex vi* do disposto no art. 5º, LXI, da Constituição Federal³²⁷.

Na hipótese de deportação, a Lei 6815/80 (art. 61) prevê o recolhimento do estrangeiro à prisão por ordem do Ministro da Justiça, pelo prazo de 60 (sessenta) dias, prorrogável por igual período, findo o qual ele será posto em liberdade, aplicando-se-lhe o disposto no art. 73 da referida lei (liberdade vigiada).

Submetido à liberdade vigiada em lugar destinado pelo Ministro da Justiça, e sujeito a normas de comportamento que lhe forem estabelecidas, o estrangeiro poderá ter a sua prisão administrativa decretada por 90 (noventa) dias, em caso de descumprimento das normas estabelecidas para a liberdade vigiada.

Para a hipótese de expulsão, o estrangeiro estará sujeito à prisão por 90 (noventa) dias, prorrogável por igual período, decretável pelo Ministro da Justiça, a teor do art. 69, da Lei 6815/80, quando instaurado o processo de expulsão, para a conclusão do inquérito ou, ainda, para assegurar a execução da medida.

Sujeitar-se-á, ainda, o estrangeiro submetido a processo de expulsão, às regras pertinentes à liberdade vigiada (arts. 73 e 74).

Para o caso de extradição, a Lei 6815/80 prevê a prisão preventiva (*rectius* administrativa) do estrangeiro (arts. 80; 81; 82 e 84) que será determinada pelo Ministro da Justiça, bastando para tanto, tão somente o ingresso do pedido de extradição.

Na hipótese prevista no art. 81, a prisão, que não se funda em nenhum motivo específico senão no interesse da Administração, tem caráter administrativo e não preventivo.

No seu art. 82, a Lei em comento prevê a possibilidade de prisão, esta sim, de caráter preventivo antes da instauração do processo de extradição para, em casos graves e urgentes, garantir assim a efetivação da extradição.

Neste caso será possível a prisão do extraditando, pleiteada pelo Estado requerente da extradição, decretada pelo Ministro Relator do Supremo Tribunal Federal, que tem a competência para decidir sobre a legalidade e procedência do pedido de extradição (art. 83).

³²⁷ *Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definido em lei.*

Essa prisão preventiva perdurará até a decisão final do Supremo Tribunal Federal e não admite a liberdade vigiada, a prisão domiciliar nem a prisão albergue, por razões óbvias, visto que tais medidas de contra cautela, não garantem a efetivação da extradição.

Porém, como destacado por Guilherme de Souza Nucci³²⁸, o Supremo Tribunal Federal já permitiu “...a prisão domiciliar de importante figura política, ex-chefe de Estado estrangeiro, que estava em regime fechado, mas com duração excessiva, sem haver decisão do Plenário”. Adverte, corretamente, que tal precedente não deve ser considerado como parâmetro.

8.2 – Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei 7492, de 16/06/86).

Ao definir crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, essa Lei busca assegurar a *liquidez* dos recursos econômicos disponíveis pelo Brasil, para garantir uma atuação eficaz, na consecução dos objetivos constitucionalmente previstos, como o desenvolvimento equilibrado do País (arts. 3 e 192, ambos da Constituição Federal).

Na Lei em comento apenas um artigo trata da matéria objeto desse trabalho. Dispõe, efetivamente, no art. 31, *verbis*:

Nos crimes previstos nesta Lei e punidos com pena de reclusão, o réu não poderá prestar fiança, nem apelar antes de ser recolhido à prisão, ainda que primário e de bons antecedentes, se estiver configurada situação que autoriza a prisão preventiva .

O dispositivo legal impõe a imprescritibilidade de todos os delitos apenados com reclusão por esta Lei. Trata-se de regra dispensável diante do disposto no art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, que permite a liberdade provisória *sem fiança*, sempre que o juiz verificar a inoccorrência das hipóteses autorizadas da prisão preventiva, aplicável a toda e qualquer infração penal grave.

Por outro lado, a proibição do apelo em liberdade não prevalecerá, se não estiverem presentes qualquer dos requisitos autorizadores da prisão preventiva, não só por expressa disposição do artigo em comento mas, também, diante da regra do parágrafo único do art. 387 do Código de Processo Penal, com a redação da Lei 11.719/2008.

³²⁸ *Leis penais e processuais comentadas*, p. 388.

8.3 - Discriminação Racial (Lei 7716, de 05/01/89).

8.3.1 – Considerações Gerais.

Nos termos do seu art. 1º, a Lei 7716/89 determina a punição dos crimes “...resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia religião ou procedência nacional”.

Discriminar é tratar mal ou de modo injusto, desigual, um indivíduo ou grupo de indivíduos, em razão de alguma característica pessoal, cor da pele, classe social, convicções etc³²⁹.

Discriminar, na lição de Sergio Salomão Schecaira³³⁰ “...é tratar de modo preferencial, geralmente com prejuízo para uma das partes”.

Preconceito é qualquer opinião ou sentimento, quer favorável quer desfavorável, concebido sem exame crítico ou, ainda, idéia, opinião ou sentimento desfavorável formado *a priori*, sem maior conhecimento, ponderação ou razão³³¹.

Na lição do já citado Sérgio Salomão Schecaira, “*preconceito é o conceito ou a opinião que se tem antes de se ter o conhecimentos adequados. Preconceito é, pois, sempre uma atitude negativa, desfavorável para com grupos baseadas em crenças estereotipadas*”³³².

Segundo o já mencionado Dicionário Houaiss, raça é divisão tradicional e arbitrária dos grupos humanos, determinada pelo conjunto de caracteres físicos hereditários (cor da pele, formato da cabeça, tipo de cabelo etc.), de modo que racismo vem a ser preconceito extremado contra indivíduos pertencentes a uma raça ou etnia diferente, geralmente considerada inferior.

Cor, no sentido legal pode ser entendida como a coloração da pele em geral ou, particularmente, a do rosto das pessoas.

Etnia, segundo o mesmo Dicionário Houaiss, pode ser entendida como a “*coletividade de indivíduos que se diferencia por sua especificidade sociocultural, refletida principalmente na língua, religião e maneiras de agir; grupo étnico. Para alguns autores, a etnia pressupõe uma base biológica, podendo ser definida por uma raça, uma cultura ou ambas; o termo é evitado por parte da antropologia atual, por não haver recebido conceituação precisa*”.

³²⁹ Dicionário eletrônico Houaiss, da língua portuguesa, versão 1.0.7, Editora Objetiva Ltda. Set/2004.

³³⁰ *Racismo. Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*, p. 407)

³³¹ Dicionário Houaiss, cit.

³³² Idem, ibidem.

Religião é o culto prestado a uma divindade; crença na existência de um ente supremo como *causa, fim ou lei universal*; o conjunto de dogmas e práticas próprias de uma confissão religiosa, ou, ainda, a manifestação desse tipo de crença por meio de doutrinas e rituais próprios.

Podemos entender *procedência nacional*, como sendo a origem do nascimento no Brasil.

8.3.2 – Fundamento Constitucional.

O fundamento constitucional para a criminalização dessas condutas discriminatórias e preconceituosas encontra respaldo no art. 3º da Constituição Federal, que dispõe no seu inciso IV, ser um dos *objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil*, “*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*”.

Vê-se, pois, que a Lei em comento foi muito mais parcimoniosa que a Constituição Federal que se refere a *quaisquer outras formas de discriminação*, além de mencionar expressamente os preconceitos de *sexo e idade*.

8.3.3 – Prisão Cautelar e Liberdade provisória.

Ainda a Constituição Federal, em seu art. 5º, XLII, prevê que “*a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei*”.

Assim, os crimes definidos na Lei 7716/89 são *inafiançáveis*, *ex vi* do comando constitucional.

Entretanto, não há proibição para a concessão da liberdade provisória sem fiança, nos termos do disposto no art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, o que inviabiliza a proibição da fiança neste caso.

8.4 – Crimes Hediondos (Lei 8072, de 19/08/80).

Com a Lei 11464/07, que deu nova redação ao inciso II do art. 2º da Lei 8072/80, foi suprimida a proibição da concessão da liberdade provisória sem fiança para os crimes considerados hediondos.

Destarte, embora insuscetível de liberdade provisória com fiança, os crimes considerados hediondos comportam a liberdade provisória prevista no art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

Legítima é a crítica registrada por Guilherme Nucci³³³, no sentido de que se trata de um paradoxo, visto que crimes mais leves comportam a fiança que é negada aos crimes mais graves, e esses entretanto, comportam a liberdade provisória mediante compromisso de comparecimento aos atos processuais.

8.5 – Crime Organizado (Lei 9034, de 03/05/95).

8.5.1 – Considerações Gerais.

Em seu art. 1º, *“esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo”*.

Dentre os procedimentos criados pela Lei 9034/95 destinados à investigação e formação de provas, destaca-se, de interesse para esse trabalho, o inciso II do art. 2º, *verbis*:

II – a ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações.

Examinando este dispositivo legal verifica-se, inicialmente, que se refere, tão somente, às ações praticadas por organização criminosa, enquanto que o art. 1º faz menção às *ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo*. Vale dizer, a *ação controlada* não poderá ser utilizada quando a ação criminosa for praticada por *quadrilha ou bando* ou, ainda, *por associações criminosas de qualquer tipo*.

Das três formas de concurso de agentes legalmente mencionadas, somente a *quadrilha ou bando* encontra definição legal no art. 288 do Código Penal. A *organização criminosa* e as *associações criminosas de qualquer tipo* não estão definidas em Lei.

Trata-se de importante questão, visto que, como já destacado, a lei se refere à possibilidade de *ação controlada* apenas e tão somente quando a ação criminosa for praticada por *organização criminosa*.

Na doutrina nacional encontramos vários enfoques para conceituar *organização criminosa*. Tendo em vista que não se trata do foco central desse trabalho, mas necessária para a compreensão dos dispositivos relativos às prisões cautelares, u-

³³³ Idem, p. 606.

saremos o conceito sugerido por Guilherme Nucci³³⁴ que define *organização criminosa* como a atividade delituosa exercitada em formato ordenado e estruturado, podendo ser constituída por qualquer número de agentes, desde que, no mínimo, existam duas pessoas associadas para tanto.

Quanto às *associações criminosas de qualquer tipo*, ele destaca tratar-se de “... uma reunião de agentes que ainda não possui número suficiente para constituir uma quadrilha ou bando...” (porque esta exige o concurso de, no mínimo, mais de três pessoas), “... mas também pode estar nascendo e se organizando, logo, não merece ser considerada uma autêntica organização criminosa”.

Verifica-se, destarte, como por ele destacado, “... que a associação criminosa é o nascedouro da organização delituosa ou da quadrilha ou bando, mas não pode ser considerado, neste cenário, qualquer concurso de pessoas, banalizando o contexto da Lei 9034/90”³³⁵.

8.5.2 – Ação Controlada.

A *ação controlada* autorizada pelo inciso II do art. 2º da Lei 9034/95, aplicável quando se tratar de *ação praticada por organizações criminosas ou a elas vinculadas*, consiste no retardamento da realização da prisão em flagrante.

Vale dizer, ainda que a ação criminosa seja praticada na presença da autoridade policial ou de seus agentes, a prisão em flagrante poderá ser diferida visando atingir um maior número de envolvidos, quiçá a liderança da organização criminosa.

A *ação controlada* deve ser norteadada pelos princípios da *proporcionalidade* e da *razoabilidade*, para que se evite a participação do policial infiltrado, no homicídio de uma ou várias pessoas, praticado por agentes integrantes da organização criminosa, a pretexto de se obter mais provas para se prender o maior número de criminosos. Tal conduta do policial não seria razoável nem proporcional à finalidade da lei.

A razoabilidade e a proporcionalidade estariam presentes, por exemplo, no contexto de um crime financeiro, quando seria aceitável o retardamento da prisão em flagrante com a finalidade de colheita de provas mais consistentes que permitissem elucidar o envolvimento de maior número de criminosos.

³³⁴ Ob. cit. pg. 251.

³³⁵ Idem, p. 251/252.

Para possibilitar a *ação controlada* a Lei 9034/95 permite, no inciso V do seu art. 2º, a *infiltração* de agentes policiais ou de inteligência, *mediante circunstanciada autorização judicial*.

8.6 – Juizados Especiais Criminais (Lei 9099, de 26/09/95).

Na Lei 9099/95, relativamente ao tema desse trabalho, destacamos o disposto no parágrafo único do art. 69, *verbis*:

“Parágrafo único – Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança...”

Trata-se, como cediço, de crimes de menor potencial ofensivo, cuja pena máxima não é superior a 2 (dois) anos, de modo que não se justifica, realmente, a prisão cautelar de seu autor, máxime se se compromete a comparecer ao juizado especial competente.

O auto de prisão em flagrante somente será lavrado na remotíssima hipótese de o autor do fato recusar-se ao compromisso de comparecimento.

Ainda assim, será possível a liberdade provisória com ou sem fiança.

8.7 – Crimes de Tortura (Lei 9455, de 07/04/97).

A Constituição Federal, em seu art. 5º, XLIII, prevê que o crime de tortura é inafiançável, sendo este o fundamento constitucional da regra consubstanciada no parágrafo 6º do art. 1º da Lei 9455/97: *“o crime de tortura é inafiançável...”*.

Entretanto, não há proibição para a concessão da liberdade provisória sem fiança, nos termos do disposto no art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, o que torna *inútil* a inafiançabilidade prevista no dispositivo em comento.

8.8 – Crimes culposos de Trânsito (Lei 9503, de 23/09/07).

Dispõe o art. 301 da Lei 9503/95: *ao condutor de veículo, nos casos de acidentes de trânsito de que resulta vítima, não se imporá a prisão em flagrante, nem se exigirá fiança, se prestar pronto e integral socorro àquela*.

O acerto deste dispositivo legal é evidente: tratando-se de crime *culposo* de trânsito (bem como de qualquer outro delito culposo) não se justifica a prisão cautelar de seu autor, como incentivo a que ele preste o devido socorro à vítima.

Esta norma pode levar, num primeiro momento, à interpretação de que será possível a prisão em flagrante caso o autor do fato não preste socorro à vítima.

Trata-se de interpretação equivocada pois a *omissão de socorro* acarretará para o autor do fato, apenas e tão somente o aumento da pena de 1/3 a 2/3 (art. 302, III e art. 303, parágrafo único), não se justificando, portanto, que seja ainda mais agravada a situação do autor do fato com a sua prisão em flagrante.

8.9 – Meio Ambiente (Lei 9605, de 12/02/98).

Em seu art. 19, a Lei 9605/98 prescreve que *a perícia de constatação do dano ambiental, sempre que possível fixará o montante do prejuízo causado para efeitos de prestação de fiança e cálculo da multa.*

Trata-se de uma inovação no sentido de se estabelecer que a fiança arbitrada sirva para ressarcir o prejuízo causado pelo dano ambiental.

É evidente a inutilidade do dispositivo. Primeiro, porque a fiança é calculada nos termos do disposto no art. 325 do Código de Processo Penal e, ainda que se permita ao juiz aumentar o seu valor em até dez vezes (CPP, art. 325, § 1º, II), tal valor continuará a ser ínfimo, em inúmeros casos de dano ambiental.

Em segundo lugar, não se pode olvidar a possibilidade de concessão da liberdade provisória, sem fiança, nos termos do disposto no art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

8.10 – Lavagem de Capitais (Lei 9613, de 03/03/98).

O art. 3º da Lei 9613/98 estabelece que os crimes nela disciplinados são *insuscetíveis de fiança e liberdade provisória.*

Tal disposição legal mereceu justa crítica de Guilherme Nucci³³⁶ pois a liberdade provisória é concedida com ou sem fiança, de modo que o uso das expressões *insuscetíveis de fiança e liberdade provisória* é absolutamente inadequado.

O dispositivo apresenta, ainda, outra contradição: se é *insuscetível de fiança e liberdade provisória*, como justificar a permissão, *no mesmo artigo de lei*, que o condenado apele em liberdade? Em outras palavras: se durante o processo, quando vigora em toda a sua pujança o princípio da inocência presumida, como é possível

³³⁶ Idem. P. 723.

que, após a condenação, passível de recurso, quando o referido princípio já sofreu um sério abalo, o condenado possa apelar em liberdade?

A conclusão lógica determina o seguinte raciocínio: atento ao dispositivo legal em comento, o juiz só poderá fundamentar a permissão de liberdade para o condenado apelar, caso não estejam presentes os requisitos da prisão preventiva (CPP, art. 387, § único, do CPP, com a redação da Lei 11719/08).

Ora, pela mesma razão (inexistência dos motivos ensejadores da prisão preventiva), deve ser permitida, desde o início do processo, a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Não fosse o bastante, *ad argumentandum tantum*, diante da inexistência de prisão preventiva *obrigatória*, a vedação de liberdade provisória também não o pode ser.

Outra regra da Lei 9613/98, pertinente ao objeto deste trabalho, é o disposto no § 4º, do art. 4º, o qual permite a suspensão, pelo juiz, da ordem de prisão de pessoas.

Trata-se de medida adotada após oitiva do Ministério Público, destinada a não comprometer as investigações em curso, à semelhança do *flagrante retardado* de que trata a Lei 9034/95, objetivando a descoberta de outros autores do crime.

8.11 – Violência Doméstica (Lei 11340, de 07/08/06).

A Lei 11340/06 é conhecida com o nome de Lei Maria da Penha e, no que se refere ao tema desse trabalho, destacamos que ela acrescentou o inciso IV, ao art. 313, do Código de Processo Penal, dispondo que será decretada a prisão preventiva “*se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência*”.

A Lei Maria da Penha já foi objeto de comentários neste trabalho (item 6.14).

8.12 – Drogas (Lei 11343, de 23/08/06).

No art. 44 da Lei 11343/06 restou proibida a liberdade provisória, com ou sem fiança, para os autores de crimes de tráfico de drogas, seguindo o que já dispunha a Lei 8072/90 (art. 2º, II, na anterior redação).

Entretanto, com o advento da Lei 11464/07 que alterou o dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos, possibilitou-se a concessão da liberdade provisória sem fiança, mantida, entretanto, a proibição da liberdade provisória com fiança, o que evi-

dencia inexplicável paradoxo: o juiz não pode o menos (conceder fiança) mas pode o mais (conceder a liberdade provisória sem a fiança).

O usuário de drogas jamais será preso em flagrante, *ex vi* do disposto no art. 48, § 2º, da Lei 11343/06.

Tendo em vista que o usuário de drogas, ocasional ou habitual, dependente ou não, apenas e tão somente será advertido, podendo prestar serviços à comunidade ou frequentar cursos ou, ainda, será compelido ao pagamento de multa, não se justifica a sua prisão em flagrante.

Segundo dispõe o art. 50, *caput*, “*ocorrendo prisão em flagrante, a autoridade de polícia judiciária fará, imediatamente, comunicação ao juiz competente, remetendo-lhe cópia do auto lavrado, do qual será dada vista ao órgão do Ministério Público, em 24 (vinte e quatro) horas*”.

Tendo em vista o disposto no art. 5, LXII, da Constituição Federal³³⁷, entendemos absolutamente desnecessário o disposto na primeira parte deste art. 50.

Não fosse o bastante, entendemos que a segunda parte, determinando vista ao Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas para manifestação sobre a legalidade ou não da prisão em flagrante, é inconstitucional, diante do teor do art. 5º, LXV, da Constituição Federal³³⁸, que não permite ao juiz outra alternativa senão o relaxamento da prisão ilegal.

Entendemos, ainda, que na hipótese de ocorrência de qualquer das situações de prisão em flagrante previstas no art. 302 do Código de Processo Penal, mas não sendo *necessária* a sua manutenção porque ausentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, o juiz deve conceder liberdade provisória sem fiança, independentemente de *previa* manifestação do Ministério Público, pela conjugação do art. 5º, LXVI, da Constituição Federal³³⁹ com o disposto no art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, que prevê a concessão da referida liberdade provisória.

Qualquer que seja o motivo que leve o Ministério Público a discordar da liberdade provisória assim concedida pelo juiz, será objeto de recurso em sentido estrito (CPP, art. 581, V), não se justificando a procrastinação da medida, tão somente para se obter a manifestação do Ministério Público que, como cediço, não vincula o juiz.

³³⁷ *A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ...*

³³⁸ *A prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária.*

³³⁹ *Ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.*

No art. 53, II, da Lei 11343/06, está prevista a chamada *ação controlada*, consistente no retardamento da intervenção policial, para a prisão em flagrante, como já previsto no art. 2º, da Lei 9034/95, visando “... *identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível*”, atendidos os requisitos mencionados no parágrafo único do mesmo art. 53.

Com o advento da reforma processual penal estabelecida pela Lei 11719/08, que deu nova redação ao art. 387 do Código de Processo Penal, estabelecendo, em seu parágrafo único: “*o juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta*”, entendemos revogado o art. 59 da Lei 11343/06, que veda o apelo em liberdade do traficante condenado, exceto se primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença.

Capítulo IX
O Projeto de reforma sobre medidas cautelares
PL 4208/2001.

9.1 Considerações iniciais.

Encontra-se em tramitação no Congresso Nacional o projeto de lei n. 4208, de 2001, alterando vários artigos do Código de Processo Penal relativamente à prisão processual, liberdade provisória, com ou sem fiança, bem como estabelecendo outra medida cautelar.

O projeto propõe alterações na redação dos artigos 282, 283, 289, 299, 300, 306, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 317, 318, 319, 320, 321, 323, 323, 324, 325, 334, 335, 336, 337, 341, 343, 344, 345, 346 e 350 do Decreto-Lei nº. 3689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal.

Esse trabalho não estaria completo sem o exame de tão importantes modificações, de modo que os comentários que se seguem referem-se àqueles dispositivos que sofreram alterações ou que sejam pertinentes às inovações propostas.

9.2 Disposições gerais do projeto.

A proposta de alteração do art. 282 estabelece as condições para a aplicação das medidas cautelares.

Tais medidas somente poderão ser aplicadas, isolada ou cumulativamente, quando necessárias para a *aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais.*

Praticamente os mesmos requisitos são hoje exigidos para a decretação da prisão preventiva: garantia da ordem pública (a qual entendemos abranger a ordem econômica); por conveniência da instrução criminal (agora acrescida também da conveniência da *investigação* realizada na fase extrajudicial) e para assegurar a aplicação da lei penal.

Eventual necessidade de aplicação das medidas cautelares para a *investigação criminal* já foram objeto de nossa crítica nos itens 4.3 e 6.2.

Em função da maior ou menor eficácia, diante do caso concreto, a medida cautelar será adotada isolada ou cumulada com outra. Assim é que as medidas restritivas da liberdade (prisões em flagrante, preventiva ou temporária) serão decreta-

das isoladamente; já a fiança poderá ser decretada cumulativamente com outra medida cautelar, para reforçá-la.

Quanto à necessidade da medida cautelar para se *evitar a prática de infrações penais*, deverão ser observados os *casos expressamente previstos*, sem o que não será possível tal aplicação.

Dispõe, ainda, o projeto, que as medidas cautelares somente poderão ser decretadas quando adequadas à *gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado*.

Louvável, em princípio, a intenção do legislador em estabelecer tais requisitos para a aplicação da medida cautelar.

Poderia, entretanto, ser mais preciso, para que se evitem certos inconvenientes hoje verificados.

Em primeiro lugar destacamos a referência à *gravidade do crime*. Hodiernamente tal circunstância, muito usada para a manutenção ou decretação de uma prisão cautelar, é fonte de muitas discussões. Não só porque não está prevista expressamente na lei, como, principalmente, pelo seu enunciado genérico.

Afinal, o que se entende por *crime grave*? Teria sido melhor que o legislador explicitasse as hipóteses nas quais considera *grave* o crime, como o fez em relação aos crimes hediondos. Evitar-se-ia, destarte, o subjetivismo do juiz o que, por óbvio, pode gerar inúmeras injustiças.

Sem a pretensão de conceituar o que seja *crime grave*, pensamos que melhor seria a manutenção do disposto no atual art. 313, I e III do Código de Processo Penal, que dispõe sobre o cabimento da prisão preventiva nos crimes *dolosos*, punidos com *reclusão* ou na hipótese de *reincidência*, visto se tratar de situações de indisfarçável *gravidade*.

Infere-se que o uso da conjunção aditiva *e*, na redação do dispositivo em comento, evidencia ser indispensável, para a adoção da medida cautelar, a conjugação das três circunstâncias mencionadas: *a gravidade do crime, as circunstâncias do fato, bem como as condições pessoais do indiciado ou acusado*.

É que a *gravidade do crime*, por si só, não deve servir de base para a decretação de qualquer medida cautelar, como largamente difundido pela doutrina e jurisprudência hodiernas, de modo que podemos inferir que o legislador rendeu-se, sensível, aos reclamos pertinentes ao assunto.

Por *circunstâncias do fato* podemos entender aqueles elementos acidentais, não participantes da estrutura do tipo, embora envolvendo o crime, como opina Guilherme Nucci³⁴⁰.

Importante, nesse contexto, é a análise do *comportamento da vítima*, como elemento integrante das *circunstâncias do fato*. Como cediço, em determinados crimes (de indiscutível gravidade como, por exemplo, os crimes contra a vida) o *comportamento da vítima*, se não justifica, em muitos casos explica a conduta do autor do fato.

As *condições pessoais do indiciado ou acusado* deverão ser avaliadas para a adoção ou não da medida cautelar. Há que se considerar se ele é ou não reincidente ou, em determinados casos, a sua idade; condições de saúde; eventual gravidez e, ainda, se se trata de pessoa que é imprescindível para os cuidados especiais de outra pessoa menor ou deficiente.

A decretação das medidas cautelares de ofício, a requerimento das partes ou por representação da autoridade policial não encerra nenhuma novidade, visto que atualmente, as medidas cautelares vigentes são decretadas de ofício pelo juiz, a requerimento das partes (Ministério Público ou querelante) ou mediante representação da autoridade policial.

A *vítima* ou o seu representante legal somente serão considerados como *parte* quando habilitados como assistente do Ministério Público na ação penal pública, ou quando figurarem como querelante na ação privada ou na ação privada subsidiária da pública. Assim, somente em tais casos ser-lhes-á possível requerer a adoção de qualquer medida cautelar.

Não sendo caso de urgência ou não havendo perigo de ineficácia da medida, o juiz ao receber o pedido, determinará a intimação da parte contrária, com cópia do requerimento e mais peças que entenda necessárias à instrução do pedido.

Tal providência decorre do princípio do contraditório, de modo que, antes de decidir sobre o pedido, o juiz ouvirá a parte contrária e, conforme o caso, não decretará a medida cautelar pleiteada.

Essa providência é salutar para que se evitem deferimentos de pedidos que venham a se mostrar injustos, como o caso que ensejou a impetração de *habeas*

³⁴⁰ Código Penal comentado, cit. p. 361.

corpus perante o Superior Tribunal de Justiça³⁴¹ porque o réu, beneficiado por liberdade provisória, deixou de comparecer à audiência designada, de modo que o benefício foi revogado e decretada a sua prisão. Posteriormente a Defesa justificou a sua ausência, mediante exibição da carteira profissional do réu, porque ele estava empregado em outra unidade da Federação, de modo que foi revogada a prisão decretada e restaurado o benefício.

Caso já estivesse em vigor a regra em comento e o juiz ouvisse a defesa antes da revogação do benefício, não teria acolhido o pedido de decretação da medida cautelar.

Está prevista a substituição da medida imposta, sua cumulação com outra ou, em último caso, a decretação da prisão preventiva do réu, na hipótese de descumprimento de qualquer das obrigações anteriormente impostas.

Evidente o sentido de tal permissão: mostrando-se o réu refratário à medida anteriormente decretada pelo seu descumprimento, justifica-se um agravamento de sua situação.

Nesses casos de recrudescimento da situação do réu, ele sempre deverá ser intimado para responder ao pedido, pois é possível que tenha motivo justificado para o não cumprimento da medida cautelar imposta, evidenciando, destarte, a desnecessidade da providência em comento.

A medida cautelar poderá ser revogada ou substituída quando deixar de existir o motivo que a justificou ou, ainda, ser novamente decretada se sobrevierem razões que a justifiquem, evidenciando-se, dessa maneira, a sua provisoriedade.

A prisão preventiva só poderá ser decretada diante da impossibilidade de sua substituição por qualquer outra medida cautelar prevista no projeto tais como:

- a) *comparecimento periódico em juízo, quando necessário para informar e justificar atividades;*
- b) *proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;*
- c) *proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante;*

³⁴¹ STJ, 6ª T., HC 113.547, relatora ministra Jane Silva, j. 14/10/08, DJU 28/10/2008, "apud" Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 16, nº 193, dez/08, p. 1220.

- d) proibição de ausentar-se da Comarca para evitar fuga, ou quando a permanência seja necessária para a investigação ou instrução;*
- e) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga nos crimes punidos com pena mínima superior a 2 (dois) anos, quando o acusado tenha residência e trabalho fixos;*
- f) suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;*
- g) internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;*
- h) fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada a ordem judicial.*

Esse dispositivo ressalta a excepcionalidade da prisão cautelar, reforçando-se o que já é vem garantido pelo art. 5º, LXVI, da Constituição Federal, estabelecendo-se outras opções além da mencionada liberdade provisória com ou sem fiança.

Há previsão expressa das hipóteses de cabimento da prisão cautelar: flagrante, por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória com transito em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em razão de prisão temporária ou prisão preventiva.

A proposta praticamente repete as disposições do art. 5º, LXI, da Constituição Federal e do vigente art. 282, do Código de Processo Penal, com ligeiras alterações, ao se referir à sentença condenatória transitada em julgado (ou seja, no caso de prisão pena), bem como ao momento de ser decretada a prisão temporária ou prisão preventiva (no curso da investigação ou do processo).

O dispositivo consagra o controle jurisdicional prévio das medidas cautelares (ao exigir que o juiz competente decida por escrito e motivadamente), exceto quando se tratar de prisão em flagrante, pois então o referido controle será diferido para momento da comunicação dessa prisão.

Por óbvio o projeto não permite a aplicação das medidas cautelares quando a infração não for punida com pena privativa de liberdade. Em se tratando de prisão, ela poderá ser, como já ocorre atualmente, efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.

A prisão decretada poderá ser efetivada por carta precatória, quando o acusado estiver no território nacional, fora da jurisdição do juiz processante. Da carta precatória deverá constar o inteiro teor do mandado de prisão.

Neste caso a prisão poderá ser requisitada por qualquer meio de comunicação, constando do pedido o motivo da prisão, bem como o valor da fiança, quando for cabível e, havendo dúvida sobre a autenticidade do pedido, caberá à autoridade a quem for feita a requisição tomar as providências necessárias para constatar a autenticidade do pedido.

Com as mesmas cautelas destinadas à verificação da autenticidade do pedido de prisão, em caso de infração infiançável, a captura poderá ser feita à vista do mandado judicial.

O projeto prevê, ainda, a separação, obrigatória, das pessoas presas provisoriamente daquelas definitivamente condenadas. Já existe disposição semelhante, no art. 84, da vigente Lei de Execução Penal (Lei 7210, de 11/07/1984).

Trata-se, evidentemente, de medida salutar, eis que é imprescindível para a plena eficácia do processo de individualização da pena, além de respeitar o princípio da inocência presumida. Não se pode esquecer que estamos tratando de presos provisórios, que ainda não foram definitivamente condenados, havendo a possibilidade de serem absolvidos.

9.3 Da Prisão em Flagrante.

No que se refere à prisão em flagrante, são propostas as seguintes regras:

a) Comunicação da prisão de qualquer pessoa, bem como do local onde se encontre, ao juiz competente, à família do preso ou à pessoa por ele indicada. Caso o preso não informe o nome de seu advogado, será enviada cópia integral do auto de prisão em flagrante para a Defensoria Pública, que zelará pelo respeito aos direitos do preso e adotará as medidas defensivas pertinentes.

b) Ênvio ao juiz competente, do auto de prisão em flagrante, no prazo de 24 horas, para os fins previstos nos incisos LXII e LXV, do art. 5º, da Constituição Federal.

c) Prazo de 24 horas para a entrega da nota de culpa ao preso.

Tais medidas se justificam pela necessidade de se que o preso possa, através de advogado ou, quando habilitado, preparar a sua defesa.

O projeto estabelece, expressamente, a conduta do juiz ao receber o auto de prisão em flagrante, quando então deverá decidir fundamentadamente sobre a manutenção ou não da medida cautelar.

Trata-se de norma destinada a tornar efetiva a garantia constitucional prevista no art. 5º, LXV, da Constituição Federal.

Assim, pela proposta, o juiz terá as seguintes opções:

a) caso a prisão não seja legal, deverá relaxá-la;

b) sendo legal poderá convertê-la em prisão preventiva quando estiverem presentes os requisitos pertinentes e as medidas cautelares diversas da prisão se mostrarem inadequadas ou insuficientes. Infere-se daí que, em sendo legal e necessária diante dos requisitos autorizadores da decretação da prisão preventiva mas as medidas cautelares diversas da prisão se mostrarem adequadas e suficientes, poderá substituir a prisão em flagrante pela medida cautelar cabível.

c) se a prisão em flagrante for legal mas desnecessária (ausentes os requisitos da prisão preventiva) poderá ser concedida ao preso a liberdade provisória com ou sem fiança.

d) na hipótese de o fato ter sido praticado sob o amparo das excludentes de antijuridicidade previstas no art. 23, do Código Penal, o preso poderá ser beneficiado com a liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação do benefício.

Todas essas medidas serão adotadas pelo juiz, *ex officio*, independentemente de prévia manifestação do Ministério Público, como exige o atual art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

Entendemos salutar a modificação eis que o Ministério Público poderá recorrer da decisão do juiz, caso com ela não concorde, *ex vi* do disposto no art. 581, V, do Código de Processo Penal, de modo que não se justifica a demora na decisão concessiva da liberdade do acusado, em virtude da necessidade de se ouvir previamente o Ministério Público.

9.4 Da Prisão Preventiva.

Segundo o projeto, a prisão preventiva somente será decretada se e quando as demais medidas cautelares diferentes da prisão, adotadas de forma isolada ou cumulada, revelarem-se inadequadas ou insuficientes aos fins a que se destinam ou quando não for possível sua substituição.

Verifica-se, destarte, que a prisão preventiva somente será admitida quando se revelar absolutamente necessária, em casos excepcionais, para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, desde que exista prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, como ocorre atualmente.

Também será permitida quando houver descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

Quanto ao momento de sua decretação, está prevista a possibilidade de prisão preventiva durante a investigação policial ou durante o processo penal, decretada pelo juiz de ofício, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou, ainda, por representação da autoridade policial, como ocorre atualmente.

Propõem-se alterações relativas às hipóteses de cabimento da prisão preventiva que serão as seguintes:

a) os crimes dolosos (portanto, a medida será incabível nos casos de crimes culposos e nas contravenções), cuja pena privativa de liberdade máxima for superior a quatro anos. A medida se nos afigura consentânea com a moderna tendência no sentido de ser evitado o encarceramento (mesmo provisório) nos casos de penas de curta duração.

b) em se tratando de reincidente em crime doloso, salvo na hipótese de não prevalecer a condenação anterior em função do decurso do tempo superior a cinco anos, nos termos do disposto no inciso I, do art. 64, do Código Penal.

c) nas hipóteses de violência doméstica contra a mulher, hoje objeto da chamada Lei Maria da Penha (Lei 11340, de 07/08/2006);

d) se o crime for praticado com violência doméstica contra criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência.

O último dispositivo preencherá a lacuna deixada pela Lei Maria da Penha, que trata de casos de violência doméstica contra a mulher, deixando, ao menos aparentemente, ao desamparo, a criança, o adolescente, o idoso, o enfermo ou a pessoa com deficiência.

e) quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

De qualquer modo, não se pode perder de vista que, para a decretação da prisão preventiva, não bastará a ocorrência, objetivamente falando, das hipóteses acima elencadas, se não estiverem presentes os requisitos ensejadores da medida extrema: garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, desde que exista prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, como ocorre atualmente.

A expressa vedação de ser decretada a prisão preventiva se as provas de que dispõe o juiz demonstrarem que o fato foi praticado nas hipóteses previstas nos incisos I, II ou III, do art. 23, do Código Penal, é de cristalina razão: se não há crime quando o fato é praticado em legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de um direito, não há motivo para se prender cautelarmente o seu autor.

Trata-se das chamadas causas de exclusão de antijuridicidade (ou ilicitude) que retiram do fato, o seu caráter de crime. Daí porque impossível a decretação da prisão preventiva: o caso não comporta denúncia ou se já instaurado o processo, a absolvição do acusado é inevitável.

Expressamente proposto, o dever de motivar a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva obedece ao princípio do livre convencimento motivado, consubstanciado no art. 93, IX, da Constituição Federal, sob pena de nulidade.

9.5 Da Prisão Domiciliar.

A *Prisão Domiciliar* é medida cautelar inexistente no atual Código de Processo Penal.

Trata-se de providência substitutiva ao encarceramento do agente do crime e consiste, segundo dispõe o art. 317, no recolhimento do autor do fato em sua residência, da qual só poderá se ausentar com autorização judicial.

Caberá a *Prisão Domiciliar* quando o autor do fato for pessoa maior de 80 (oitenta) anos; de pessoa extremamente debilitada por motivo de doença grave; de pessoa imprescindível aos cuidados especiais de menor de 6 (seis) anos de idade ou de pessoa com deficiência e de gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco, como previsto nos incisos I, II, III e IV do art. 318.

Trata-se de interessante inovação legislativa, destinada a evitar o encarceramento de pessoas que, pelas condições peculiares descritas nos incisos do art. 318, carecem de cuidados especiais.

Não obstante digno de encômios, o dispositivo em exame não está isento de defeitos lamentáveis, em virtude do uso de expressões genéricas, orientadas pela política criminal, que poderiam ser evitadas pelo legislador, mediante emprego de expressões mais taxativas.

No inciso I, temos a referência a pessoa maior de 80 (oitenta) anos. Evidente que estamos diante de medida de política criminal. O legislador poderia harmonizar tal medida com o disposto no art. 115 do Código Penal, quando previu a possibilidade de ser contado pela metade o prazo de prescrição se o agente é maior de 70 (setenta) anos na data da sentença, bem como no art. 117 da Lei 7210, de 1984 (Lei de Execução Penal) que prevê o regime aberto domiciliar para condenados maiores de 70 (setenta) anos, acometidos de doença grave; condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental ou condenada gestante.

Pensamos que a diferença de tratamento provocará problemas práticos de aplicação do dispositivo em exame, especialmente diante do que dispõe o art. 117 da Lei de Execução Penal. O autor do fato que for maior de 70 (setenta) menor de 80 (oitenta) anos, poderá pleitear o benefício da *Prisão Domiciliar*, cautelar, por analogia.

No inciso II, refere-se a pessoa “*extremamente debilitada*” por motivo de “*doença grave*”. A comprovação de tais circunstâncias dependerá muito do entendimento adotado pelo médico encarregado de avaliá-las.

Invocamos, aqui, as dificuldades hoje existentes na conceituação do que é *moléstia grave* prevista no art. 131 do Código Penal, para justificar nossa crítica.

Agora a natural dificuldade de conceituação vem agravada pelo emprego da expressão “*pessoa extremamente debilitada*”.

No inciso III o legislador foi razoavelmente taxativo. Cremos que nenhuma dificuldade de interpretação ocorrerá na aplicação do dispositivo em comento. Acreditamos, apenas, que teria sido melhor a fixação da idade do menor em 7 (sete) e não 6 (seis) anos de idade, pois aquela é a idade considerada como parâmetro da formação da pessoa, no que se refere à primeira infância.

No inciso IV novamente o legislador se valeu de expressão genérica: *gravidez de alto risco*, que entretanto pode ser entendida como aquela que oferece risco de vida para a gestante.

Cremos que melhor teria sido se o legislador tivesse estendido o benefício para os casos de gravidez desde o início, eis que, independentemente da existência ou

não de *alto risco*, toda gestante carece de cuidados especiais, que certamente não encontrará no ambiente carcerário.

Se é certo que a medida cautelar privativa de liberdade não pode e não deve ser considerada uma antecipação pena prevista para o caso de condenação, com certeza será uma punição para aquele ser em formação que, evidentemente, não a merece, seja lá qual for a sua natureza jurídica, em decorrência da precária qualidade de vida que terá a gestante na cadeia, o que, indiscutivelmente, influenciará na formação do ser humano em gestação.

A substituição de qualquer medida cautelar pela *Prisão Domiciliar*, por óbvio, dependerá de prova idônea dos requisitos legalmente previstos.

9.6 Outras Medidas Cautelares.

São propostas medidas cautelares *diversas da prisão*, destinadas a evitar ou substituir o encarceramento do autor do fato.

Está previsto o *comparecimento periódico em juízo, quando necessário para informar e justificar atividades*.

É o que já ocorre na hipótese de suspensão condicional da pena imposta (CP, arts. 77 a 82), caso em que o juiz impõe, como condição do *sursis*, o comparecimento em juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Mutatis mutandis, referido comparecimento será fixado como condição da medida cautelar, nas hipóteses em que se revele absolutamente desnecessária outra medida mais grave.

A referência no dispositivo proposto ao *comparecimento periódico* revela a possibilidade de ser estabelecido qualquer prazo: semanal, quinzenal, mensal, bimensal etc, sempre tendo em vista as condições pessoais do destinatário da medida.

É prevista, ainda, a *proibição de acesso ou freqüência a determinados lugares* desde que tal abstenção se revele necessária *para evitar o risco de novas infrações* praticadas pelo autor do fato.

Também é proposta a *proibição de manter contato com pessoa determinada*, quando, *por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o autor do fato permanecer distante*, tais proibições deverão ser estabelecidas em hipóteses como as previstas na chamada Lei Maria da Penha (Lei 11340, de 07/08/2006), pois são situações nas quais a presença do autor do fato em tais locais ou o seu contato com a vítima pode-

rá dar causa a outros crimes. Mas, afora isso, não se justifica por qualquer outro motivo a sua segregação cautelar ao ambiente carcerário.

O projeto prevê, ainda, a) *proibição de ausentar-se da Comarca para evitar fuga*; b) *quando a permanência seja necessária para a investigação ou instrução*.

Evidente que na hipótese de o autor do fato comprometer-se a permanecer à disposição da Justiça, sem o risco de frustrar-se a eventual aplicação da Lei Penal mediante fuga, não há razão para o seu encarceramento, ainda que se entenda que tal compromisso não represente garantia absoluta de que não ocorrerá a fuga, em caso de condenação.

Nessa primeira hipótese, cremos possível seja estabelecida a *proibição de ausentar-se do país*, ensejando a comunicação às autoridades fiscalizadoras pertinentes.

A outra situação, ou seja, *quando a permanência seja necessária para a investigação ou instrução*, já foi objeto de nossos comentários, quando tratamos da Prisão Temporária (item 4.3)

Aos autores de crimes (dolosos), que tenham residência e trabalho fixos, poderá ser imposto o *recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga*.

É, indiscutivelmente, uma *prisão cautelar domiciliar especial*, eis que a proibição de ausentar-se do domicílio nos períodos referidos (salvo expressa autorização judicial, como no caso de freqüência à escola, por exemplo) implica em *prisão*.

Como ocorre hoje, em situações equiparadas (prisão albergue domiciliar, liberdade provisória etc), a grande dificuldade consistirá na fiscalização do cumprimento da medida, o que se resolverá, como hodiernamente, quando, pelo não cumprimento dela, ocorre a prisão do beneficiário da medida (em flagrante, por exemplo) ou durante atividades policiais de fiscalização (quando ele for encontrado fora do domicílio nos períodos proibidos).

Está prevista a *suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais*.

A medida é importante. Atualmente há a possibilidade de perda de cargo, função ou mandato eletivo, como efeito da condenação. Melhor seria que o legislador não só usasse as mesmas expressões, possibilitando a aplicação da medida também em relação ao exercício de cargo público e de mandato eletivo (que não se incluem na expressão *função pública* usada no projeto).

O legislador deveria evitar o emprego de expressão vaga (*quando houver justo receio*), que, certamente, permitirá grande margem para o arbítrio do juiz.

É proposta a internação provisória dos inimputáveis e semi-imputáveis, acusados da prática de crimes violentos ou mediante grave ameaça, se houver risco de reiteração da atividade criminosa.

Trata-se de medida acertada, eis que o autor do fato, quando portador de anomalia mental, realmente oferece perigo para as pessoas. Por essa razão se o crime de que é acusado for violento ou praticado com grave ameaça, justificar-se-á a sua internação provisória, evitando-se não só a reiteração criminosa, mas resguardando-se, também, a sua integridade física.

Está contemplada no projeto a liberdade provisória mediante fiança, destinada não só a garantir o comparecimento do beneficiado aos atos do processo, como também por conveniência de seu desenvolvimento e, ainda, quando houver injustificada resistência à ordem judicial (como, por exemplo, nos casos previstos na chamada Lei Maria da Penha).

Quando aplicada, a fiança obedecerá às disposições do Capítulo VI deste Título (que, atualmente, refere-se à *Liberdade Provisória com ou sem Fiança*) bem como poderá ser cumulativamente aplicada *com outras medidas cautelares*.

Será possível, também, a intimação do autor do fato criminoso para que entregue o seu passaporte *no prazo de 24 (vinte e quatro) horas* quando estabelecida a proibição de ausentar-se do país, o que será comunicado pelo juiz às *autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional*.

Trata-se de complemento à medida cautelar proibitiva de o autor do fato ausentar-se da Comarca. Neste caso, o indiciado ou acusado terá o prazo de 24 horas para entregar o seu passaporte, sob pena de revogação da medida cautelar e imposição de outra mais gravosa. A comunicação da medida às autoridades fiscalizadoras, poderá ser feita por qualquer meio disponível (ofício, telex, fax etc).

9.6.1 Da Fiança.

No que se refere à fiança, está prevista a sua concessão pela autoridade policial, somente nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.

Justifica-se a nova redação não só para adequar o texto à terminologia adotada pela reforma do Código Penal de 1984 (pena privativa de liberdade, no lugar de

pena de reclusão ou detenção), como também à proposta de decretação da prisão preventiva para os *crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos*.

Nos demais casos, somente o juiz poderá conceder fiança, decidindo em quarenta e oito horas.

O projeto veda a concessão da fiança nos seguintes casos:

a) *nos crimes de racismo*. Trata-se de evidente adequação ao disposto na Constituição Federal, arts. 4º, VIII, conjugado como seu 5º, XLII que veda a fiança para os crimes de racismo.

b) *nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos*. Aqui a adequação se refere ao disposto na Constituição Federal, arts. 4º, VIII, conjugado com o seu 5º, XLIII, que proíbe a fiança relativamente aos crimes de tortura, de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e aqueles definidos como crimes hediondos.

c) *nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático*. A ordem constitucional e a preservação do Estado Democrático são imprescindíveis para a consecução dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, consubstanciados no art. 3º, da Constituição Federal, de modo que tais crimes são de manifesta gravidade, ensejando a proibição da liberdade provisória mediante fiança.

De qualquer modo, em todos estes casos, não se pode esquecer que, proibida a liberdade provisória mediante fiança, sempre será possível, diante dos requisitos legais, a concessão da liberdade provisória sem fiança.

O projeto não resolve tão grave questão.

Será, ainda, proibida a liberdade provisória mediante fiança, no casos de quebraimento da fiança concedida ou não cumprimento de obrigações estabelecidas; nos casos de prisão civil ou militar e, evidentemente, quando presentes os motivos ensejadores da prisão preventiva.

Realmente, para os casos de quebraimento da fiança ou não cumprimento de obrigações impostas ao beneficiário, não se justifica a concessão de nova fiança.

Também para a prisão civil (hoje, nas hipóteses de inadimplemento de pensão alimentícia), se concedida a liberdade mediante fiança, a prisão civil perderia a sua força coativa.

No caso de prisão militar, realmente a questão deverá ser resolvida pela legislação pertinente.

Finalmente, por óbvio, se couber a prisão preventiva, não se justifica a concessão da liberdade provisória mediante fiança.

O projeto modifica os atuais valores da fiança. Passarão a ter como base de cálculo o salário mínimo e a pena máxima cominada para o crime, com variações de um a dez salários mínimos para os crimes com pena inferior a dois anos, de cinco a cem para os crimes com penas iguais a dois até quatro anos e de dez a duzentos para os crimes com pena superior a quatro anos.

Está prevista a dispensa da fiança, sua redução em até, no máximo de 2/2 ou o seu aumento em até 100 (cem) vezes, neste caso por decisão do juiz.

Trata-se de medida salutar, destinada a adequar a fiança à situação econômica do preso.

Será cabível a prestação da fiança enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória e, havendo recusa ou retardamento pela autoridade policial para a concessão da fiança, o preso, ou alguém por ele, poderá prestá-la, mediante simples petição, perante o juiz competente, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.

A regra assim proposta destina-se, por óbvio, garantir o direito do preso à liberdade provisória, quando cabível a fiança, efetivando-se, destarte, a garantia constitucional prevista no art. 5º, LXVI³⁴², da Constituição Federal.

Entendemos louvável a alteração. O ideal é que o pedido de arbitramento da fiança seja decidido o mais rapidamente possível, sem maiores burocracias.

A conduta do delegado negando ou retardando a concessão da fiança, quando cabível, deverá ser objeto de providência pertinente, podendo, inclusive, até configurar crime de abuso de autoridade (art. 4º, “e”, da Lei 4898/65).

O dinheiro ou objetos dados como fiança destinar-se-ão ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado, ainda no caso de prescrição depois da sentença condenatória (art. 110 do Código Penal).

A expressa referência à *prestação pecuniária*, pena restritiva de direito prevista no art. 43, I, do Código Penal, se deve ao fato de que tal pena tem a natureza ju-

³⁴² “Ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

rídica de indenização, ainda que parcial, a ser paga para a vítima. A expressão é redundante, visto que o dispositivo já faz menção expressa à *indenização do dano*.

O projeto propõe que a fiança, quando restituída ao afiançado, deverá ter o seu valor *atualizado* e não comportará descontos, medida que é de inteira justiça pois, se o acusado for absolvido, significa que a medida cautelar (fiança) era indevida.

A fiança será considerada *quebrada* quando o afiançado, regularmente intimado para ato do processo deixar de comparecer, sem motivo justo; deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo; descumprir medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança; resistir injustificadamente a ordem judicial.

Como cediço, a fiança destina-se a assegurar o comparecimento do acusado aos atos do processo, a evitar a obstrução do seu andamento e a impedir a injustificada resistência à ordem judicial, de modo que, frustrados tais objetivos, injustificadamente, a fiança será considerada quebrada, sujeitando-se o acusado às devidas conseqüências (perda da metade de seu valor) bem como à imposição de outra medida cautelar ou à sua prisão preventiva.

Ocorrerá a *perda* da fiança se o acusado não se apresentar para o início do cumprimento da pena definitivamente imposta.

Está correta a proposta eis que o acusado poderá ser condenado a cumprir pena diferente da privativa de liberdade e, não se apresentando para cumpri-la, a fiança será considerada perdida, já que ela tem por objetivo garantir exatamente o cumprimento da pena definitivamente imposta.

Ocorrendo o *perdimento* ou o *quebramento* da fiança, o saldo, após deduzidas as custas e encargos do acusado, será recolhido *a fundo penitenciário, na forma da lei*, ao contrário da regra atual, que determina o recolhimento ao *Tesouro Nacional*.

No Estado de São Paulo há expressa disposição nas Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, determinando que “*no caso de perda ou quebra de fiança, se a repartição arrecadadora federal se recusar a receber eventual saldo, o escrivão diretor fará o recolhimento no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, em estabelecimento bancário de indicação do Juiz corregedor Permanente, em conta judicial vinculada, só movimentável para oportuna arrecadação aos cofres federais*” para

que se evite que o destino do valor recolhido seja procrastinado, como ressaltado por Guilherme Nucci³⁴³.

Em sendo cabível a fiança e diante da situação econômica do preso, houver impossibilidade de o preso prestá-la, o juiz poderá conceder-lhe liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações legalmente previstas, bem como a outras medidas cautelares, se for o caso.

Esta regra só terá importância nas hipóteses de não cabimento da liberdade provisória sem a fiança.

9.7 Artigo 289-A

O art. 2º do projeto determina que o Código de Processo Penal seja acrescido do art. 289-A, com providências pertinentes à prisão.

Está previsto o registro do mandado de prisão em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça, possibilitando-se destarte, rápido conhecimento sobre a sua existência, o que agilizará o seu cumprimento, que poderá ocorrer em qualquer local, mesmo que fora do território da jurisdição do juiz que o expediu.

Nesse caso, a prisão será imediatamente comunicada ao juiz do local onde foi cumprida e este providenciará a certidão extraída do registro e informará ao juiz que decretou a prisão.

O projeto prevê, expressamente, que o preso será informado de seus direitos, nos termos do inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, a sua prisão será comunicada à Defensoria Pública para que acompanhe o feito.

Se houver dúvidas das autoridades locais sobre a legitimidade da pessoa do executor ou sobre a identidade do preso, este será colocado em custódia até que a dúvida seja esclarecida.

Por *custódia* podemos entender a retirada do preso da esfera do executor da medida e a sua manutenção em local seguro, até que se esclareçam as dúvidas, como sugere Guilherme Nucci³⁴⁴

³⁴³ Código de Processo Penal comentado, cit. p. 651.

³⁴⁴ Ob. cit. pg. 585.

9.8 Disposições Finais

A *vacatio legis*, será de 60 (sessenta dias) se o projeto se transformar em Lei.

É proposta, expressamente, a revogação de dispositivos do Código de Processo Penal pertinentes:

- a) proibição de ser concedida a liberdade provisória com ou sem fiança, relativamente aos crimes contra a economia popular ou de sonegação fiscal (CPP, art. 325, § 2º, e seus incisos I, II, e III);
- b) aos efeitos da sentença condenatória recorrível, impeditivos de ser o réu colocado em liberdade nas infrações inafiançáveis ou nas afiançáveis enquanto não prestar fiança (art. 393, I), bem como ter o nome lançado no rol dos culpados (art. 393, II);
- c) proibição do apelo em liberdade, previsto no art. 594;
- d) declaração de deserção, em caso de fuga do réu, após apelar (art. 595).

A primeira hipótese encontra apoio na regra prevista no projeto, que impede a prisão preventiva quando outras medidas cautelares forem adequadas e suficientes.

No segundo caso, há que prevalecer o princípio da inocência presumida e, somente em casos excepcionais, a prisão será decretada. A proibição de lançamento do nome do réu no rol dos culpados, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, de há muito deveria ter sido revogada.

A proibição do apelo em liberdade que desde há muito perdeu a sua força, diante da redação determinada pela chamada Lei Fleury (Lei 5941, de 22/11/73), agora é alvo de justa revogação, eis que o princípio da inocência presumida é infenso à prisão de qualquer cidadão, antes de sentença condenatória com trânsito em julgado, salvo em casos muito excepcionais.

Finalmente, a revogação do disposto no art. 595 atende ao disposto no art. 387 que, em seu parágrafo único, com a redação dada pela Lei 11.719, vigente desde agosto de 2008, determina o conhecimento da apelação interposta, independentemente da prisão do apelante.

Capítulo X

Conclusões Articuladas.

1. A Constituição Federal erigiu a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, III);
2. Como conseqüência do Princípio da Legalidade insculpido no art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal, a inviolabilidade da liberdade individual só poderá ceder em caráter excepcional, diante de hipóteses expressas e previamente consagradas em Lei. O encarceramento fora dessas hipóteses será não só ilegal, mas inconstitucional;
3. Sem o trânsito em julgado, qualquer restrição à liberdade terá finalidade meramente cautelar, visto que o fundamento da prisão cautelar é a necessidade, não a culpa.
4. Toda e qualquer prisão cautelar exige a conjugação do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*;
5. O *fumus boni juris*, consubstanciado na prova da existência do crime e de indícios de autoria, repousa na *imputação provável*, isto é, na alta probabilidade e não na simples possibilidade de condenação;
6. O *periculum in mora* exige ser demonstrada, à saciedade, a necessidade da adoção da medida extrema, para garantia da ordem pública ou econômica, por conveniência da instrução ou para assegurar a aplicação da lei penal;
7. Como requisito da prisão cautelar é indeclinável a prova da existência do crime e, quanto à autoria, exige-se que o juiz tenha *convicção*, não a *certeza* da autoria. Sobre a exigência da prova da existência do crime, como requisito da prisão cautelar, pode-se não saber, com inteira segurança, se o indiciado é o autor, mas a demonstração de que existe um fato delituoso, perfeitamente enquadrável na lei penal, é indeclinável.
8. O juiz criminal, ao decretar ou manter uma prisão cautelar, não deve esquecer sua relevante função de *custos libertatis* e agir com extrema cautela, visto que a medida excepcional, em qualquer de suas modalidades representa espécie de irreversível adiantamento da execução, causadora de males irreparáveis quando ao final se apura que o réu é inocente.
9. O Princípio da Presunção de Inocência consiste em que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, e se desti-

nam a resguardar o *status libertatis* do indivíduo, acobertando-o de eventuais arbitrariedades e abusos de poder, que atentem contra seu direito de liberdade;

10. As prisões cautelares são medidas *judiciais* porquanto estão sujeitas ao controle judicial, isto é, todas dependem de decisão judicial fundamentada. No caso da prisão em flagrante, o controle é diferido, devendo o juiz, ao ser comunicado sobre a sua efetivação, decidir sobre a legalidade e a necessidade da medida.

11. São, ainda, *instrumentais* (pois se destinam a assegurar o curso regular do processo, o julgamento e a eficácia da sentença proferida) e *provisórias* (porque subsistem enquanto presentes os motivos que determinaram a sua adoção).

12. O Princípio da Proporcionalidade impede que a medida cautelar venha a se transformar em antecipação da pena, o que redundaria em violação do Princípio de Presunção de Inocência.

13. O Princípio da Provisionalidade impõe que a prisão cautelar seja provisória, durante *si et in quantum* necessária. Como medida cautelar, a prisão provisória deve ser breve. Tendo em vista que a sua decretação serve ao processo, e, considerando que o processo penal é o instrumento através do qual se tutela a liberdade jurídica do réu e não apenas instrumento pelo qual o Estado exerce sua pretensão punitiva, é lógico que o próprio processo seja breve, como recomendado pelo art. 8, 1, do Pacto de São José da Costa Rica.

14. A prisão cautelar é exceção, a *Liberdade* é a regra. Infere-se, destarte, que a medida excepcional somente será admitida e perdurará *si et in quantum* necessária. Destarte, não existindo ou desaparecendo a necessidade da prisão cautelar, o juiz criminal não poderá negar ao preso o benefício da liberdade provisória, com ou sem fiança ou, conforme o caso, o direito de aguardar, em liberdade, o trânsito em julgado da sentença condenatória.

15. Não justificam a custódia cautelar, por si só, a gravidade do delito, o clamor público, a fuga do acusado, sua revelia, a recusa em colaborar com a colheita das provas (desde que não as impeça ou conturbe); ou a falta de credibilidade da Justiça. Também não se sustenta a prisão decretada sem a devida fundamentação, não podendo esta limitar-se a repetir, singelamente, as palavras contidas na Lei. O juiz poderá, até, fundamentá-la mal mas não pode deixar de fazê-lo demonstrando, diante das provas de que dispõe, a imperiosa necessidade de segregação do indiciado ou acusado.

16. A prisão preventiva somente deve ser decretada após o oferecimento da denúncia ou queixa, embora a lei processual penal a permita ainda na fase do inquérito policial. É que, na ação penal, o réu passa da condição de objeto da investigação policial para a condição de parte na ação penal, ou seja, de sujeito de direitos, com todas as garantidas do devido processo legal.

17. Com o advento da Lei 6416/77, a fiança perdeu muito de sua importância. Entretanto, é ainda muito útil naquelas hipóteses em que o Delegado de Polícia tem atribuição para arbitrá-la, pois evita que o cidadão aguarde preso - não raras vezes em celas infectas, superlotadas - a decisão judicial sobre seu pedido de liberdade provisória. A fiança também pode servir para que, na interposição dos recursos especial ou extraordinário, que não têm efeito suspensivo, o réu não precise aguardar o resultado deles, encarcerado.

18. Prestada a fiança, nada impede que o beneficiário pleiteie sua convolação em liberdade provisória sem fiança, por ser medida mais benéfica.

19. Questão assaz complexa é a decorrente da necessidade de estabelecer o necessário equilíbrio entre o direito individual do cidadão e o direito social à segurança, tornando-se indispensável um sistema de garantias e limitações.

O Estado, como o nosso, de cunho democrático constitucional, não raras vezes defronta-se com um dilema, quando necessita coibir condutas calcadas nas liberdades democráticas, com vista a destruir a própria democracia. Há que se combater tais condutas, sem, entretanto, desprezar os princípios de liberdade e igualdade, que também defende.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, J. Canuto Mendes de. *A contrariedade na instrução criminal*. São Paulo: Saraiva. 1937.
- ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Tip. Batista de Sousa., 1920, vol. I.
- ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no Processo Penal*, São Paulo: Saraiva. 1999.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito Processual Penal: tomo II*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.
- BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo Penal Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- BASTOS, Celso S. Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 13ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- BORGES DA ROSA, Inocêncio. *Processo Penal Brasileiro*. Vol. 2. Porto Alegre: Globo. 1942.
- BRANCO, Tales Castelo. *Da Prisão em Flagrante*. 4 ed. atual, São Paulo: Saraiva, 1988.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 7ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.
- CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o Processo Penal*. Tradutor Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004.
- CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*. Parte General. Vol. II. Traducción de Jose J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Libreria Editorial Temis Ltda., Bogotá: 1957.
- CARVALHO, Jéferson Moreira. *Prisão e Liberdade Provisória*. São Paulo: Juarez de Oliveira. 1999.
- COSTA, José Armando da Costa. *Estrutura Jurídica da Liberdade Provisória*. 2ª ed., Brasília, 1997.
- COSTA, Tailson Pires. *Dignidade da pessoa humana diante da sanção penal*. São Paulo: Fiuza Editores, 2004.

- DALLARI, Pedro B. A. *Constituição e tratados internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DELMANTO JUNIOR, Roberto. *Inatividade no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: RT, 2004 (Coleção Estudos de Processo Penal Professor Joaquim Canuto Mendes de Almeida, v. 7).
- _____. *As Modalidades de Prisão Provisória e seu prazo de duração*. 2ª ed. rev., e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- DEMERCIAN, Pedro Henrique, MALULY, Jorge Assaf. *Curso de Processo Penal*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros. 1998.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*, 2ª ed. São Paulo: RT, 2002.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3ª ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.
- FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui, Coordenadores. *O Compromisso do Juiz Criminal no Estado Democrático, "in", Justiça e Democracia, nº 3, pp. 270-271*.
- FREITAS, Jayme Walmer. *Prisão Temporária*. São Paulo: Saraiva. 2004.
- GARCIA, Basileu. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Vol. III. Rio de Janeiro: Revista Forense. 1945.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo. RT. .2003
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.
- _____. *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*. São Paulo: Saraiva. 1991.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)*, 6ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- GRECO FILHO. Vicente. *Tutela Constitucional das Liberdades*. São Paulo: Saraiva. 1989.

- GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 22ª Ed., rev. e atual. São Paulo. Malheiros Editores. 2006.
- HOUAISS, Antonio. VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa*. Versão 1.05. Instituto Antônio Houaiss. Rio de Janeiro: Editora Oliveira Ltda. 2004.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. vol. V, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense. 1958.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*, 11ª ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípio da Legalidade*. Vol. I, São Paulo: Revista dos Tribunais. 1994.
- MACHADO, Antonio Alberto. *Teoria Geral do Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2009.
- _____. *Curso de Processo Penal*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- _____. *Prisão Preventiva (crítica e dogmática)*, São Paulo: Acadêmica. 1993.
- MARQUES, José Frederico. *Código de Processo Penal Interpretado*. 9ª ed. atual. São Paulo: Atlas. 2002.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Vol. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1965.
- MELLO, José Luiz Anhaia. *Os Princípios Constitucionais e sua Proteção*. São Paulo: Saraiva, 1966.
- MIRABETE, Júlio Fabrini. *Processo Penal*. Revisado e atualizado por Renato N. Fabrini. São Paulo: Atlas. 2005.
- MIRANDA, Pontes de. *História e Prática do 'Habeas Corpus'* (Direito constitucional e processual comparado). Tomo II. 7ª edição. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 6ª ed. Atualizada até a EC nº 52/06. São Paulo: Atlas, 2006.
- _____. *Direito Constitucional*, 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- _____. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1997.
- MOUSSIN, Heráclito Antônio. *Curso de Processo Penal*. Vol. 2. São Paulo: Atlas. 1998.

- NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*, 19ª ed., atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva. 1997.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*, 8ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.
- _____. *Manual de processo penal e execução penal*. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. *Código Penal Comentado*, 7ª ed. rev, atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2ª ed. rer., atual. e ampl. São Paulo: RT. 2007.
- _____. *Manual de Direito Penal*. 3ª ed. Ref. Atual. E ampl. 2 tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. *Júri: princípios constitucionais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira. 1999.
- _____. *O Valor da Confissão como meio de prova no Processo Penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva. 2002.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10ª Ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- _____. *Regimes constitucionais da liberdade provisória: doutrina e jurisprudência e legislação*. Belo Horizonte: Del Rey. 2000.
- PASSOS, Paulo Roberto da Silva. *Da Prisão e da Liberdade Provisória – aspectos polêmicos – doutrina e jurisprudência*. Bauru-SP: EDIPRO. 2000.
- PEDROSO, Fernando do Almeida. *Processo Penal. O direito de defesa: repercussão, amplitude e limites*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.
- PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 1999.
- QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal)*. São Paulo: Saraiva. 2003.
- QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. *Flagrante: Pode a autoridade policial relaxá-lo?: e outros temas polêmicos de polícia judiciária*. São Paulo: Iglu, 1994.
- REZEK, J. F. *Direito Internacional Público – curso elementar*, 6ª ed. São Paulo: Saraiva. 1996.

- SAMPAIO JÚNIOR, José Herval e CALDAS NETO, Pedro Rodrigues. *Manual de Prisão e Soltura sob a ótica Constitucional*. São Paulo: Método. 2007.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Racismo. Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: RT, 2003.
- SIQUEIRA, Galdino. *Curso de Processo Criminal*, 2ª ed., São Paulo: Livraria Magalhães, 1937.
- SOUZA, Marcelo Agamenon Góes de. *Cautelaridade da Prisão Preventiva*. Temas & Idéias Editora. 2004.
- STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A convenção americana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: RT. 2000.
- SUANNES, Adauto Alonso Silvinho. *Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999.
- TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*, 9ª ed., vol. 2, São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____. *Instituições de Processo Penal*. 2ª ed. V. 3. São Paulo: Saraiva, 1978.
- _____. *Manual de Processo Penal (Prisão e Liberdade)*. Vol. I, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 11ª ed., rev. atual., São Paulo: Saraiva. 2009.
- _____. *Processo Penal*, 3º vol., 25ª ed., revista e atual., São Paulo: Saraiva. 2003.