



UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
PATRÍCIA VIEIRA DOS SANTOS FERNANDES

A (I) LEGITIMIDADE DAS PRISÕES CAUTELARES À LUZ DO
PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA

MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

Uberlândia

2013

PATRÍCIA VIEIRA DOS SANTOS FERNANDES

**A (I) LEGITIMIDADE DAS PRISÕES CAUTELARES À LUZ DO
PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA**

Dissertação apresentada ao Curso de
Mestrado em Direito Público da Faculdade de
Direito “Professor Jacy de Assis” da
Universidade Federal de Uberlândia, como
exigência para a obtenção do grau de Mestre
em Direito Público, sob a orientação do Profº
Drº Edihermes Marques Coelho.

Uberlândia

2013

PATRÍCIA VIEIRA DOS SANTOS FERNANDES

A (I) LEGITIMIDADE DAS PRISÕES CAUTELARES À LUZ DO PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Público da Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia, como exigência para a obtenção do grau de Mestre em Direito Público, sob a orientação Profº Drº Edihermes Marques Coelho.

Uberlândia, ____, de _____ de 2014.

Banca Examinadora

Professor Dr. Edihermes Marques Coelho
Orientador Universidade Federal de Uberlândia – UFU

Professor Dra. Simone Silva Prudêncio
Universidade Federal de Uberlândia - UFU

Professor Dr. Paulo Cesar Corrêa Borges
Universidade Estadual Paulista – UNESP Franca

À Zilá, Isadora, Fabrício e Genival Júnior pelo incondicional apoio e carinho nesse período delicado da elaboração da minha dissertação de mestrado.

AGRADECIMENTOS

A presente dissertação trata-se de um trabalho desenvolvido em fase final de conclusão do curso de Mestrado em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia. Desenvolvê-la agora me fez contrair dívidas com muitas pessoas que me auxiliaram, e esta é uma das formas que encontrei de compensá-las.

Obrigada, meu Deus, por mais esta conquista. Obrigada por ter me ouvido e me confortado naqueles momentos angustiantes em que eu mais precisei.

Os meus sinceros e eternos agradecimentos aos meus pais, Zilá e Edmilson – ele in memoriam – por compartilhar comigo todos os momentos de alegria e tristeza e neles emprestar incondicional amor e carinho.

Ao meu querido irmão Fabrício, meu “*anjo da guarda*”, pelo apoio nunca negado nos momentos mais difíceis por que passei, tanto na vida profissional quanto na vida pessoal. A você, meu verdadeiro amigo, a minha eterna gratidão.

Ao meu grande amor, Genival Júnior, pelo carinho e apoio constantes; por sua compreensão nos meus momentos de ausência. Obrigada por ter me ensinado a correr o risco de ser vencida, mas jamais sofrer a frustração de ter desistido.

À minha filha, Isadora, a razão da minha existência, da minha esperança na vida, a você, “*florzinha*”, dedico este trabalho e peço-lhe desculpas pelas inúmeras vezes que deixei de confortá-la em meu colo para escrever esta dissertação.

Ao meu futuro filho (a), que carrego em meu ventre que, mesmo antes de nascer, sentiu a correria e o stress do desenvolvimento final desse trabalho.

Às minhas tias Divina e Zilda que, mesmo sem entender a complexidade de um trabalho de mestrado me guiaram com suas orações.

Agradeço aos meus mestres do curso de mestrado da UFU, pela dedicação e pelo entusiasmo na sagrada tarefa de ensinar. Agradeço, sobretudo, ao mestre e amigo, Professor Doutor Edihermes Marques Coelho, pela boa vontade com que atendeu ao meu pedido de assumir a orientação do presente trabalho e pela compreensão, paciência e cujos ensinamentos jamais esquecerei.

Devoto, por fim, carinhosa homenagem aos meus alunos de direito penal, constitucional e processo penal das Faculdades de Direito Esamc e Pitágoras que, de maneira indireta, contribuíram para o aprimoramento deste trabalho.

“Precisamos de leis que tenham sua sustentação no passado, mas que olhem para o futuro, leis que estejam prontas para avançar a serviço da humanidade”.

P.N. Bhagwati

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 O PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA NA DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	13
1.1 O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE PESSOAL.....	13
1.1.1 Breves apontamentos e evolução histórica dos direitos fundamentais.....	13
1.1.2 Dimensões dos direitos fundamentais.....	21
1.1.3 O direito fundamental à liberdade pessoal: direito de locomoção e direito à segurança individual em matéria penal.....	23
1.2 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE INOCÊNCIA.....	28
1.2.1 Estado de inocência do acusado: Análise de sua natureza tridimensional.....	28
1.2.2 Perspectiva histórica do estado de inocência.....	34
1.2.2.1 Primeiro momento: Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.....	36
1.2.2.2 Segundo momento: Debate nas Escolas Penais Italianas.....	39
1.2.2.3 Terceiro momento: Declaração Universal dos Direitos Humanos.....	42
1.2.2.4 Diplomas legais ratificados pelo Brasil.....	44
1.2.3 O estado de inocência no contexto jurídico-político brasileiro.....	45
1.3 O ESTADO DE INOCÊNCIA COMO GARANTIA JUSFUNDAMENTAL À LIBERDADE PESSOAL E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	51
1.3.1 O estado de inocência como desdobramento da dignidade da pessoa humana.....	52
2. AS PRISÕES CAUTELARES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	57
2.1 A PRISÃO COMO LIMITAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE PESSOAL.....	57
2.1.1 A evolução histórica da prisão e seu verdadeiro significado para o direito contemporâneo.....	57
2.2 OS PRESSUPOSTOS DA CAUTELARIDADE PROCESSUAL PENAL.....	60
2.2.1 (In) existência do Processo Penal Cautelar.....	60
2.2.2 As medidas cautelares processuais penais e os pressupostos <i>fumus commissi delicti</i> e <i>periculum in libertatis</i>	62
2.3 ESPÉCIES DE PRISÃO CAUTELAR.....	64
2.3.1 Prisão em Flagrante Delito.....	65

2.3.1.1 A natureza pré-cautelar do flagrante e os polêmicos flagrantes impróprio e presumido.....	65
2.3.1.2 Flagrantes Especiais.....	74
2.3.2 Prisão Temporária.....	82
2.3.3 Prisão Preventiva.....	88
2.3.3.1 A competência para a decretação da Prisão Preventiva.....	89
2.3.3.2 Dos Requisitos fundamentadores da Prisão Preventiva.....	91
2.3.3.3 Das hipóteses de cabimento da Prisão Preventiva.....	101
 3. A ILEGITIMIDADE DAS PRISÕES CAUTELARES À LUZ DO PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA SOB A PERSPECTIVA DO GARANTISMO PENAL.....	107
3.1 ENTENDENDO O GARANTISMO PENAL.....	107
3.1.1 As políticas criminais não punitivistas.....	107
3.1.2 O garantismo penal de Ferrajoli e as técnicas de minimização do poder punitivo estatal.....	111
3.1.3 O verdadeiro significado do garantismo penal.....	117
3.2 A ILEGITIMIDADE DAS PRISÕES CAUTELARES NA TEORIA DO GARANTISMO PENAL.....	120
3.2.1 A importância dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito.....	120
3.2.2 O princípio do estado de inocência como expressão do garantismo penal.....	121
3.2.3 A ilegitimidade das prisões cautelares à luz do princípio do estado de inocência.....	124
3.2.4 A prisão como <i>ultima ratio</i> : uma solução à luz do garantismo penal.....	136
3.3 MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO: UMA NOVA PERSPECTIVA PROCESSUAL PENAL EM PROL DO PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA.....	138
3.3.1 A importância das medidas cautelares diversas da prisão no ordenamento jurídico brasileiro.....	139
3.3.2 Aspectos polêmicos das medidas cautelares diversas da prisão	141
 CONCLUSÃO.....	148
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	152

RESUMO

As prisões cautelares que deveriam obedecer ao critério da excepcionalidade são, infelizmente, cada vez mais utilizadas pelo Poder Judiciário de forma desarrazoada e sem fundamentação idônea, sobretudo em se tratando de prisão preventiva. Isso por si só se torna um paradoxo, tendo em vista que é flagrantemente desrespeitado o princípio constitucional do estado de inocência, corolário do direito fundamental à liberdade pessoal que deve nortear toda persecução penal. No contexto dos direitos e garantias fundamentais referido princípio expressa, por sua vez, o modelo de garantismo penal de Luigi Ferrajoli, na medida em que representa uma garantia constitucional do acusado em ser tratado como inocente em um inquérito ou processo criminal, e não como culpado, tendo em vista que a culpa não se presume e só pode advir de uma sentença penal condenatória com trânsito em julgado. Caso contrário, não há que se falar em culpa, logo se a presunção de culpa existir será ilegítima e não servirá para fundamentar nenhum instituto jurídico, processual penal, a exemplo da prisão provisória ou cautelar.

Palavras-chave: princípio do estado de inocência; direito à liberdade; garantismo penal; prisão cautelar.

RESUMEN

Las detenciones preventivas que deben ajustarse a los criterios de excepcionalidad son por desgracia cada vez más utilizados por los jueces de renombre injustificadamente y sin justificación , especialmente cuando se trata de la detención preventiva. Esto por sí solo se convierte en una paradoja, teniendo en cuenta que se ignora flagrantemente el principio constitucional de un estado de inocencia , un corolario del derecho fundamental a la libertad personal que debe guiar todo proceso penal. En el contexto de los derechos y garantías fundamentales expresado principio de que , a su vez , el modelo de garantismo penal Luigi Ferrajoli , en que se trata de una garantía constitucional del acusado a ser tratado como inocente en una investigación o enjuiciamiento , y no como culpable con el fin de que ninguna culpa se asume y sólo puede ser resultado de una condena penal e inapelable . De lo contrario , no hay necesidad de hablar de la culpa , entonces la presunción de culpabilidad será ilegítimo y no puede servir para justificar el derecho penal , instituto procesal , como la prisión provisional o de protección.

Palabras clave: principio del estado de inocencia, el derecho a la libertad; garantismo penal, la prisión preventiva .

ABREVIATURAS

CF – Constituição Federal

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

HC – *Habeas Corpus*

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SG – Sistema Garantista

art. – Artigo

INTRODUÇÃO

A prisão no Brasil sempre foi um instituto muito complexo e divergente no contexto jurídico doutrinário e jurisprudencial. Muitos a defendem como um mal necessário, outros a criticam sob o argumento de que não ressocializa tampouco reeduca o preso para o futuro convívio em sociedade.

Essa visão da prisão ainda se torna mais negativa quando se está diante das prisões cautelares, como sendo aquelas que expressam o poder punitivo estatal, na medida em que são decretadas no meio do processo ou até mesmo antes deste se iniciar sob o falso argumento de assegurar a impunidade. Isso por conta do princípio constitucional do estado de inocência, que representa uma garantia constitucional do acusado em ser tratado como inocente em um inquérito ou processo criminal, e não como culpado, tendo em vista que a culpa não se presume e só pode advir de uma sentença penal condenatória com trânsito em julgado.

O princípio do estado de inocência refere-se intimamente ao modelo de garantismo penal proposto por Luigi Ferrajoli, conforme será exposto no terceiro capítulo, em virtude deste buscar a maximização dos direitos e garantias fundamentais e a minimização do direito punitivo estatal.

Em razão disso surge a seguinte indagação: Será possível compatibilizar o princípio do estado de inocência com a aplicação das prisões cautelares? Dito de outro modo, estas se revelam legítimas quando decretadas pelo magistrado frente ao estado de inocência na visão do garantismo penal? O que a doutrina e a jurisprudência atuais pensam disso?

Partindo dessa problemática, o objetivo geral desta dissertação reside no fato de investigar a ilegitimidade das prisões cautelares sob uma abordagem garantista e estudar as possibilidades da utilização das medidas cautelares diversas da prisão, quando estritamente necessárias e adequadas ao caso concreto, em substituição às prisões cautelares, em atendimento ao princípio constitucional do estado de inocência.

Para tanto, buscar-se-á no primeiro capítulo, compreender a sistemática dos direitos e garantias fundamentais, bem como sua importância no ordenamento jurídico brasileiro, dando

destaque ao direito à liberdade pessoal e ao princípio do estado de inocência. Em seguida, será dada uma especial atenção no segundo capítulo ao instituto jurídico das prisões cautelares, notadamente sobre a prisão em flagrante, a temporária e a preventiva. Por último, buscar-se-á verificar no terceiro capítulo a questão da ilegitimidade das prisões cautelares à luz do princípio do estado de inocência, levando-se em consideração a perspectiva do garantismo penal.

Para fazer cumprir os objetivos da presente investigação, escolheu-se a pesquisa exploratória, uma vez que tem como objetivo proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito. No que se refere aos procedimentos técnicos, adotou-se a pesquisa bibliográfica e documental, uma vez que a doutrina, a legislação e a jurisprudência serão fontes constantes da pesquisa. Por fim, mas não menos importante, destaca-se a utilização do método de abordagem hipotético-dedutivo, uma vez que esta pesquisa se inicia pela percepção do conflito nos conhecimentos acerca do qual formula hipóteses e, pelo processo dedutivo, testa a ocorrência de fenômenos abrangidos pela hipótese.

1. O PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA NA DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para analisar o princípio do estado de inocência na dogmática dos direitos fundamentais, faz-se necessário num primeiro momento, discorrer sobre o conceito e a natureza jurídica dos direitos fundamentais, com destaque para o direito à liberdade pessoal e seus desdobramentos no contexto do princípio do estado de inocência como garantia jusfundamental.

Para tanto, serão feitos breves apontamentos sobre a evolução histórica e as dimensões dos direitos fundamentais, notadamente sobre o direito fundamental à liberdade pessoal. Em seguida analisar-se-á o princípio constitucional do estado de inocência para, finalmente associá-lo como uma expressão jusfundamental à liberdade pessoal e à dignidade da pessoa humana.

1.1 O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE PESSOAL

1.1.1 Breves apontamentos e evolução histórica dos direitos fundamentais

Direitos fundamentais dizem respeito ao conjunto de normas destinadas aos seres humanos necessários ao convívio em sociedade. Normalmente são positivadas de forma explícita¹, espalhada² ou implícita³ nas Constituições Estaduais e Federais. Dizem-se fundamentais em razão de serem imprescindíveis, essenciais, à convivência harmônica e igualitária entre os indivíduos. Sem esses direitos não há vida possível, pois se revelam como condições mínimas de sobrevivência digna entre as pessoas.

A compreensão dessa fundamentalidade é necessária no estudo dos direitos fundamentais, segundo ALEXY(2006, p. 39), tendo em vista que encontra respaldo na

¹ A exemplo do art. 5º, inciso LVII da CF/88: “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: LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

² O direito ao meio ambiente equilibrado (art. 225 da CF/88) e a irretroatividade tributária (art. 150, CF/88) são exemplos de direitos fundamentais existentes fora do rol do artigo 5º da Constituição, portanto, espalhados no texto constitucional.

³ Para Ingo W. Sarlet são direitos fundamentais que já estão subentendidos na constituição. Eles existem e estão implícitos nos direitos fundamentais expressos a exemplo da liberdade contratual que não está positivada como tal, mas está implícita no direito geral de liberdade, uma vez que faz parte do âmbito das nossas liberdades gerais (SARLET, 1998, p. 12).

supremacia normativa desses direitos em relação a outras espécies normativas. Dessa maneira, a fundamentalidade se estabelece a partir de dois pilares, segundo aquele autor: “em sentido material, ligada à relevância, ao conteúdo e aos valores subjacentes dos direitos; e em sentido formal, relacionada às garantias que a própria constituição formal já estabelece”.

Os direitos fundamentais são caracterizados pela historicidade, em razão de ser fruto das várias revoluções mundiais que existiram, de acordo com cada época histórica, bem como com a construção diária do ensino jurídico. Do mesmo modo, podem ser caracterizados como inalienáveis e irrenunciáveis, na medida em que não podem ser transferidos ou renunciados a terceiras pessoas, bem como imprescritíveis. Alguns doutrinadores⁴ os definem como absolutos, embora isso seja impensável tendo em vista o possível conflito que pode advir de dois direitos fundamentais aplicáveis em um determinado caso. Se fossem absolutos, o caso concreto não seria julgado e definido pelo Poder Judiciário, dado o caráter de absolutividade desses direitos. Mas então, o que seriam absolutos? O que se poderia pensar nesse sentido seriam as cláusulas pétreas, previstas no artigo 60, § 4º da Constituição Brasileira, mas ainda assim muito longe do caráter absoluto, vez que admitem emendas constitucionais que incluam novos direitos petrificados além do rol aparentemente taxativo⁵ previsto nesse dispositivo.

Em razão disso, inadmissível o caráter da absolutividade dos direitos fundamentais, conforme preceitua BESTER (2005, p. 602), ao sustentar a impossibilidade da existência do atributo da absolutividade nos direitos fundamentais, uma vez que eles são historicamente relativos, logo “se fossem absolutos, isso impediria o surgimento de outros direitos que eventualmente fossem contrapostos aos já existentes em suas formas absolutas”.

No que tange à titularidade desses direitos, o ordenamento jurídico brasileiro determina expressamente que são eles destinados tão-somente aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país. Ora, tal posicionamento não se coaduna com o princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista que a doutrina e a jurisprudência dominantes do Supremo Tribunal Federal incluem entre os destinatários quaisquer estrangeiros ainda que não residentes no Brasil. Assim uma pessoa estrangeira que esteja a passeio de curta duração no país e, porventura, tenha seu direito de locomoção cerceado equivocadamente, poderá se valer de

⁴ A exemplo de Pontes de Miranda.

⁵ O rol do parágrafo 4º do artigo 60 da Constituição Federal de 1988 não pode ser considerado taxativo, pois a doutrina e a jurisprudência brasileiras admitem a inclusão de outros direitos decorrentes do regime democrático, além de direitos oriundos de Tratados Internacionais, dos quais o Brasil seja parte.

todos os mecanismos de defesa previstos na Constituição Federal de 1988, a exemplo do “Habeas Corpus”, para repelir violação na sua liberdade de locomoção, uma vez que milita em seu favor a vedação de prisão ilegal, bem como o estado de inocência até sentença penal irrecorrível.

A doutrina⁶ e a jurisprudência muitas vezes se valem de terminologias referentes aos direitos fundamentais como sinônimas destes, a exemplo dos direitos humanos e dos direitos públicos. A esse respeito, FERRAJOLI (2009, p. 287 e 291) considera necessária uma distinção entre os vários significados associados com a expressão “direitos fundamentais”, que muitas vezes são entendidos como sinônimos, tais como direitos humanos, direitos públicos, direitos constitucionais, direitos personalíssimos, direitos morais ou direitos de cidadania:

Gran parte de los problemas y divergencias que, con frecuencia, surgen a propósito de los derechos fundamentales, y que han surgido también con ocasión de nuestro debate, depende de la diversidad de enfoques – teóricos o filosóficos, descriptivos o prescriptivos – y de las disciplinas (jurídicas, éticas, sociológicas o historiográficas) que se ocupan de ellos. De ahí la variedad de significados asociados a la expresión derechos fundamentales (o humanos, públicos, constitucionales, personalísimos, Morales o de ciudadanía, según los léxicos de las distintas disciplinas) (...).⁷

Para ele direitos fundamentais são, em verdade, direitos subjetivos reconhecidos universalmente por uma norma⁸:

Según la definición que proponho, son derechos fundamentales aquellos derechos subjetivos que las normas de un determinado ordenamento jurídico atribuyen universalmente a todos en tanto personas, ciudadanos y/o personas capaces de obrar.

Embora pareçam sinônimos, não o são, pois não obstante estejam no mesmo contexto, se referem a conteúdos diferentes, cujo mais importante critério de distinção tem sido o plano de positivação. Direitos humanos, portanto, dizem respeito ao gênero, inseridos num contexto

⁶ A exemplo do doutrinador brasileiro Sérgio Resende de Barros (2012, p. 25).

⁷ Obra citada. Tradução: “Grande parte dos problemas e divergências que surgem com frequência a respeito dos direitos fundamentais e que tem surgido também em ocasião de nosso debate, depende da diversidade de enfoques – teóricos ou filosóficos, descritivos ou prescritivos – e das disciplinas (jurídicas, éticas, sociológicas ou historiográficas) que se ocupam deles. Daí a variedade de significados associados a expressão direitos fundamentais (ou humanos, públicos, constitucionais, personalíssimos, morais ou de cidadania), segundo o dicionário das distintas disciplinas).”

⁸ Obra citada. Tradução: “Segundo a definição que proponho, são direitos fundamentais aqueles direitos subjetivos que as normas de um determinado ordenamento jurídico atribuem universalmente a todos enquanto pessoas cidadãos e/ou pessoas capazes de agir.”

normativo externo e geralmente associados a normas de direito internacional, já os direitos fundamentais são condizentes com normas de direito constitucional, aplicáveis ao ordenamento jurídico interno. Assim os direitos humanos são direitos reconhecidos e positivados pela ordem jurídica internacional, ao passo que os direitos fundamentais constituem direitos positivados na ordem jurídica constitucional, ou seja, valem no âmbito territorial do país em cuja constituição foram criados.

SARLET (2007, p. 91) defende a terminologia “direitos fundamentais” em detrimento de “direitos humanos”, uma vez que do ponto de vista da fundamentalidade material, isto é, de conteúdo e relevância, os direitos humanos também seriam considerados em sua essência fundamentais. No entanto, aqueles ainda se diferem destes porque não compartilham da eficácia e da aplicabilidade imediata das garantias constitucionais de que gozam os direitos fundamentais, conforme artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição Brasileira.

A expressão “direito público”, a seu turno, refere-se a um ramo determinado do direito, logo os direitos fundamentais são classificados também como direito público e, ainda, concernentes em seu conteúdo a direitos morais e de cidadania em alguns aspectos.

A formação dos direitos fundamentais teve várias influências históricas, sociológicas, políticas, filosóficas e religiosas. Dentre estas, convém ressaltar o movimento do cristianismo, o Jusnaturalismo, as ideias marxistas, as teorias sociais da igreja e mais tarde o Manifesto do Partido Comunista capitaneado por Karl Marx.

A positivação dos direitos fundamentais é relativamente recente, pois constituiu uma gama de diferentes direitos conquistados de acordo com cada época vivida na história evolutiva da humanidade. Foi na idade média que surgiram os primeiros escritos de direitos fundamentais com o escopo de limitar o poder do monarca em determinado reino. Logo após, emergiram os pactos e as cartas de forais entre os séculos XII e XVI, responsáveis por estabelecer e assegurar condições de fixação de propriedade, concessão de liberdades e privilégios aos seus habitantes, de direitos de proteção e de prosperidade para a comunidade, notadamente feudal, bem como os estatutos assecutorários de direitos fundamentais na Inglaterra. À guisa de esclarecimento, SILVA (2000, p. 155) dispõe que:

Os pactos, os forais e as cartas de franquias constituíam outorgantes de proteção de direitos reflexamente individuais, embora diretamente grupais, estamentais, dentre os quais mencionam-se, por primeiro, os espanhóis: de León e Castela de 1188, pelo qual o Rei Afonso IX jurava sustentar a justiça e a paz do reino, articulando-se, em preceitos concretos, as garantias dos mais importantes direitos das pessoas, como a segurança, o domicílio, a propriedade, a atuação em juízo, etc.; de Aragão, que continha reconhecimento de direitos, limitados aos nobres, porém (1265); o de Viscaia (1526), reconhecendo privilégios, franquias e liberdades existentes ou que por tal acordo foram reconhecidos. O mais famoso desses documentos é a Magna Carta inglesa (1215-1225) (...), além das Cartas de direitos e liberdades das Colônias Inglesas na América: Charter of New England, 1620; Charter of Massachusetts Bay, 1629; Charter of Maryland, 1632 (...); e os estatutos assecuratórios de direitos fundamentais, como a Magna Carta (1215-1225), a Petition of Rights (1628), o Habeas Corpus Amendment Act (1679) e o Bill of Rights (1688).

Tem-se ainda a Declaração de Virgínia, conhecida como a primeira declaração de direitos fundamentais, em sentido moderno, desprovida de cunho feudal. Virgínia foi uma das treze colônias inglesas e publicou esta declaração em 12 de janeiro de 1776 no contexto da luta pela independência dos Estados Unidos da América, cujo objetivo principal era estruturar um governo democrático, respeitando os direitos fundamentais do homem. Dentre seus direitos declarados, destacam-se os previstos nos artigos 10 e 12:

Artigo 10º - Em todos os processos pôr crimes capitais ou outros, todo indivíduo tem o direito de indagar da causa e da natureza da acusação que lhe é intentada, tem de ser acareado com os seus acusadores e com as testemunhas; de apresentar ou requerer a apresentação de testemunhas e de tudo que for a seu favor, de exigir processo rápido pôr um júri imparcial e de sua circunvizinhança, sem o consentimento unânime do qual ele não poderá ser declarado culpado. Não pode ser forçado a produzir provas contra si próprio; e nenhum indivíduo pode ser privado de sua liberdade, a não ser pôr um julgamento dos seus pares, em virtude da lei do país.

Artigo 12º - Todas as ordens de prisão são vexatórias e opressivas se forem expedidas sem provas suficientes e se a ordem ou requisição nelas transmitidas a um oficial ou a um mensageiro do Estado, para efetuar buscas em lugares suspeitos, deter uma ou várias pessoas, ou tomar seus bens, não contiver uma indicação e uma descrição especiais dos lugares, das pessoas ou das coisas que dela forem objeto; semelhantes ordens jamais devem ser concedidas.

Onze anos mais tarde nos Estados Unidos, foram aprovadas emendas à Constituição norte-americana, incluindo uma carta de direitos fundamentais do homem no rol das normas constitucionais, representando o Bill of Rights do povo americano. Essas emendas influenciaram sobremaneira todo o continente europeu a exemplo da França que, em 27 de agosto de 1789, aprovou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e bem mais tarde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Organização das Nações Unidas

em 10 de dezembro de 1948, com o escopo de edificar um mundo sob novos alicerces ideológicos, voltados para a garantia do reconhecimento e do efetivo cumprimento dos direitos humanos.

No Brasil, as sete⁹ constituições existentes trouxeram disposições de direitos fundamentais, cada qual, porém, reflexo de seu tempo, a exemplo da primeira constituição do Império (1824), que enumerou no Título 8º, denominado “Das Disposições Geraes e Garantias dos Direitos Civis e Politicos dos Cidadãos Brasileiros”¹⁰, trinta e cinco incisos previstos no artigo 179, dispostos topograficamente no final do texto constitucional.

A segunda Constituição brasileira (e a primeira da República) foi a Constituição de 1891 que também não olvidou em alocar expressamente os direitos fundamentais na Seção II, denominada “Declaração de Direitos”, do Título IV, notadamente em seu artigo 72, distribuídos em trinta e quatro parágrafos.

A Constituição da República foi sucedida pela Constituição de Getúlio Vargas de 1934 que continuou prevendo direitos fundamentais no Título III, capítulo II, intitulado pela primeira vez como “*Direitos e Garantias Individuais*”, expressos nos artigos 113 e 114, sendo que no primeiro estavam correlacionados trinta e oito itens de direitos fundamentais.

A Constituição de 1937, conhecida como constituição polaca por influência da Constituição da Polônia, insurgiu após um golpe militar do próprio Getúlio Vargas, representando um verdadeiro retrocesso nos direitos fundamentais do homem. Em seu artigo 122 assegurou aos brasileiros e estrangeiros residentes no país vários direitos e garantias individuais, porém, por decreto presidencial acabou por suprimí-los de forma ditatorial a exemplo do direito de locomoção¹¹, que foi suspenso pelo decreto nº 10.358 de 1942.

Felizmente esses direitos suprimidos foram reestabelecidos na Constituição seguinte de 1946 que foi uma das mais democráticas que o povo brasileiro teve, só cedendo lugar à

⁹ Para Pontes de Miranda, Pinto Ferreira, Raul Machado Horta, dentre outros, que não equiparam a Emenda constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969 a uma nova Constituição. Outros doutrinadores minoritários, a exemplo de José Cretela Júnior, consideram o número de oito constituições existentes no Brasil desde o império, uma vez que a referida emenda, inovou por completo a Constituição de 1967 (Comentários à Constituição brasileira de 1988, p. 45).

¹⁰ Foi mantida a grafia do texto original da Constituição brasileira de 1824.

¹¹ Art. 122. 2º “Todos os brasileiros gozam do direito de livre circulação em todo o território nacional, podendo fixar-se em qualquer dos seus pontos, aí adquirir imóveis e exercer livremente a sua atividade.”

atual Constituição de 1988. A Constituição de 1946 previu no Título IV, Capítulo 2, vários direitos e garantias individuais, mais precisamente em seus artigos 141 a 144, sendo que o primeiro continha trinta e oito parágrafos referentes aos direitos fundamentais da pessoa humana.

A Constituição brasileira de 1967, a seu turno, alterada substancialmente pela emenda constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969, também representou retrocesso nos direitos e garantias fundamentais, por ter sido impulsionada por vários atos institucionais decretados por militares que governavam o Brasil na época. Ela ficou conhecida como a pior constituição que o Brasil, em razão da supressão de inúmeros direitos essenciais do homem.

E, por fim, a atual Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, com contornos altamente democráticos e inovadores, à semelhança da Constituição de 1946 e em descompasso com as demais constituições. Grande exemplo disso é sua nova estrutura, no sentido de inserir no início do texto os princípios fundamentais da República e, logo em seguida, arrolar em um extenso artigo 5º, com setenta e oito incisos, vários direitos e garantias individuais que constituem espécies do gênero direitos fundamentais que estão arrolados em vários artigos espalhados na Constituição e não apenas no artigo 5º, a exemplo dos direitos sociais, previstos no artigo 6º, os direitos políticos previstos no artigo 14 e o direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado previsto no artigo 225.

Percebe-se, pois, que houve uma mudança de mentalidade no Brasil, no sentido de aprimoramento dos direitos e garantias individuais, bem como de amadurecimento e reconhecimento da importância desses direitos para o bom convívio dos seres humanos em sociedade. Isso porque o Estado optou por alocar topograficamente em primeiro lugar os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, a exemplo da dignidade da pessoa humana, bem como os direitos e garantias individuais já no início da Carta Constitucional não por acaso, mas sim denotando uma preferência pelo indivíduo em detrimento da organização do Estado. O legislador constituinte, estruturando a constituição dessa nova maneira, exteriorizou a ideia de que o Estado existe para servir o ser humano e não o contrário, como comumente foi enaltecido no passado, ainda não muito remoto. Agindo assim, o Estado deve a todo o momento reunir mecanismos e instrumentos jurídicos processuais ou não processuais

a fim de proporcionar aos indivíduos a felicidade, como já dizia Aristóteles. Logo o fim que o Estado deve atingir é a felicidade do ser humano, nada mais.

Nesse sentido, convém transcrever as sábias lições de COSTA (2003, p. 167):

Aristóteles, fiel aos princípios de sua filosofia especulativa, e após ter feito uma análise e um estudo da psicologia humana, verifica que em todos os seus atos o homem se orienta necessariamente pela ideia de bem e de felicidade e que nenhum dos bens comumente procurados (a honra, a riqueza, o prazer) preenche esse ideal de felicidade. Daí a sua conclusão: primeiro, a felicidade humana deverá consistir numa atividade, pois o ato é superior a potência; segundo, deverá ser uma atividade relacionada com a faculdade humana mais perfeita que é a inteligência (...).

Para Aristóteles, o bem soberano é a felicidade, para onde todas as coisas tendem. Ela é caracterizada como um bem supremo por ser um bem em si. Portanto, é em busca da felicidade que se justifica a boa ação humana. Todos os outros bens são meios para atingir o bem maior que é a felicidade.

E de ARAUJO (2000, p. 62):

Não se concebe a ideia de que o Estado Moderno deva buscar um caminho diferente daquele que pressupõe a felicidade de seus componentes. O homem se organiza para obter felicidade. Submete-se ao regramento do Estado, aceita suas regras, paga os impostos, limita-se, sabendo, no entanto, que os fins dessa associação só podem levar à busca da felicidade. (...) Ao arrolar e assegurar princípios como o do Estado Democrático, o da dignidade da pessoa humana e o da necessidade de promoção do bem de todos, sem qualquer preconceito, o constituinte garantiu o direito à felicidade. Não o escreveu de forma expressa, mas deixou claro que o Estado, dentro do sistema nacional, tem a função de promover a felicidade, pois a dignidade, o bem de todos, pressupõe o direito de ser feliz. Ninguém pode conceber um Estado que tenha como objetivo a promoção do bem de todos possa colaborar para a infelicidade do indivíduo. Portanto, a interpretação constitucional leva à busca da felicidade do indivíduo, não de sua infelicidade.

Em razão disso é nítida a mudança de objetivo do Estado brasileiro na Constituição de 1988, no sentido de proporcionar aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país (destinação expressa) os direitos e garantias individuais a fim de que possa atingir a felicidade, ínsita ao ser humano. Infelizmente não percebemos essa preocupação nas constituições anteriores, motivo pelo qual a atual se destaca em larga escala.

1.1.2 Dimensões dos Direitos Fundamentais

Conforme dito anteriormente, os direitos fundamentais não foram criados ao acaso, ao contrário, foram fruto de muitas lutas e conquistas históricas. Em virtude disso, é reconhecida na doutrina a existência de várias gerações de direitos fundamentais, dentre as quais três são mais importantes, segundo ANDRADE (1987, p. 11) quais sejam: as que tutelam os direitos individuais, notadamente direito à liberdade, conhecida como direitos fundamentais de primeira geração; a que protege os direitos sociais, econômicos e culturais, denominada como direitos fundamentais de segunda geração; e, por fim (sem querer esgotar o estudo dessa matéria), os direitos metaindividuais ou transindividuais que refletem os direitos de terceira geração.

É melhor utilizar a expressão “dimensão” à geração, compartilhando dos ensinamentos de SARLET (2007, p. 296), o qual preleciona que o termo “gerações” de direito pode levar à falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, o que não constitui verdade, já que ambas se complementam numa gradual evolução sistemática.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão surgiram no século XVIII, influenciados pelas Revoluções Liberais Norte-americana de 1787 e Francesa de 1791. Estão consubstanciados na ideia de liberdade, se desdobrando nos direitos civis e políticos, e correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental, segundo BONAVIDES (2002, p. 517). Representam direitos de defesa (caráter negativo), isto é, direitos subjetivos dirigidos a uma abstenção e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, típica da segunda dimensão. Dentre esses direitos, podem-se inferir os direitos fundamentais processuais penais, a exemplo da presunção de inocência. Apesar da nomenclatura direitos de “defesa”, eles não se destinam exclusivamente aos indivíduos, mas também a toda sociedade, de acordo com o período contemporâneo.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão, por sua vez, surgiram no século XIX, tendo como marco histórico a Revolução Industrial. São direitos a prestações (caráter positivo) e se estruturam em direitos sociais, econômicos e culturais, ligados à igualdade material, cuja finalidade é reduzir as desigualdades sociais. Diversamente dos direitos de defesa, não se dirigem à proteção da liberdade e igualdade abstrata, mas sim, encontram-se intimamente vinculados às tarefas de melhoria, de distribuição e redistribuição dos recursos existentes, tal como a criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que deles

necessitam. Há, portanto, um caráter positivo nesses direitos, na medida em que não se tratam mais de liberdade do indivíduo perante o Estado, tais como os direitos de primeira dimensão, mas sim de uma liberdade por intermédio do Estado. Caracterizam-se por outorgarem aos indivíduos direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação e trabalho.

Já os direitos fundamentais de terceira dimensão, também denominados direitos de solidariedade ou fraternidade, constituem direitos de titularidade coletiva e difusa, isto é, transindividuais ou metaindividuais. Tais direitos surgiram a partir da nítida constatação das diferenças existentes entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos que necessitavam de colaboração. O rol desses direitos é meramente exemplificativo, como meio ambiente, paz, progresso ou desenvolvimento, direito à autodeterminação dos povos, direito à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, dentre outros.

Nesse diapasão, mister se faz a transcrição de jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: Enquanto nos direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. (STF, Pleno, MS 22164/SP, rel. Min. Celso de Mello, DJ 1, de 17-11-1995, p., 39206).

Há, por fim, a tendência de se reconhecer mais gerações, a exemplo da quarta dimensão dos direitos fundamentais, ressaltada por BONAVIDES (2002, p. 524), baseada na ideia de pluralidade, cujo marco histórico é a globalização política, traçado pelo direito à democracia, à informação, à informática, à biotecnologia e ao pluralismo político. Quando o constituinte menciona pluralismo político está abrangendo a pluralidade de ideias, manifestações artísticas, culturais, religiosas e até mesmo orientações sexuais. Isso significa que ao falar em pluralidade, surge a necessidade de respeito ao outro, não cabendo discriminação face às opções de terceiros.

1.1.3 O Direito fundamental à liberdade pessoal: direito de locomoção e direito à segurança individual em matéria penal

Liberdade consiste na possibilidade de o indivíduo agir de acordo com sua própria consciência, sem interferência ou subordinação a outras pessoas.

No âmbito da Filosofia, três grandes teorias se formaram ao longo do tema liberdade: a teoria da liberdade aristotélica, a teoria da liberdade estoicista-hegeliana e a teoria da liberdade contemporânea como expressão da possibilidade objetiva.

A primeira teoria foi capitaneada por Aristóteles, exposta em sua obra *Ética a Nicômano*, responsável por conceber a liberdade como uma escolha entre alternativas possíveis. Logo “é livre aquele que tem em si mesmo o princípio para agir ou não agir, isto é, aquele que é causa interna de sua ação ou da decisão de não agir.”¹²

A teoria da liberdade estoicista-hegeliana, por sua vez, concebe a liberdade como Aristóteles, ou seja, como autodeterminação, porém, não entende que essa autodeterminação seja dirigida pela vontade individual das pessoas, mas sim conduzida pela vontade coletiva, de acordo com toda a sociedade, da qual os indivíduos fazem parte. Essa totalidade social pode ser caracterizada pelos fenômenos da natureza ou da cultura, conforme diziam respectivamente Espinoza e Hegel, ou, ainda, pela evolução histórico-social, típica do marxismo.

Por fim, a teoria da liberdade contemporânea como expressão da possibilidade, afirma ser a liberdade um misto entre as duas teorias anteriores, ou seja, representa um poder de escolha incondicionado no tocante às possíveis escolhas, mas ao mesmo tempo são essas escolhas condicionadas a certas circunstâncias naturais, psíquicas, culturais, históricas e jurídicas, da quais os seres humanos estão convivendo.

¹² CHAUI, 2001, p. 182)

Apesar de todo o complexo estudo em torno do assunto, notadamente da construção filosófica do termo para os mais importantes filósofos, pode-se afirmar que, como regra geral, no âmbito da Filosofia o termo liberdade possui um significado negativo e outro positivo.

Em seu aspecto negativo, a liberdade se expressa no sentido de ausência de submissão, ausência de restrições ou ausência de imposições por parte de outrem. No aspecto positivo, em contrapartida, a ideia de liberdade denota autonomia, ou seja, poder de uma pessoa agir de acordo com seu livre arbítrio, isto é, de acordo com a sua espontaneidade racional. E é justamente nesse aspecto que reside o perigo, segundo o filósofo francês Jean Paul Sartre, para quem somos condenados à liberdade, pois se liberdade representa livre arbítrio, pode-se concluir que as escolhas que fazemos diante de tamanha liberdade nos tornam pessoas responsáveis pelas consequências oriundas de tais escolhas. Assim o homem se revela para ele como um ser responsável por tudo aquilo que escolhe e faz.

Nesse contexto pertinente se torna mencionar o comentário de GAARDER (1997, p. 487) ao se referir à Sartre:

Sartre descreve o homem urbano no século XX. Você se recorda de que os humanistas do Renascimento tinham propagado em tom de triunfo a liberdade e a independência do homem. Para Sartre, a liberdade do homem era como uma maldição. ‘O homem está condenado à liberdade’, ele dizia. Condenado porque não se criou e, não obstante, é livre. E uma vez atirado ao mundo, passa a ser responsável por tudo o que faz.

Mas, afinal, diante dessa ideia de autonomia deliberada, será possível falar em liberdade absoluta? O filósofo alemão Immanuel Kant, brinca com essa ideia de “liberdade”, ao construir a metáfora do pássaro que, imaginando ser uma pomba ágil, fica indignado com a resistência do ar que o impediria de voar mais rapidamente. Na verdade, é justamente essa resistência do ar que lhe serve de suporte, pois seria impossível voar no vácuo. Assim, se o voo livre do pássaro representa uma ilusão, da mesma forma pode-se dizer que o ser humano também incorre nessa ilusão ao considerar ser capaz de liberdade absoluta.

Em um ou em outro aspecto, não é forçoso concluir que a liberdade, é concebida como uma característica “inerente à pessoa humana, como condição da individualidade do homem (CARVALHO, 2004, p. 391)”. Logo, se é condição da individualidade do ser humano, é pressuposto também da própria felicidade, fim a ser atingido pelo homem, segundo SILVA

(2000, p. 239) ao afirmar que “a liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal”.

Associada a isso, deve-se ter em mente também a historicidade da ideia de liberdade, haja vista que a liberdade nem sempre representou o mesmo significado ao longo dos anos e séculos, uma vez que é concebida de acordo com a evolução histórica da humanidade, numa conquista constante. A liberdade, portanto, não é algo que é dado, mas resultado de um projeto de ação fruto de uma evolução histórica.

Na acepção jurídica, liberdade representa um direito fundamental, prevista no *caput* do artigo 5º da atual Constituição Federal, logo deve ser analisada meramente em seu sentido objetivo, ou seja, na condição daquele que faz algo, que atua de determinada forma por conta da sua liberdade individual. Nesse sentido, ela concebe um universo de possibilidades, haja vista que a própria Constituição elenca como ideia de liberdade, a liberdade de consciência e de crença, a liberdade de expressão e de profissão, dentre outras, bem como a liberdade pessoal de locomoção que merece destaque neste trabalho.

No que tange à liberdade pessoal, isto é da pessoa física, esta representa o gênero do direito fundamental à liberdade, prevista, conforme foi dito, no *caput* do artigo 5º da atual Constituição Federal, cujas espécies constituem o direito de locomoção e o direito à segurança individual em matéria penal.

O direito de locomoção, por sua vez, consiste no direito fundamental de ação, isto é, de andar, sair, transitar, enfim, na concepção ampla de circular, segundo BULOS (2002, p. 134). Trata-se, em verdade, da possibilidade de uma pessoa circular dentro do seu próprio país, em tempo de paz, sem interferência de outras pessoas, tampouco do Estado que foi ao longo dos séculos passados o grande limitador do direito de liberdade quando a sociedade estava sob a mira do regime ditatorial, a exemplo da instituição de Atos Institucionais na Constituição brasileira de 1967. Obviamente que podem existir exceções consistentes em limitações e restrições ao direito de liberdade de locomoção, contudo, longe de ser uma limitação definitiva, violadora de um direito fundamental lapidado como cláusula pétrea.

A essa liberdade de locomoção foi assegurada a garantia fundamental do “Habeas Corpus”, entendida como remédio constitucional destinado a coibir a ameaça ou reprimir a

coação ilegal na liberdade de ir e vir de um alguém, uma vez que para ter efetividade àquela liberdade da pessoa física, faz-se necessário a existência de algumas garantias contra a prisão e penalização arbitrária, dentre outras, que, somadas constituem um conjunto de instrumentos constitucionais denominados direito de segurança em matéria penal, que será visto nos próximos parágrafos.

Quando se fala em direito fundamental à segurança, apressadamente pensa-se em segurança como categoria de direitos individuais, isto é, segurança de cada pessoa, através de policiamento nas ruas, por exemplo, sem considerar as garantias que asseguram esses direitos substanciais.

A Constituição Brasileira atual prevê no Título II, um capítulo próprio de “*Direitos e Garantias Fundamentais*”. Isso significa dizer que ela preceitua tanto direitos fundamentais quanto garantias fundamentais que, segundo corrente majoritária¹³, são institutos diferentes. Direitos são disposições meramente declaratórias, ou seja, se limitam em anunciar direitos previstos em um estatuto normativo jurídico, ao passo que as garantias constituem disposições assecuratórias dos direitos substanciais. À guisa de exemplo, podemos destacar o direito de locomoção como sendo “direito” e, caso haja violação deste direito, um instrumento processual denominado “Habeas Corpus” para tutelar esse direito seria uma garantia. Logo o “Habeas Corpus” configuraria verdadeira “garantia”, isto é, medida que visa assegurar o direito fundamental de locomoção.

Assim quando falamos em direito fundamental à inviolabilidade de segurança, estamos pensando em direito, ao passo que todas as garantias em matéria penal que servissem para assegurar aquele direito, seriam garantias e não direito propriamente dito, a exemplo da garantia do estado de inocência, que se revela uma garantia na medida em que protege um direito substancial que é o direito à liberdade pessoal de alguém que inclui, ainda, o direito à segurança individual e o direito de locomoção.

Segundo SILVA (2000, p. 439), o direito fundamental à inviolabilidade de segurança disposto no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, reflete um “conjunto de garantias que aparelha situações, proibições, limitações e procedimentos destinados a assegurar o exercício

¹³ Capitaneada por BULOS (2002, p. 72)

e o gozo de algum direito individual fundamental (intimidade, liberdade pessoal ou a incolumidade física ou moral)”.¹⁴

Percebe-se, portanto, que o direito fundamental à segurança em matéria penal, diz respeito ao conjunto de garantias que têm por escopo tutelar a própria liberdade pessoal de alguém, que não envolve somente o direito de locomoção.

Elucidativa a esse respeito é a observação de CARVALHO (2004, p. 392), que muito bem diferencia direito fundamental de locomoção com direito fundamental à segurança individual, senão vejamos:

Diferentemente do direito de locomoção, é o direito à segurança individual ou à integridade física e moral. É que, enquanto o direito de locomoção assegura o direito de ir e vir, o direito à segurança individual visa assegurar a integridade física, mental e moral da pessoa humana através de garantias expressas na Constituição, como a proibição da tortura e de tratamento desumano ou degradante; a proibição das penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis, a garantia da integridade física e moral dos presos; a garantia de que o preso será informado de seus direitos, inclusive o de permanecer calado, receberá assistência da família e do advogado, e terá direito à identificação dos responsáveis por sua prisão, bem como a garantia da presunção da inocência.

No que tange às garantias criminais, elas visam, conforme já fora dito, tutelar a liberdade pessoal de alguém, seja através do seu direito de locomoção, seja através do seu direito à segurança individual ou à integridade física e moral. Em uma ou em outra, a Constituição abarca em seu artigo 5º, inúmeros exemplos, dispostos em vários incisos¹⁴.

¹⁴ Art. 5º, CF/88: “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: XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida; XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis; LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; 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; LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.”

De todas as garantias criminais previstas no Texto Constitucional merece destaque o estado de inocência, corolário do direito fundamental à liberdade pessoal e à segurança, consistente na condição de inocência que todo indivíduo possui diante de um inquérito ou um processo criminal instaurado até o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, previsto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. Associada a essa garantia, tem-se também remédios constitucionais, a exemplo do “habeas corpus”, responsáveis por concretizar a ideia da liberdade como regra e a prisão, notadamente as prisões cautelares, como exceção no ordenamento jurídico brasileiro. Dessa maneira, pela atual legislação brasileira, o sujeito deve ficar em liberdade e só excepcionalmente em prisão, quando for esta estritamente necessária. Por óbvio trata-se da prisão processual, cautelar, aquela decretada no decorrer de um processo criminal ou ainda em fase de investigação da persecução penal, que será tema do capítulo segundo.

1.2. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE INOCÊNCIA

1.2.1 Estado de inocência do acusado: Análise de sua natureza tridimensional

O princípio da presunção ou estado de inocência refere-se ao direito do indiciado, do acusado e do condenado de, perante o Estado democrático de direito, ser considerado inocente até sentença penal condenatória irrecorrível. Sendo assim, até prova em contrário, todos os homens, sem distinção, são considerados inocentes.

Com efeito, SUANNES (1999, p. 232) afirma que “não existem pessoas ‘mais presumidas’ inocentes e pessoas ‘menos presumidas’, pois somos todos presumidamente inocentes, qualquer que seja o fato que a nós é imputado”.

Assim o referido princípio, também conhecido pela doutrina e jurisprudência como princípio da não culpabilidade, “encerra em favor de qualquer pessoa sob persecução penal, o reconhecimento de uma verdade provisória, com caráter probatório, que repele suposições ou

juízos prematuros de culpabilidade, até que sobrevenha – como o exige a Constituição do Brasil – o trânsito em julgado da condenação penal.”¹⁵

Trata-se de um princípio jurídico processual penal que hoje está positivado expressamente na Constituição Brasileira de 05 de outubro de 1988, mais precisamente em seu artigo 5º, inciso LVII. É oriundo de uma norma maior que é a proteção da liberdade pessoal, bem como de todas as garantias que servem para assegurar aquela norma maior. Trata-se, em verdade, de uma consequência de natureza preventiva concernente à proteção da liberdade individual que acaba desembocando no sistema legalista garantista.

Referido princípio serve, portanto, como corolário de outros princípios de valor constitucional previstos no artigo 5º da Constituição Federal a exemplo da máxima do devido processo legal, disposto no inciso LIV, da excepcionalidade da prisão processual e as regras de sua comunicação, elencadas nos incisos LXI, LXV, LXVI e LXII, bem como o direito ao silêncio insculpido no inciso LXIII.

Mas, antes mesmo de afirmar o estado de inocência como princípio, faz-se necessário a definição do que seja princípio, notadamente do que seja princípio jurídico. Princípio jurídico consiste em um padrão de conduta dirigido aos seres humanos, exposto de forma explícita ou implícita em um ordenamento jurídico. Indica a causa primária de algum instituto, isto é, um conjunto de enunciações abstratas que servem de interpretação, integração, conhecimento e de aplicação do direito positivo. Com muita propriedade ESPÍNDOLA (2002, p.53) conceitua princípio:

Pode-se concluir que a ideia de princípio ou sua conceituação, seja lá qual for o campo do saber que se tenha em mente, designa a estruturação de um sistema de ideias, pensamentos ou normas por uma ideia mestra, por um pensamento-chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais ideias, pensamentos ou normas derivam se reconduzem e/ou se subordinam.

Contemporaneamente, pode-se afirmar que princípios jurídicos são, juntamente com as regras, espécies do gênero normas jurídicas, logo possuem caráter normativo, com alto nível de generalidade e norteadores de todo o ordenamento jurídico. Normas jurídicas, por sua vez, constituem o resultado da interpretação sistemática dos textos normativos (dispositivos), diferentemente destes que configuram o próprio objeto da interpretação.

¹⁵ Ministro Relator Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal (STF), do Recurso Extraordinário (RE) 565519 de 16 de maio de 2011.

As regras jurídicas se caracterizam por relatos mais objetivos e se exteriorizam apenas na dimensão da validade, isto é, ou a regra vale e, nesse caso deverá ser aplicada integralmente, ou não vale, não devendo ser aplicada em sua inteireza. Percebe-se, pois, que não existem diferentes graus de aplicação das regras, uma vez que segue o mandamento do “tudo ou nada”, ou seja, ou se aplica ou não se aplica ao caso concreto. Assim, diante de um possível conflito entre duas regras, prevalecerá uma em detrimento da exclusão da outra, tendo em vista que constituem comandos descritivos e não comandos de otimização típicos dos princípios.

Os princípios jurídicos, por sua vez, possuem maior carga de abstração e eticidade, apresentando dimensão de peso ou graus de importância, distante da dimensão da validade. Logo, diante de uma possível colisão entre dois princípios jurídicos, será aplicado aquele que melhor se adequa ao caso concreto, isto é, aquele mais relevante segundo “as possibilidades normativas e fáticas”¹⁶.

Mencionando a distinção entre princípios e regras, ÁVILA (2010, p. 78,79) aduz acertadamente:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Assim, sabedor da diferença entre princípios e regras jurídicas, pode-se concluir tratar-se o estado de inocência de um princípio jurídico que se aplica no âmbito do direito processual penal bem como no direito penal como norma de tratamento, norma probatória e norma de garantia ao acusado, numa natureza tridimensional.

Muito comumente se lê nos livros de doutrina a expressão princípio da “presunção” de inocência e raras vezes princípio do “estado” de inocência. Ora, as duas terminologias

¹⁶ ALEXY (2006, p. 42)

denotam consequências diferentes no âmbito jurídico processual, haja vista que “presunção” releva-se como um estado passageiro e relativo, ou seja, que admite prova em contrário, ao passo que “estado”, em tese já parte-se do pressuposto de inocência, logo o sujeito não se presume inocente, mas é inocente. Existe diferença entre ser algo e presumir ser algo. Ser algo implica uma certeza, um estado de espírito, uma prerrogativa essencial de qualquer ser humano, incompatíveis com uma mera presunção. Já a presunção não, ou seja, se algo é presumido é porque não existe. Assim o que realmente existe, pela estrita exegese do mandamento constitucional, é uma relação fática e real, que não abre espaço para mecanismos interpretativos, como o é na mera presunção. Em virtude do exposto é de bom alvitre mencionar os ensinamentos do mestre PACHELLI DE OLIVEIRA (2008, p. 54), o qual não admite a terminologia “presunção”:

(...) Em outras palavras, o estado de inocência (e não a presunção) proíbe a antecipação dos resultados finais do processo, isto é, a prisão, quando não fundada em razões de extrema necessidade.

A própria Constituição Brasileira de 1988 em seu artigo 5º, inciso LVII não utiliza a expressão “presunção”, nem implicitamente. Ao contrário, ela diz que o indivíduo “não será culpado” e, em razão disso, acaba criando outra discussão terminológica, ou seja, se o correto seria a expressão presunção de “inocência” ou presunção de “não culpabilidade”. Aqueles (GOMES FILHO, 1991, p. 16-17), que defendem a expressão presunção de não culpabilidade, afirmam revelar essa expressão certa espécie de neutralidade, tendo em vista que considera o indivíduo não culpado, mas também não inocente logo mais compreensível no contexto de um processo penal. Esse raciocínio predominou nas escolas penais italianas, notadamente na escola técnico-jurídica.

A doutrina contemporânea, acertadamente, não estabelece distinção entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade, haja vista que se um indivíduo não é considerado culpado, automaticamente ele será considerado inocente, logo infrutífera essa discussão.

A esse respeito, BADARÓ (2012, p. 24) preleciona:

Não há diferença de conteúdo entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade. As expressões ‘inocente’ e ‘não culpável’ constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo. É inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias – se é que isto é possível –, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas.

Procurar distingui-las é uma tentativa inútil do ponto de vista processual. Buscar tal diferenciação apenas serve para demonstrar posturas reacionárias e um esforço vão de retorno a um processo penal voltado exclusivamente para a defesa social, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito.

Em razão disso, será utilizada nesse trabalho a nomenclatura “estado de inocência” em detrimento de “presunção de inocência” ou “presunção da não culpabilidade”.

Uma vez superada a questão terminológica, faz-se necessário estabelecer o conteúdo do princípio constitucional do estado de inocência, isto é, esse princípio refere-se a uma norma de tratamento, norma de direito probatório ou norma de garantia? Referido princípio refere-se às três dimensões aqui expostas, que serão analisadas a seguir.

O princípio do estado de inocência consiste em norma de tratamento do acusado, pois proíbe a imposição desarrazoada de quaisquer prisões processuais, servindo de impedimento para a temível banalização das prisões cautelares no processo penal. Isso significa dizer que um suspeito deve ser considerado inocente até o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, sendo inadmissível a prisão sem pena, ou prisão cautelar, uma vez que esta se legitima diante requisitos altamente abstratos e subjetivos à mercê da conveniência do julgador, conforme será visto no capítulo segundo.

LOPES JR (2012, p. 239) se revela verdadeiro defensor da natureza de norma de tratamento ao princípio do estado de inocência, uma vez que “exige que o réu seja tratado como inocente”. Segundo ele, o referido princípio apresenta nesse aspecto duas dimensões: interna e externa. A interna se refere a um dever de tratamento imposto no trâmite do processo, “primeiramente ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador”, levando, por conseguinte, à absolvição do réu em qualquer situação de dúvida no tocante à autoria delitiva e prova da materialidade na instrução processual, bem como restringindo “o (ab)uso das prisões cautelares (como prender alguém que não foi definitivamente condenado?)”. Ainda externamente ao processo, exigindo uma “proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu, levando à conclusão de que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial”. E continua afirmando

que “o bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência.”.

Em suma, a norma de tratamento se relaciona com a limitação à aplicação das prisões cautelares ao suspeito em um processo criminal pendente de julgamento definitivo. Nesse aspecto, o referido princípio se preocupa com a exposição pública e corriqueiramente vexatória do acusado, isto é, sobre sua liberdade pessoal, na medida em que visa coibir os abusos cometidos pelos agentes públicos responsáveis por punir os indivíduos infratores da lei.

Além de norma de tratamento, o princípio do estado de inocência também possui natureza de norma probatória a ser utilizada diante de dúvida sobre fato relevante no processo penal concernente à autoria delitiva. Nesse ponto, o estado de inocência confunde-se com o princípio do favor rei na espécie do *in dubio pro reo*, pois norteia a decisão para o lado da absolvição em caso de dúvida sobre a culpabilidade do suposto réu. Sob essa perspectiva que o princípio da presunção de inocência foi evoluindo até se positivar nas constituições ocidentais. Ele surgiu como expressão do princípio do *in dubio pro reo*, ou seja, como regra de decisão que opta pelo indivíduo em detrimento do poder punitivo estatal, evoluindo para uma garantia constitucional disciplinada na atual Constituição brasileira.

A natureza de norma probatória inclui, ainda, regra relacionada ao ônus da prova, impondo ao acusador (público ou privado) o dever de provar o que alega, tendo em vista que ao acusado impõe o estado de inocência. Com acerto, JARDIM (1997, p. 221) preceitua que “o ônus da prova, na ação penal condenatória, é todo da acusação e relaciona-se com todos os fatos constitutivos do poder-dever de punir do Estado”.

E, por fim, refere-se também a uma norma de garantia do acusado, que o blinda de garantias inerentes ao devido processo legal em um Estado Democrático de Direito, a exemplo da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Essa natureza representa o princípio do estado de inocência propriamente dito, a não culpabilidade por excelência, na medida em que engloba todas as outras duas expostas acima, representando verdadeiro gênero do qual as duas anteriores são espécies decorrentes. Logo não cabe falar em norma de tratamento ou norma probatória, sem mencionar a norma “mãe” que seria a norma de garantia do acusado. Este, usufruindo da garantia geral do estado de inocência, automaticamente estará usufruindo também de direitos relacionados ao tratamento dado a ele, bem como a

mandamentos probatórios relacionados a seu processo criminal a exemplo do ônus da prova que cabe à acusação e não à defesa do réu, em razão da presunção ou estado de inocência.

1.2.2 A perspectiva histórica do estado de inocência

A noção de que todas as pessoas se encontram em estado de inocência até sentença penal condenatória irreversível é muito antiga, remonta ao período romano, momento em que a presunção de culpa reinava em detrimento da presunção de inocência.

Além dessas influências, o estado de inocência sempre esteve originariamente ligado ao princípio do *in dubio pro reo* que desemboca inevitavelmente, no princípio do devido processo legal, ou seja, proporcionando a discussão da culpabilidade de uma pessoa através de outros princípios corolários do devido processo legal, tais como o contraditório, a ampla defesa e a vedação da utilização das provas ilícitas.

Estes princípios foram totalmente esquecidos no período da inquisição, onde prevalecia o entendimento inicial de que o sujeito que supostamente tivesse praticado um delito era *a priori* considerado culpado, antes de qualquer instrução processual e, caso não confessasse a prática do crime, seria utilizada a tortura como forma de coação.

A prisão preventiva no período inquisitorial, por sua vez, poderia ser decretada pelo juiz sob qualquer pretexto, sem limite para seu cumprimento, consistindo em verdadeira antecipação da pena do indivíduo, afrontando, portanto, o devido processo legal, notadamente o estado de inocência.

No século XVII, o crime representava verdadeira ofensa ao soberano, motivo pelo qual este e a igreja detinham o direito de punir. O processo penal e a futura execução da pena não exigiam a formação completa da culpa, sendo suficiente a consideração da admissão da culpa e a presença de indícios de autoria.

Apesar disso, a criminalidade continuou aumentando, em razão dos processos de industrialização e urbanização acelerada, clamando por uma reestruturação da justiça criminal com o escopo de punir melhor o indivíduo que praticasse atos considerados delituosos. Nesse contexto, no final do século XVIII, insurgem na Europa reações contra o processo penal inquisitório, advindas do movimento iluminista, no sentido de humanizar a persecução penal,

notadamente o processo penal. Dentre essas reações, têm-se as críticas ao período inquisitivo feitas por Cesare Bonesana, o conhecido Marquês de Beccaria que, em sua obra intitulada *“Dos Delitos e Das penas”*, se revelou um grande crítico do sistema jurídico-penal de sua época, notadamente do estado de inocência desenvolvido no período inquisitório, o que fez com que priorizasse a absolvição de um culpado em detrimento da condenação de um inocente. Defendia, ainda, a igualdade, perante a lei, dos criminosos praticantes do mesmo delito.

Nesse sentido, BECCARIA (2012, p. 24) prenuncia:

A um homem não se pode chamar de culpado antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode negar-lhe a sua proteção pública, senão a partir do momento em que for decidido que ele violou os pactos por intermédio dos quais ela lhe foi concedida. Qual é, pois, o direito, se não o da força que dá poder ao juiz para impor uma pena a um cidadão enquanto há dúvidas se é réu inocente?(...)

E continua:

A prisão não deveria deixar qualquer pecha de infâmia sobre o acusado cuja inocência foi juridicamente reconhecida. Entre os romanos, quantos cidadãos não vemos, acusados anteriormente de crimes bárbaros, mas em seguida reconhecidos inocentes, receberem do amor do povo os primeiros cargos do Estado? Por que razão, em nossos dias, é tão diversa a sorte de um inocente preso? A razão está em que o sistema atual da jurisprudência criminal apresenta aos nossos espíritos a ideia da força e do poder, em vez da justiça; é que se atiram, na mesma masmorra, sem distinção alguma, o inocente suspeito e o criminoso convicto, é que a prisão, entre nós, é antes de tudo um suplício e não um meio de deter um acusado; é que, enfim, as forças que estão externamente em defesa do trono e dos direitos da nação estão separadas daquelas que mantêm as leis no interior, quando deveriam estar intimamente ligadas.

Beccaria foi tão respeitado em seu tempo, e ainda o é nos dias de hoje, que foi admirado por ilustres escritores filósofos franceses, tais como Charles-Louis de Secondat, barão de La Brède e de Montesquieu, conhecido como Montesquieu (1689-1755), François Marie Arouet, mais conhecido como Voltaire (1694-1778), Denis Diderot (1713-1784), dentre outros.

Doutra banda, o pressuposto inegável da evolução do direito fundamental do estado de inocência deve ser entendido como o fundamento constitucional da dignidade da pessoa

humana, o respeito e à proteção do cidadão diante de uma persecução penal, representando aquele período inquisitivo, portanto, um dos últimos resquícios do poder desarrazoado do Estado em face do cidadão.

O princípio do estado de inocência existe justamente para frear a conduta estatal e impedir que o ser humano seja submetido a qualquer situação que o considere culpado, sem a devida instrução processual penal que sirva de parâmetro para uma futura condenação penal, que, diga-se de passagem, deve necessariamente ser irrecorrível, conforme ainda será demonstrado. É verdadeiramente este o ponto nevrálgico do reconhecimento do referido princípio em detrimento da aplicação de uma prisão preventiva, por exemplo, ou seja, uma discussão infundável entre até que ponto é possível assegurar a garantia da liberdade do indivíduo e a partir de quando é legítima e válida uma prisão cautelar.

Apesar das considerações acima, não se pode olvidar que tradicionalmente, três momentos históricos marcaram em definitivo o surgimento e o desenvolvimento do estado de inocência, a saber: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, as Escolas Penais Italianas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

1.2.2.1 Primeiro momento: Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão

Essa ideia de estado de inocência se manifestou de maneira tímida pela primeira vez no Direito Romano, sendo consagrada de fato na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.¹⁷ O artigo 9º da Declaração assim preceitua:

Art. 9.º Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

Apesar dessa disposição, não se deve estudar um instituto normativo desprezando seu contexto histórico. A história é pressuposto do direito, já dizia MASCARO (2012, p. 34), ao

¹⁷ Fruto da Revolução Francesa, que teve inspiração na declaração da independência americana de 1776 e no espírito filosófico do século XVII, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada em 26 de agosto de 1789, foi um importante documento histórico responsável por definir os direitos individuais e coletivos dos homens, de maneira universal, composto de dezessete artigos e um preâmbulo dotado de ideais liberais relacionados ao indivíduo e à nação que influenciaram a primeira fase da Revolução Francesa. Serviu de base para muitas constituições, bem como para a Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada mais tarde pelas Nações Unidas.

afirmar que “o direito se revela historicamente como um específico instrumento político, formal e institucional capitalista, de poder, dominação e exploração, cabendo entender as razões e os contornos desse fenômeno”.

Nesse sentido, afirma CAMARGO (2005, p. 25):

A presunção de inocência inicialmente se afirmou como um direito individual de liberdade do indivíduo, oposto contra o arbítrio do soberano absoluto, que detém o monopólio da violência legítima, na expressão direta do poder de punir. Entretanto, a simples análise de sua literalidade alude à incerteza que paira acerca de seu significado. (...) A perfeita compreensão sobre a presunção de inocência, no que diz respeito à sua definição e limites no Direito e no Processo Penal, faz-se possível a partir do momento em que suas vicissitudes históricas são consideradas como parte integrante do seu significado.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, notadamente seu artigo 9º, não foi criada ao acaso, ao contrário, esse dispositivo se justifica conforme já dito diante das arbitrariedades praticadas no período inquisito dos séculos XVII e XVIII. Nessa época o homem era visto como o objeto do processo e não como sujeito do processo. Assim, como reação às medidas abusivas, que eram praticadas contra aqueles que supostamente tivessem praticado delitos, tais como a tortura em praça pública e as prisões ilegais, insurgiu a referida Declaração com o escopo de humanizar o processo penal.

A persecução penal, sobretudo em sua fase processual, jamais pode ser guiada sem a presunção de inocência. O processo penal se sustenta com provas fáticas e não partindo do pressuposto de que o acusado é culpado. Ao contrário, este deve se inserir em um estado de inocência em todo decorrer do processo para, somente após o trânsito em julgado de um processo criminal, vir efetivamente a ser considerado culpado e sofrer todos os efeitos decorrentes de uma sentença penal condenatória. Se assim fosse, imagine aquele indivíduo que praticasse uma infração penal de menor potencial ofensivo e se beneficiasse com a transação penal, impedindo o oferecimento da denúncia, ou, ainda, aquele que fosse beneficiado no decorrer do trâmite processual penal com a suspensão condicional do processo? Ou seja, se esses indivíduos nessas situações fossem beneficiados com tais institutos jurídicos processuais e ao mesmo tempo fossem considerados precipuamente culpados, seria uma incongruência tamanha. Dessa maneira nada mais sensato à luz do garantismo penal de responder um processo ao inverso, ou seja, sendo considerado inocente

até prova em contrário e não se presumindo culpado até prova em contrário, como será visto no terceiro capítulo.

Por esta declaração, o acusado não poderia ser tratado como culpado antes de uma sentença penal condenatória, logo o estado de inocência se destacou nessa época como regra de tratamento do acusado durante o processo criminal. Isso se deu graças à limitação do direito de punir estatal frente à obediência às liberdades individuais.

Apesar disso, ela reuniu críticas, sobretudo por parte de juristas italianos que acreditavam ser o princípio do estado de inocência uma ideia desarrazoada e irracional, a exemplo de Manzini que quis substituir presunção de inocência por presunção da não culpabilidade. Segundo esse autor cabe à defesa refutar os indícios apresentados pelo órgão acusador e, conseqüentemente, suscitar dúvida no magistrado. Isso por si só já é suficiente para atestar a não culpabilidade imediata do autor do delito, mas não a sua plena inocência.

Em consonância com esse antigo entendimento, BENTO (2007, p. 16), prescreve na atualidade que “a abordagem do tema distinguiu o princípio da presunção de inocência do princípio da não culpabilidade do acusado. Aquele coloca o réu em situação positiva, enquanto este o deixa em posição neutra dentro do processo”.

Isso é extremamente prejudicial para a defesa, pois acaba ocasionando a inversão do ônus da prova que, de acordo com o garantismo penal, deve militar em favor do acusado e não do acusador. Assim não caberia à defesa refutar as teses da acusação, mas sim à acusação provar que suas teses sustentáveis eram verdadeiras ou pelo menos verossímeis. Ainda assim não seria suficiente para presumir uma pessoa sujeita a um processo criminal culpada, pois dependeria esse julgamento de uma ampla instrução processual recheada de provas colhidas por ambas as partes processuais.

1.2.2.2 Segundo momento: Debate nas Escolas Penais Italianas

O segundo momento do estado de inocência é inaugurado pelo debate promovido pelas Escolas Penais italianas, que acabou desembocando na atual redação do artigo 27.2 da Constituição daquele país. Dentre as escolas, três se destacam, quais sejam, Clássica, Positivista e Técnico-jurídica.

A Escola Clássica, de cunho iluminista, foi, numa evolução lógica, a primeira escola que criticou o reconhecimento do princípio do estado de inocência no período inquisitivo, e, como consequência, elegeu o referido princípio como direito fundamental do Direito Processual Penal. Apesar de ser uma escola italiana, não se limitou apenas à Itália, mas se estendeu para todo o continente europeu nos séculos XVIII e XIX, em um movimento natural de reforma da justiça criminal, tendo como expoentes italianos, Beccaria Francesco Carrara, Filangieri, Carmignani, Gian Romagnosi e Pellegrino Rossi e alemães Paulo Anselm Ritter Von Feuerbach e Karl Binding, dentre outros.

Essa Escola surgiu em razão dos diversos abusos cometidos pelo príncipe no exercício de seu poder de punir o indivíduo, característico do antigo regime. Contra esses arbítrios de outrora o processo penal foi reconstruído sob a égide da lei, única fonte inspiradora do direito penal. Este não estava mais à mercê dos representantes dos Poderes Executivo e Judiciário, como antes. É nesse sentido que insurge com nova roupagem o princípio do estado de inocência, uma vez que o processo penal nessa época passou a ter dupla função, qual seja condenar uma pessoa, impondo-lhe pena (caso tivesse comprovadamente violado uma ordem legal) e proteger os direitos fundamentais de um acusado, evitando dessa forma que um inocente fosse castigado pelo ordenamento repressivo. Assim, é preciso conciliar as duas funções do processo penal, ou seja, punir e castigar o delinquente que praticar um crime, bem como evitar a condenação dos inocentes. Nesse sentido é de bom alvitre mencionar CARRARA (1957, p.295):

(...) é evidente que os institutos processuais devem ser adequados a um duplo serviço: tutela do direito que têm os bons à punição do culpado, e tutela do direito que tem o processado a não ser submetido a punição sem culpa, ou além da justa medida da sua culpa.

Mas diante dessa duplicidade funcional do processo penal, qual deve prevalecer em um caso concreto? Carrara já dizia que deveria prevalecer a tutela do acusado sempre, mesmo em uma situação duvidosa deveria prevalecer, haja vista ser essa tutela da liberdade um direito fundamental do indivíduo e não um simples princípio processual penal. Nesse aspecto tem-se que o estado de inocência se revela como pressuposto de todo o processo penal, norteando-o na busca da persecução criminal.

A escola clássica defendeu, portanto, os direitos individuais e o princípio da reserva legal contra o absolutismo do rei, a prática da tortura no processo penal e o processo inquisitório como etapa da persecução penal. Por conta disso revelou-se uma importante escola para o estudo da evolução do direito penal na medida em que se tornou responsável por defender o indivíduo contra o arbítrio do Estado.

Apesar de inovadora a seu tempo, dada a influência iluminista do modelo liberal de processo penal, recebeu críticas de outras escolas, tais como a positivista e a técnico-jurídica, não menos importantes, responsáveis por questionar a ineficácia à repressão da criminalidade em detrimento da obediência cega ao princípio do estado de inocência.

O grande dilema que norteou os debates nas Escolas Penais Italianas, notadamente às críticas à escola clássica, foi justamente o conflito entre o reflexo e o alcance do estado de inocência, ou seja, se este deveria servir de instrumento de defesa dos direitos e garantias fundamentais do cidadão ou se deveria servir de instrumento de defesa do interesse social, e não apenas interesses individuais dos criminosos como o referido princípio fora construído na escola clássica.

As Escolas Positivista e Técnico-jurídica redefiniram o alcance do estado de inocência, direcionando-o à proteção da sociedade. O Poder punitivo estatal foi nessa época responsável por propiciar a defesa da ordem interna, dada a mudança de mentalidade na época que girava em torno de um estado liberal para um estado mais social. Apesar de partir da mesma análise crítica, as escolas positivista e técnico-jurídica possuem enfoques diferentes.

A positivista foi norteadada por uma nova concepção de ciência penal, construída a partir de influências positivistas e evolucionistas, que questionavam as bases do conhecimento jurídico punitivo. Essa escola sofreu influência do filósofo francês Augusto Comte, criador do positivismo, do médico e cientista italiano Cesare Lombroso e de seu discípulo Enrico Ferri.

Lombroso vislumbrava o crime como um fenômeno antropológico baseado na figura do delinquente. Para ele o estudo do crime deveria passar necessariamente pela análise pormenorizada de algumas pessoas doentes, denominadas por ele de delinquentes, as quais eram marcadas por um inevitável determinismo de ordem biopsicológica, capaz de as impulsionar ao cometimento de crimes. Por isso que em determinados casos é temeroso aplicar o

princípio do estado de inocência a esses indivíduos, uma vez que representam perigo para a sociedade, a qual deve ser protegida pelo Estado nessa nova concepção da escola italiana positiva. Assim, caso fosse aplicado, como seria na escola clássica, constituiria uma decisão injusta. Era preciso, pois, fazer uma releitura do referido princípio agora sob a égide da proteção do interesse coletivo e não apenas do interesse individual como predominou na Escola Clássica.

No que tange ao princípio do estado de inocência, Ferri acreditava que só poderia se estender para aqueles acusados que não tivessem um passado criminoso nem tivessem sido presos em flagrante delito. Caso contrário, não seria possível falar e militar em favor do acusado em um processo penal o estado de inocência. Ele foi um dos grandes opositores na confecção do Código de Processo Penal italiano em 1913 de autoria do jurista Alessandro Stoppato, adepto da escola clássica. Apesar disso, este diploma legal contemplou o referido princípio sem se deixar levar pelos apontamentos de Ferri.

A Escola Técnico-jurídica, por sua vez, representou uma reação à Escola Positivista, pelo fato desta ter se valido de outras ciências para explicar a ciência penal que é eminentemente jurídica. Assim a ciência penal deveria ser reestruturada nos ditames das normas jurídicas. O Direito Penal possui sua dogmática e seu método de estudo próprio, logo não pode ser ditado por ciências autônomas à ciência jurídica. Seus grandes expoentes como Arturo Rocco e Vincenzo Manzini tiveram influência dos alemães Karl Binding e Franz Von Liszt, responsáveis pela criação do tipo penal e do desenvolvimento aprofundado da teoria do delito.

Dentre seus expoentes, Manzini foi o que mais aprofundou no estudo do princípio do estado de inocência a ponto de dizer que defender a inocência do acusado até o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória seria irracional, pois enquanto se tem um processo penal em trâmite não se pode afirmar categoricamente que exista um inocente ou um culpado, mas tão somente um indiciado. Logo, as normas processuais penais para ele não deveriam existir para gerar uma presunção de inocência ao indivíduo que se submete a elas, mas sim comprovar a culpa, esta sim seria a verdadeira função do processo penal. Se assim não fosse nenhum processo penal poderia ser iniciado contra alguém se em seu favor reinasse a presunção ou o estado de inocência. Isso seria paradoxal. Então, o que existia para ele era uma presunção de culpa e não presunção de inocência no momento do surgimento de um

processo penal e não o contrário, pois se fosse presunção esse processo penal não deveria nem existir.

Apesar dos consideráveis apontamentos de Manzini e Ferri, o Código de Processo Penal italiano de 1913 contemplou o princípio do estado de inocência como um dos direitos fundamentais do indivíduo, o que foi renormatizado posteriormente com a Constituição italiana de 1946, após ter sido suprimido pelos traços totalitários do Código de 1931.

Essa nova Constituição italiana teve como norte a nova perspectiva política de valorização do indivíduo em detrimento do Estado e acabou servindo de inspiração para a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Percebe-se, pois, que o estado de inocência representou nas escolas penais italianas uma verdadeira remodelagem do próprio processo penal, na medida em que se indagava a existência dele para servir como instrumento de defesa da liberdade do indivíduo, com a presunção ou o reconhecimento do seu estado de inocência, ou como instrumento de defesa do interesse de todos os cidadãos, diante dos atos praticados pelos criminosos.

1.2.2.3 Terceiro momento: Declaração Universal dos Direitos Humanos

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi criada pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, com o escopo de edificar um mundo sob novos alicerces ideológicos, voltados para garantir o reconhecimento e o efetivo cumprimento dos direitos humanos, anunciados na Declaração.

Ela consiste numa carta de direitos marcada pelo comprometimento dos Estados envolvidos na proteção dos direitos humanos, respaldados na dignidade da pessoa humana. Preceitua que todos os seres humanos por nascerem livres e iguais em dignidade e direitos, dotados de razão e de consciência, devem agir em espírito de fraternidade para com outros e invocar os direitos e as liberdades proclamadas nos trinta artigos da Declaração. Dentre os direitos fundamentais, é de bom alvitre mencionar o direito à liberdade, sendo vedada a tortura, bem como a prisão arbitrária.

Em consonância com o contexto universal de proteção desses direitos fundamentais, a Assembléia Geral prescreveu no artigo 11 o princípio da presunção de inocência, ao impor ao acusado o ônus da prova sobre o fato criminoso e culpabilidade do acusado, a vedação de produção de prova contra si, o direito ao silêncio e a absolvição em caso de dúvida do juiz, conforme exposto:

Art. 11: Todo o homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias a sua defesa. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

Percebe-se, pois, que o princípio do estado de inocência na Declaração Universal dos Direitos Humanos tem “cunho eminentemente processual e de regra probatória” (CAMARGO (2005, p. 56), uma vez que incumbe à acusação o encargo de provar a existência do fato delituoso e a culpabilidade do acusado, ao passo que exime o acusado de produzir provas contra si mesmo e contra a veracidade da suposta acusação). Nesse sentido se exterioriza o princípio do *in dubio pro reo* como corolário do princípio do estado de inocência, pois diante de uma dúvida no tramitar de um processo criminal que diga respeito à culpabilidade de uma pessoa, deve-se absolvê-la com base naquele princípio.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos se revelou um tanto diferente da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, pois foi fruto de um período conturbado no continente europeu que foi o período pós-guerra. Nesse sentido esclarece CAMARGO (2005, p. 55):

Diferentemente da inspiração da DDHC, que se fundamentava em uma matriz racional e jusnaturalista, classificando os direitos e liberdades individuais como atribuições absolutas e imutáveis do homem, a DUDH partia da concepção de que os direitos humanos pertencem a uma categoria histórica e, portanto, são relativos às condições do período em que surgiram. A Declaração de 1948 não teve a pretensão de ser definitiva em seu conteúdo, já que os direitos agora são creditados como produtos da civilização humana e não mais da natureza. O homem tomou consciência do fato de que poderia ampliar e transformar o rol de direitos elencados como humanos. Também os direitos não são mais considerados absolutos, mas limitados por outros direitos. A DUDH representou a fase de universalização e positivação dos direitos, antes restritos ao conceito de cidadania.

Embora constituam declarações diferentes, possui a mesma essência, qual seja a tutela dos direitos fundamentais ao convívio dos seres humanos em sociedade.

1.2.2.4 Diplomas legais ratificados pelo Brasil

Outros diplomas internacionais, influenciados por esses três momentos históricos importantes, também preveem o princípio do estado de inocência, tais como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, aprovado em 16 de dezembro de 1966 pela Assembléia Geral das Nações Unidas.

O artigo 14 do Pacto enuncia o estado de inocência diante de quatro máximas no direito processual penal, a saber: 1ª) Toda pessoa é inocente até que se comprove o contrário; 2ª) Toda pessoa que estiver sendo inquirida tem o direito de saber o motivo da acusação; 3ª) Toda pessoa tem o direito de comunicar-se com seu defensor; 4ª) A pessoa não pode ser obrigada a depor contra si mesma.

Além desse pacto, existe também o Pacto de São José da Costa Rica (ou Convenção Americana de Direitos Humanos) de 22 de novembro de 1969, com vigência em 18 de julho de 1978 que consagra diversos direitos civis e políticos, dentre eles o direito à liberdade pessoal e garantias judiciais, conforme artigo 8.2:

Artigo 8.2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.

Ainda a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais de 04 de novembro de 1950, a qual preconiza em seu artigo 6.2.2 que qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada, bem como a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000, artigo 48, inciso I:

Artigo 48:

1. Todo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa.
2. É garantido a todo o arguido o respeito dos direitos de defesa.

É inegável que o exercício do direito de punir do Estado era totalmente desarrazoado e injusto antes do advento dessas declarações internacionais, pois acabava limitando a livre atuação dos direitos fundamentais dos indivíduos, sobretudo o de liberdade. Com o surgimento daquelas declarações e a inclusão, dentre outros, do estado de inocência em normas processuais penais de várias nações, a prática do *jus puniendi* estatal se torna mais legítima e justa, na medida em que as normas processuais penais vindouras passaram a ser criadas mediante a observância desses direitos fundamentais.

1.2.3 O estado de inocência no contexto jurídico-político brasileiro

A primeira manifestação normativa do princípio do estado de inocência se deu com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 10 de dezembro de 1948, e assinada por quarenta e oito países, sendo o Brasil um desses signatários, conforme já fora exposto anteriormente. Esta declaração consiste em uma enunciação de direitos destinados à proteção dos indivíduos e não uma lei ou um tratado internacional, não possuindo, portanto, fiscalização, tampouco sanção aplicável em caso de inobservância e descumprimento de seus preceitos. Apesar disso possui importância ímpar, sobretudo no momento histórico político e jurídico em que foi criada, pois diante da violência e da opressão promovida nessa época, pelos Estados contra os indivíduos, que insurgiu esse conjunto de metas, dispostas em trinta artigos, voltadas para a tutela dos direitos individuais dos homens a serem atingidas por aqueles.

Antes dessa manifestação, contudo, o Brasil se encontrava sob a égide do Código de Processo Penal de 1942 e sob a Constituição Federal de 1946, característicos de um período de retomada da redemocratização e da reconstitucionalização do país, após longo período ditatorial praticado por Getúlio Vargas.

Apesar de influenciar sobremaneira a Constituição Federal de 1946, no sentido de servir de paradigma para a redemocratização e a reconstitucionalização do Brasil, conforme fora dito no parágrafo anterior, o Código de Processo Penal de 1942 (editado sobre a influência de Francisco Campos¹⁸) serviu também aos “*propósitos autoritários*”¹⁹ de Getúlio

¹⁸ O Código de Processo Penal Brasileiro de 1942 foi redigido pelo advogado e professor de direito, Francisco Luís da Silva Campos (1891-1968), responsável também, entre outras obras, pela redação da Constituição

Vargas, uma vez que ele se pautou pela defesa da sociedade e do Estado em detrimento dos direitos e garantias dos indivíduos. Percebe-se, pois, uma tentativa de coletivizar os institutos do direito processual penal e não tutelar de modo exclusivo os direitos e garantias fundamentais do cidadão. Apesar disso, tentou-se evidenciar nesse período um anseio de equilíbrio entre o “jus puniendi” estatal e o direito de liberdade individual, ou seja, entre os mecanismos de acusação e os de defesa, sendo, contudo, em vão, uma vez que na prática isso não existia.

Com muita propriedade, CAMARGO (2005, p. 113) discorda e acredita configurar verdadeira utopia o alcance do equilíbrio entre o interesse social e o particular, entre o direito estatal de punir os criminosos e o direito às garantias e seguranças das liberdades dos indivíduos:

Indubitavelmente, há uma tentativa muito antiga de justificação do Processo Penal, que reside na crença de que o mesmo deve representar o equilíbrio entre os meios de acusação e defesa, equilíbrio esse que, como foi dito em outra oportunidade, não passa de uma ilusão criada para alimentar os espíritos menos observadores do teor efetivo do conteúdo das legislações vigentes e de sua prática cotidiana, seja dentro das delegacias de polícia ou nos edifícios do Poder Judiciário. A partir do momento em que se manifesta a opção de se privilegiar a defesa social em lugar dos direitos individuais, não há mais espaço para o discurso acerca de um falso equilíbrio entre as forças do Estado e do indivíduo na seara punitiva.

Diante disso, resta fácil concluir que o Código de Processo Penal Brasileiro de 1942 não priorizou a tutela dos direitos e garantias dos indivíduos, a exemplo de normas principiológicas do estado de inocência e da proibição da produção de provas contra si mesmo. Do contrário, se preocupou com a defesa da coletividade, restando, portanto, prejudicado o princípio do estado de inocência.

Nesse sentido é nítida a aproximação do referido código com as ideias que nortearam os ensinamentos da Escola italiana Técnico-Jurídica, ao priorizar a tutela do interesse social em detrimento do interesse particular. Isso é compreensível, pois as discussões jurídicas penais na Itália estavam no seu auge e, além disso, voltando para o campo brasileiro, o direito à liberdade, por exemplo, foi retirado do rol dos direitos e garantias individuais da Constituição de 1937, que serviu de parâmetro para o advento do Código de Processo Penal três anos mais tarde.

brasileira de 1937, do AI-1 do golpe de 1964 e do código penal brasileiro, instituídos os dois códigos pelo Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, que vigoram até hoje, com alterações posteriores.

¹⁹ CAMARGO (2005, p. 109).

O Código de Processo Penal editado por Francisco Campos representou pouco avanço nos direitos fundamentais, a exemplo do próprio estado de inocência que foi literalmente esquecido e rejeitado pelo novo código. Isso é fácil concluir, pois ele manteve vários institutos do código do império com o excessivo formalismo dos procedimentos processuais.

Isso, porém, não significa que inexistia aquele princípio ou que não era preservado o direito fundamental à liberdade do acusado, mas sim que não era a preferência do Código de Processo Penal daquela época, inclusive a própria prisão preventiva, modalidade de prisão cautelar, podia ser decretada segundo a codificação, de maneira desarrazoada e não fundamentada, em casos específicos²⁰, de acordo com disposição legal, sem observar, portanto, os preceitos de excepcionalidade e provisoriedade típicos de uma prisão cautelar, conforme será visto no capítulo segundo.

Percebe-se, pois, que o princípio da presunção ou estado de inocência restou implicitamente excluído, uma vez que a liberdade pessoal, bem como os demais direitos individuais não configuraram as prioridades do novo código, já que preferia aplicar as medidas e institutos processuais de caráter repressivo a exemplo da prisão preventiva, o que contribuiu mais tarde para várias críticas e tentativas de alterações legislativas em prol dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, conforme se verifica pela Constituição de 1946 que sucedeu ao referido código, bem como, pela Constituição brasileira atual, em razão da posição topográfica dos direitos fundamentais que prioriza os indivíduos em detrimento do Estado.

Apesar do avanço histórico e também jurídico, a Constituição de 1946 não trouxe expressamente o direito e garantia individual do estado de inocência. Ela trouxe vários dispositivos inexistentes na Constituição ditatorial de Getúlio Vargas que se relacionavam com a presunção de inocência a exemplo do direito de plena defesa, incluídos o contraditório, a nota de culpa, a proibição de prisão quando a lei admitir a fiança, a proibição de prisão sem comunicação ao juiz e, por conseguinte, a possibilidade de habeas corpus para tutelar o direito daquele que está sendo ameaçado ou está sofrendo coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder.

²⁰ Habeas Corpus nº 35.900. Relator Ministro Lafayette de Andrada, de 30 de julho de 1958.

O estado ou presunção de inocência, só foi incluído expressamente no ordenamento jurídico brasileiro com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, publicado após o Código de Processo Penal brasileiro e a Constituição Federal de 1946. Esta Declaração teve participação significativa do brasileiro Belarmino Maria Austregésilo Augusto de Athayde (1898-1993), indicado pelo ministro Raul Fernandes como membro da comissão que elaborou a Declaração.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos no Brasil representou uma grande influência sobre a Constituição e as leis infraconstitucionais, a exemplo da lei sobre a discriminação racial. E, sobre o objeto deste trabalho, qual seja a presunção de inocência, foi expressamente disposta no artigo 11 da Declaração, incentivando mais tarde todo o ordenamento jurídico de direito penal material ou direito penal processual, os quais passaram posteriormente a se enveredar para a tutela dos direitos dos cidadãos em detrimento da proteção excessiva dos interesses do Estado e da sociedade.

Após a década de 40 e 50, o Brasil foi tomado por uma forte tendência ditatorial na política que acabou se estendendo para o direito também. Assim, grande parte (para não dizer todo) do ordenamento jurídico foi reescrito pelos militares na década de 60, com escopo de proteger o Estado em detrimento do indivíduo. Esse período iniciou-se em 1964 e se estendeu por longos 21 (vinte e um) anos, vindo a se desembocar, felizmente, em 1988 com a atual Constituição Federal, a mais democrática de todas as anteriores e que irradia efeitos para todo o ordenamento jurídico infraconstitucional, notadamente sobre o Direito Penal e Processual Penal, a exemplo da dignidade da pessoa humana que hoje é considerada por aquela como fundamento da República Federativa do Brasil.

Nesse sentido, é de bom alvitre mencionar os ensinamentos de SARMENTO (2002, p. 76):

Reiteramos nosso entendimento de que nenhuma ponderação de bens pode implicar em amesquinhamento da dignidade da pessoa humana, uma vez que o homem não é apenas um dos interesses que a ordem constitucional protege, mas a matriz axiológica e o fim último desta ordem.

Esse período ditatorial foi marcado por ampla violação dos direitos humanos e fundamentais praticada pelos militares, a exemplo dos famigerados atos institucionais, que

legitimavam legalmente os atos do Poder estatal brasileiro. As alterações legislativas e constitucionais *pro* indivíduo que vinham sendo arduamente conquistadas ao longo dos anos anteriores, dada a influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos, foram nesse momento abolidas em razão do autoritarismo do Estado. Com efeito, esse contexto acabou por influenciar negativamente o direito à presunção de inocência e as próprias prisões cautelares que se tornaram banais e abusivas, conforme relata CAMARGO (2005, p. 155 e 156):

Noticia-se que a tortura, as prisões arbitrárias, o desaparecimento ou o extermínio de pessoas foram cometidos sob o comando das instituições estatais ao arrepio da lei, fatos que conduzem à certeza de que se perpetraram durante esse interregno os mais sérios atos de desprezo aos direitos humanos e fundamentais. Entretanto, tais atrocidades nem sempre estão relatadas em documentos oficiais, como acórdãos, pois a maioria não foi submetida ao exame do Judiciário (...).

As maiores violações da presunção de inocência estiveram mesmo nos Atos Institucionais, nos porões da polícia secreta e nos recintos fechados das Forças Armadas, porque a maioria dos casos não eram oficiais e não chegavam a repercutir nos tribunais superiores.

Inegavelmente que, diante dessa situação, o princípio do estado de inocência restou prejudicado, pois com a promulgação dos Atos institucionais, sobretudo o de nº 5, a pessoa que fosse acusada do cometimento de algum crime não seria considerada inocente, ao contrário, seria declarada culpada e não poderia se valer de garantias processuais como o “Habeas Corpus” para tutelar sua liberdade física, já que esse remédio constitucional fora suspenso.

Nesse período o Estado estava legalmente autorizado a cercear a liberdade de alguém, prendendo-o a qualquer momento e por qualquer motivo. Verificava-se, portanto, forte interesse estatal, notadamente do regime militar, em detrimento dos interesses dos indivíduos, conforme constava da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional nº 01 de 1969, sobretudo ao artigo 182 desta que autorizou a vigência continuada do Ato Institucional nº 5.

Diante dessa situação, várias pessoas, inclusive juristas e advogados criminalistas, começaram a denunciar ao mundo os ditames normativos ditatoriais em razão da inobservância da própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, da qual o Brasil era um dos signatários. Isso contribuiu de certa maneira para que as Nações Unidas comessem a implementar a institucionalização dos direitos humanos tratados naquela Declaração, vinculando os Estados, portanto, a um documento normativo com valor jurídico relevante, no sentido de observância obrigatória. Isso resultou mais tarde no Pacto Internacional sobre

Direitos Civis e Políticos e no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos aprovados unanimemente pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966.

Tais Pactos deram significativo destaque ao princípio do estado de inocência, uma vez que restabeleceu o direito fundamental à liberdade pessoal do indivíduo, em alguns artigos, a exemplo do nº 14 já mencionado anteriormente. Assim toda pessoa que fosse acusada de algum delito, teria em seu favor a presunção de inocência enquanto não fosse comprovada legalmente sua culpa, bem como direito de comunicar-se com seu defensor.

Mas apesar da instituição desses pactos, o desafio continuava, pois no Brasil, predominava a violação dos direitos fundamentais normatizados por esses pactos. Assim enquanto não restabelecida a democracia brasileira, não era possível viabilizar a implementação do conteúdo dos Pactos no país. Nesse sentido, somente mais tarde em 1992 que o Brasil, já sob a égide da Constituição Federal de 1988, incorporou definitivamente os Pactos ao seu ordenamento jurídico.

Em nível interno, finalmente foi promulgada a Constituição Brasileira em 05 de outubro de 1988 e, dentre um vasto rol de direitos e garantias individuais, veio disciplinado no artigo 5º, inciso 47, o princípio constitucional da presunção ou estado de inocência, estruturado em uma fórmula ampla, que traz implícito o direito de liberdade pessoal do indivíduo contra as prisões arbitrárias, revelando ousadia na intenção dos redatores, ao partir do pressuposto de que contra uma pessoa qualquer, não pode haver um pré conceito de culpabilidade, diante do suposto cometimento de uma infração penal, já que as pessoas nascem e são consideradas inocentes até decisão judicial irrecorrível.

O estado de inocência foi restabelecido com novo enfoque, qual seja, de garantia do direito fundamental à liberdade física do indivíduo no decorrer de um processo criminal. Assim as prisões, notadamente cautelares representaram nessa época verdadeiras exceções necessárias apenas em casos extremos, pois do contrário, o que deveria prevalecer inexoravelmente, seria a liberdade pessoal. Assim, ela não seria determinada apenas como um princípio genérico do *in dubio pro reo*, isto é, norteando o juiz para a absolvição de um réu quando o caso concreto levasse a dúvida. Ela iria além, isto é, partindo de um pressuposto de presunção, ou melhor, de estado, de situação de inocência até o trânsito em julgado de uma

sentença penal condenatória. Esse estado se arrastaria por todo o processo penal até a sentença irrecorrível, seja de que natureza for, seja em que instância se der.

Essa nova orientação foi percebida em vários acórdãos da época, expostos por CAMARGO (2005, p. 216 e 217) que se seguem a título ilustrativo:

PROCESSO PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. PRESSUPOSTOS E CONDIÇÕES. I- qualquer prisão que anteceda decisão condenatória definitiva do Judiciário é medida que compromete o “*jus libertatis*” e a presunção de inocência que milita a favor do acusado, daí ser reservada para casos excepcionais, em que, motivadamente, se examinem os pressupostos e condições que lhe dão suporte; II- situação concreta em que está comprovada a materialidade do delito, havendo indícios veementes que indicam a sua autoria; III- conduta da recorrida que demonstra sua inequívoca vontade de frustrar e protelar a instrução criminal, havendo, inclusive, descumprido as condições impostas para que, em liberdade, respondesse ao processo contra ela movido. Antecedentes que não a favorecem; V- prisão preventiva que se decreta, dando provimento ao recurso do Ministério Público Federal.²¹
 PROCESSUAL PENAL – RELAXAMENTO DE PRISÃO – PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. 1) Dá-se o relaxamento da prisão quando o juiz verifica que ela se fez ilegalmente ou ante a inexistência de razões especiais que justifiquem sejam os réus mantidos presos, enquanto aguardam julgamento. 2) No direito penal brasileiro a regra é a presunção de inocência, até a prova plena em contrário, proclamada por sentença. 3) Recurso denegado.²²

Percebe-se, pois, que, no que tange ao princípio constitucional do estado de inocência, corolário do direito fundamental à liberdade pessoal, bem como às prisões cautelares, a Constituição Federal serviu de parâmetro e continua servindo para as alterações legislativas na seara do Direito Penal e Processual Penal brasileiro, a exemplo das Leis federais n.º 11.689 de 09 de junho de 2008, 11.690 de 09 de junho de 2008, 11.719 de 20 de junho de 2008 e, recentemente, a Lei nº 12.403 de 04 de maio de 2011. Referidas leis surgiram em obediência aos mandamentos constitucionais, mais precisamente diante dos ditames garantistas da persecução penal que acabaram irradiando por todo o ordenamento jurídico.

1.3 O ESTADO DE INOCÊNCIA COMO GARANTIA JUSFUNDAMENTAL À LIBERDADE PESSOAL E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

²¹ BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Recurso Criminal nº 1094. Relator Ministro Costa Leite. 24 out. 1985. Disponível em: < www.senado.gov.br/siscon > inocência. Acesso em: 27 de set. 1999.

²² BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Recurso Criminal nº 1112. Relator Ministro Washington Bolívar. 3 out. 1985. Disponível em: < www.senado.gov.br >. Acesso em: 2 de jan. 2000.

1.3.1 O estado de inocência como desdobramento da dignidade da pessoa humana

O estado de inocência foi implantado formalmente no plano internacional a partir do surgimento da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, influenciado pela Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão de 1789, conforme já fora exposto. A partir desse marco histórico, ele foi paulatinamente sendo inserido em constituições federais de vários países, a exemplo do Brasil, como “valor básico e universal de todos os seres humanos, devendo ser incorporado e obedecido por todas as nações como direito fundamental (MORAES, 2010, p. 179)”.

Baseada nessas Declarações e em outros tratados internacionais, a Constituição brasileira de 1988, finalmente foi projetada, elaborada e promulgada após um longo e intenso período ditatorial de regime militar, respaldado por supressão dos direitos individuais e coletivos dos cidadãos, tal como a vedação da presunção de inocência e o resgate iluminista da presunção da culpa. Ela representou, portanto, uma ruptura com os paradigmas autoritários do regime anterior e a inauguração de uma nova ordem constitucional fundada na observância dos tratados e declarações internacionais de direitos humanos, no sentido de revalorização do ser humano como centro das preocupações das nações. MORAES (2010, p. 188) define claramente dois objetivos da Constituição atual:

Enfim, nossa atual Constituição teve uma dupla missão, qual seja: pôr fim ao autoritarismo e àquele regime juspolítico antidemocrático e, outrossim, reinserir a nação brasileira no cenário mundial da segunda metade do século XX, o qual primava pela revalorização do ser humano em suas liberdades e conquistas sociopolíticas.

Após esse resgate histórico internacional, a Constituição consagrou o conjunto de normas referentes aos direitos humanos no Título II da Constituição Federal, mais precisamente em seu capítulo 1, artigo 5º, denominado “Dos Direitos e deveres individuais e coletivos”. Esse dispositivo traz uma redação clara que anuncia um rol exemplificativo de direitos e garantias individuais fruto de comandos internacionais, a que todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país poderão usufruir em razão da igualdade perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, isso porque são garantidos aos mesmos a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, dentre outros direitos.

Assim o “*caput*” do artigo 5º exposto anuncia um gênero de direitos substanciais e os desdobra em espécies de outros direitos e garantias, a exemplo do próprio princípio constitucional do estado de inocência. É certo que este princípio não está definido de maneira sistemática no dispositivo, contendo o enunciado “Princípio da presunção de inocência”, com sua descrição terminológica, ao contrário, esse princípio é inferido pela leitura literal do inciso LVII do artigo 5º da Constituição de 1988 que diz que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória.

Dessa forma, o princípio do estado de inocência está previsto no inciso LVII do artigo 5º da atual Constituição e se refere, dentre outros, à inviolabilidade do direito à liberdade, logo se pode inferir que a garantia constitucional do estado de inocência é desdobramento lógico do direito fundamental à liberdade pessoal, que também abarca outras espécies de direitos e garantias a exemplo da vedação das provas ilícitas em processo penal, o direito ao silêncio, a vedação à auto incriminação, bem como a proibição das prisões cautelares, quando couber fiança ou quando a prisão em flagrante se revelar ilegal, cabendo, portanto, o seu imediato relaxamento pela autoridade judiciária competente.

Mas por trás de todos esses direitos expostos e de outros também, existe um núcleo axiológico que norteia toda a Constituição de 1988 e que se revela como um importantíssimo fundamento da República Federativa do Brasil que está insculpido no inciso III do seu artigo 1º: a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental do Estado Democrático de Direito. Este sim norteia toda a Constituição Federal e rompe com toda e qualquer manifestação antidemocrática existente nas constituições passadas.

Nesse diapasão, é de bom alvitre mencionar a definição de dignidade da pessoa humana para SARLET (2005, p. 213):

É a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

O fundamento da dignidade da pessoa humana está umbilicalmente ligado à garantia constitucional do estado de inocência, pois só tratando o ser humano de maneira digna em sentido amplo que se estará respeitando o estado de inocência. Logo, até o trânsito em julgado de uma sentença penal a pessoa humana deve ser considerada inocente, em detrimento de um pré juízo de culpabilidade.

Esse princípio da dignidade da pessoa humana além de estar positivado e nortear todos os direitos e garantias fundamentais dispostos expressamente ou implicitamente na Constituição, também é responsável por guiar o trabalho hermenêutico do legislador constituinte e infraconstitucional, bem como dos membros do Poder Judiciário e demais poderes, além de todos os cidadãos em suas relações privadas. Em suma, a dignidade da pessoa humana vai nortear todo o ordenamento jurídico em razão da prevalência dos direitos humanos sobre o Estado, conforme já foi exposto.

Assim, de maneira específica relacionada ao tema deste trabalho, a dignidade da pessoa humana também vai nortear os direitos fundamentais destinados à proteção penal e processual penal do cidadão, dos quais é exemplo o próprio princípio constitucional do estado de inocência. Nesse aspecto deve-se ter atenção, haja vista que, num primeiro momento de afoiteza, essa tutela processual penal, respaldada na dignidade da pessoa humana levaria ao imbróglio de se acreditar que obedecendo a esses ditames legais o Estado estaria garantindo os direitos fundamentais dos infratores em detrimento dos demais membros da sociedade. Isso não condiz com a verdade, pois os direitos e garantias fundamentais penais, tal como o estado de inocência não são contrários aos interesses sociais, mas sim representam “valores básicos, historicamente consagrados e relevantes para se evitar o retorno às barbáries estatais contra os cidadãos submetidos à persecução penal (MORAES, 2010, p. 198)”.

Desse modo quando o legislador constituinte optou por consagrar aqueles direitos na Constituição Federal, em consonância e obediência com ditames internacionais, consubstanciados em tratados de direitos humanos, nada mais fez do que repelir as violências e arbitrariedades cometidas no passado contra os cidadãos de bem. Dessa forma, não podem a violência, a tortura, os maus tratos e a desobediência legislativa imperar como valores éticos e morais capazes de legitimar as arbitrariedades cometidas pelo Estado quando da solução das controvérsias criminais.

Sendo assim, o princípio constitucional do estado de inocência, como exemplo de espécie dos direitos fundamentais em nível processual penal, não se estende apenas ao indivíduo isoladamente, mas também a toda a sociedade. Hoje o Direito Processual Penal não pode ser pensado como um instrumento capaz de tutelar unicamente o direito de liberdade pessoal dos indivíduos ou o direito de punir do Estado, uma vez que deve haver harmonia e equilíbrio entre esses interesses. Logo referido princípio constitucional não pode ser encarado como obstáculo à persecução penal e à elucidação da verdade fática, mas sim como um instrumento de tutela do próprio processo, no sentido de guiar a persecução penal e as medidas interventivas aplicadas ao indivíduo no desenvolvimento de um processo penal.

À guisa de exemplo, pode-se enumerar o direito fundamental à liberdade que representa um direito coletivo que todo ser humano possui, bem como um direito individual quando uma determinada pessoa sofre ameaça ou violação ilegal em seu direito de locomoção. Percebe-se, pois, que o mesmo direito fundamental representa dois enfoques: um individual e outro coletivo.

Como consequência desse direito, existe a garantia da presunção ou estado de inocência. Nesta, estaria representado o direito individual do estado de inocência para aquela pessoa que supostamente tenha infringido a lei, bem como o direito coletivo de todas as pessoas de serem presumidamente inocentes antes mesmo de ter iniciado a persecução penal. Nesse segundo aspecto os direitos e garantias são entendidos como meras normas abstratas sujeitas à aplicação futura, ao passo que no primeiro aspecto, eles se revelariam numa feição individualizada na medida em que seriam de fato utilizados por um cidadão, individualmente analisado e submetido a procedimentos persecutórios. É com base nesse entendimento que Maurício Zanóide de Moraes atribui ao princípio do estado de inocência a característica informadora ideológica do sistema processual penal em nível infraconstitucional, haja vista que impõe o processo como uma necessidade entre a pena e o cidadão.

Diante de o exposto inegável reconhecer a força normativa do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como norteador do Estado Democrático de Direito, no sentido de direcionar todas as atividades e finalidades do Estado para atender às expectativas individuais e coletivas dos cidadãos. Nesse contexto infere-se a relevância de referido princípio para os direitos e garantias fundamentais arrolados na Constituição Federal, em nível de cláusulas pétreas, tal como o direito fundamental à liberdade pessoal que implica,

dentre outros direitos e garantias processuais penais, no princípio constitucional do estado de inocência, insculpido no inciso LVII da atual Constituição da República.

Assim, enquanto princípio constitucional explícito deve guiar e fundamentar toda a persecução penal em âmbito infraconstitucional, em conformidade com os ditames constitucionais, reflexos dos pilares internacionais construídos à base dos direitos humanos. Apesar disso, a realidade da legislação processual brasileira, bem como das decisões judiciais, demonstram outro viés, a exemplo da banalização das prisões cautelares que, longe de observarem os requisitos da cautelaridade, primam pela prévia supressão da liberdade individual em detrimento do trâmite processual penal. Isso é compreensível talvez pelo fato dessas legislações, a exemplo do Código Penal e do Código de Processo Penal, terem sido elaboradas antes mesmo do advento da atual Constituição Federal, criando normas não condizentes com a máxima do estado de inocência. Infelizmente essa postura acaba causando inúmeras intervenções judiciais condizentes com os ditames do atual Estado Democrático de Direito que, por sua vez, geram como consequência o afogamento do Poder Judiciário e, em contrapartida, a atrofia do Poder Legislativo, substituindo as decisões políticas, oriundas de representantes da vontade do povo por decisões judiciais restritas a casuísmos, em verdadeira afronta ao princípio da legalidade.

Em virtude do exposto, pode-se dizer que essa mudança paradigmática em matéria de direitos fundamentais construída na sociedade contemporânea sob a égide do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana acabou redefinindo o modo, a compreensão e a aplicação do princípio do estado de inocência no contexto das prisões cautelares previstas no atual processo penal, num viés garantista, elevando os valores humanos ao patamar de normatividade jurídico constitucional a exemplo do disposto na Lei nº 12.403/11, bem como em outras recentes alterações legislativas.

Examinada a sistemática do princípio do estado de inocência, parte-se agora para um estudo mais aprofundado das prisões cautelares no ordenamento jurídico brasileiro, para posteriormente refletir sobre a coexistência de ambos na perspectiva do garantismo penal.

2. AS PRISÕES CAUTELARES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O tema das prisões cautelares é bastante polêmico na doutrina e na jurisprudência. Para enfrentamento dessas questões e desenvolvimento deste tópico, será feita uma análise da prisão propriamente dita como limitadora do direito à liberdade pessoal e posteriormente a abordagem das prisões cautelares e suas espécies, com destaque para a prisão em flagrante, a prisão temporária e a prisão preventiva.

2.1 A PRISÃO COMO LIMITAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE PESSOAL

2.1.1 A evolução histórica da prisão e seu verdadeiro significado para o direito contemporâneo

Prisão, do latim *prensione* ou *prehensione*, consiste no ato de prender ou capturar alguém que desrespeita as normas jurídicas estabelecidas pelos legisladores na sociedade. Possui, portanto, uma conotação punitiva, relacionada à aplicação de uma pena, decorrente de um procedimento criminal investigatório ou um processo penal, embora nem sempre seja assim.

Na Antiguidade, o aprisionamento era feito através dos cativeiros do Rei, porém não como consequência de uma sanção penal, tendo em vista que inexistiam normas jurídicas codificadas, tampouco cadeias ou presídios para albergar os delinquentes. A prisão tinha a função de segregar um determinado indivíduo ou grupo de indivíduos a fim de codificar seu comportamento, tornando-o dócil e submisso a um Rei por alguma razão, geralmente de natureza econômica.

Mais tarde a prisão ganhou a conotação punitiva, notadamente quando se depreende das repressões religiosas. Com isso pode-se dizer que a prisão teve sua origem na própria igreja com a criação do Tribunal de Inquisição, responsável por punir os hereges que desrespeitavam os dogmas da igreja com a restrição de sua liberdade como forma de castigo. Essa conotação da prisão também foi expressa nos mosteiros com punições impostas aos monges e membros da classe eclesiástica como os arcebispos e padres.

A prisão, portanto, se traduz na consequência de uma pena imposta a um indivíduo em razão de ter praticado uma infração penal, isto é, de ter praticado um fato típico, ilícito e culpável, para a teoria tripartite do delito²³. Diante dessa prática delituosa, surge para o Estado o dever de punir que pode se dar de diversas maneiras, dentre elas mediante a imposição de uma prisão, que pode ser definitiva ou provisória, espécies estas que serão analisadas detalhadamente em momento posterior.

Apesar de revelar uma privação da liberdade de locomoção, a prisão representou, em verdade, “um avanço na história das penas no mundo” (GRECO, 2012, p. 477), isso porque antigamente as pessoas pagavam pelos seus crimes com o próprio corpo, tal como aquele que furtava objetos e, que, por conseguinte, perdia seus dedos ou até mesmo as mãos como forma de sanção, de castigo. Assim não era a liberdade que era perdida em razão da prática criminosa, mas sim o corpo físico do criminoso ou parte dele, medidas altamente criticadas por iluministas como Beccaria, que denotam hoje afronta à dignidade da pessoa humana, bem como a todos os direitos fundamentais, arduamente conquistados pelas sociedades antigas e modernas.

A prisão denota, pois, a supressão da liberdade de alguém, ou seja, o cerceamento do direito fundamental à liberdade, consistente em cláusula pétrea no contexto do ordenamento jurídico brasileiro atual. Diante desse caráter punitivo, a prisão é infelizmente entendida para alguns, como um mal necessário, cuja “solução detestável, não se pode abrir mão”, segundo FOUCAULT (2011, p.218).

Em consonância com o entendimento de Foucault, MARCÃO (2012, p. 55) preceitua:

Cautelar ou resultante de sentença condenatória irrecorrível, a prisão é um mal necessário. Uma medida extrema, perniciosa e indesejada, da qual a humanidade ainda não conseguiu se livrar, nada obstante os avanços experimentados em termos de penas e medidas alternativas – alternativas à prisão obviamente.

Não obstante às palavras de Foucault e Marcão, é sabido que as leis infraconstitucionais estão em consonância com a Constituição Federal, pelo menos se espera que estejam tendo em vista a supremacia constitucional sobre todo o ordenamento jurídico

²³ Da qual Francisco de Assis Toledo e Guilherme de Souza Nucci são adeptos.

brasileiro. Sendo assim, resta evidente que, hodiernamente, fazendo-se uma leitura literal da Constituição brasileira, não se pode negar que há o predomínio do direito fundamental da liberdade individual em detrimento da prisão, consequência do *ius puniendi* estatal. Dito de outro modo, a regra hoje pelo modelo jurídico brasileiro é a liberdade e a exceção a prisão, tal como se pode extrair da leitura literal do artigo 5º, inciso LXI²⁴, da Constituição Federal de 1988. É importante que assim seja, pois do contrário, estar-se-ia vivendo um verdadeiro retrocesso na conquista dos direitos fundamentais, a exemplo do princípio constitucional do estado de inocência, bem como do núcleo axiológico da Constituição Brasileira, que também constitui fundamento da República Federativa do Brasil, que é exatamente a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, os valores constitucionais no Brasil deveriam categoricamente condicionar as diretrizes do direito de punir do Estado. Se isso fosse feito, a população brasileira estaria vivendo na plenitude da efetivação e concretização dos seus direitos fundamentais enquanto cidadãos. Mas isso é apenas teoria, pois na prática, é perceptível o abuso na apuração das infrações penais, notadamente com a má utilização ou utilização abusiva e irrazoada das prisões cautelares, sobretudo da prisão preventiva, como será visto no próximo capítulo.

Sob essa perspectiva, importante trazer à baila as sábias conclusões do mestre ZEIDAN (2002, p. 47-46):

Sem a pretensão de discorrer um discurso pessimista, mas realista, é inequívoco que os valores constitucionais não exercem decisivamente influência em nosso sistema punitivo (...). Isso significa que o múnus deve ser exercido sem abuso, garantindo amplamente a incolumidade da pessoa humana em qualquer pólo figurativo. Vale dizer que mesmo para a prevenção da incolumidade das pessoas não cabe desrespeito à incolumidade individual. Na apuração das infrações criminais, o novo espírito encerra que o arcaico sistema de investigação criminal através de Inquérito Policial não tem mais amparo jurídico e social, não condizendo mais com os valores expressos pelo Estado Democrático e Social de Direito. Significa, pois, que não se cuidam, interrogam-se ou investigam-se “elementos”, mas sim pessoas de direitos. Ainda nessa fase do sistema penal, encontra-se o controle constitucional de todas as prisões ocorridas, proporcionando dessa maneira a garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana. Na atividade jurisdicional, revela o sistema constitucional de direitos e garantias

²⁴ - Art. 5º, inciso 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.

mandamentos para o processo. Nessa ordem, há a exigência de competência do juiz ou tribunal, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência, dentre outros direitos e garantias. Na execução das sanções de natureza criminal, insta ressaltar que não devem ser impostas sem que atinjam as finalidades de caráter preventivo. Em suma, o sistema punitivo composto das funções de prevenção da criminalidade, apuração de infrações criminais, jurisdições e execução das sanções devem ser exercidas com dignidade punitiva. Nessa ordem, cabe ressaltar que, mesmo em caso de condenação em que seja abalada a primariedade ou liberdade de uma pessoa, subsistirá, impreterivelmente, a sua dignidade.

Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana associada ao estado de inocência deve, pois, constituir os princípios norteadores de toda a persecução penal, sobretudo na sistemática das prisões cautelares, sob pena de retrocesso nos direitos fundamentais, uma vez que o indivíduo, ainda que submetido a uma investigação ou a um processo criminal, deverá ser concebido como um sujeito de direitos e não objeto, instrumento de direitos.

A prisão, conforme expresso anteriormente, pode ser definitiva, isto é, decorrente de uma sentença penal transitada em julgado, bem como provisória, ou seja, decretada no curso da investigação ou do processo criminais ainda não findos. Esta última possui atualmente três espécies, quais sejam prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva que serão abordadas a seguir.

Porém antes de adentrar nas prisões cautelares propriamente ditas, devem ser abordados a problemática da existência ou inexistência de um processo penal cautelar, bem como analisados os requisitos da cautelaridade.

2.2 OS PRESSUPOSTOS DA CAUTELARIDADE PROCESSUAL PENAL

2.2.1 (In) existência do Processo Penal Cautelar

O que é um processo cautelar? Inicialmente deve-se analisar o que vem a ser um processo. Processo é uma “soma de atividades em cooperação e à soma de poderes, faculdades, deveres, ônus e sujeições que impulsionam essa atividade” (GRINOVER, 2001, p. 40), e, por conseguinte, um “meio efetivo para a realização da justiça” (GRINOVER, 2001, p. 37). O direito processual penal não é um fim em si mesmo, mas sim um “instrumento a serviço do direito material, isto é, do corpo de normas que disciplinam as relações jurídicas referentes a bens e utilidades da vida” (GRINOVER, 2001, p. 40).

Visto o que seja processo e direito processual, passa-se agora à análise do que venha a ser processo cautelar.

A busca pela tutela jurisdicional pode se dar de três maneiras distintas e complementares: pelo processo de conhecimento (onde se almeja o conhecimento do direito propriamente dito); pelo processo de execução (onde se busca a satisfação do direito já conhecido); e pelo processo cautelar (cuja finalidade é proteger e resguardar as pretensões conhecidas no processo de conhecimento e satisfeitas no processo de execução).

O processo cautelar, portanto, consiste em um processo acessório aos processos principais (de conhecimento e de execução) e um importante instrumento capaz de garantir a eficácia e utilidade do processo principal.

Segundo NICOLITT (2012, p.415) “o processo cautelar tem por finalidade impedir o esvaziamento da própria atividade jurisdicional, visando garantir a eficácia da prestação jurisdicional”.

Esses conceitos explorados estão inseridos na seara da Teoria Geral do Processo, válida para todos os ramos do direito. Mas, voltando-se para a seara do direito processual penal, será possível falar em processo penal cautelar? Reconhecer a existência de um processo penal de conhecimento e de um processo penal de execução é fácil no ordenamento jurídico brasileiro mesmo porque o próprio Código de Processo Penal assim os contemplam, sendo um desdobramento natural do outro. Assim, diante de um fato criminoso, instaura-se uma ação penal, inaugurando a segunda fase da persecução penal e, após a instrução e julgamento, chega-se a uma sentença penal condenatória irrecorrível que, por conseguinte, serve de pressuposto para o início do processo de execução da pena nos termos da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84), restando, portanto, evidente a existência dos dois tipos de processos penais principais.

A questão surge quanto à existência de um processo penal cautelar, ou até mesmo de uma fase cautelar, dada a influência do movimento sincretista que norteou as reformas do Código de Processo Civil e acabou unificando o processo e distribuindo-o em fases: conhecimento, cautelar e execução.

No processo penal, essa cautelaridade não é tão visível quanto no processo cível, até mesmo porque sua natureza jurídica não é autônoma e não encontra capítulo específico no Estatuto Processual Repressivo. Mas, apesar disso, há no Código de Processo Penal inúmeros institutos decorrentes de uma cautelaridade processual penal a exemplo das prisões cautelares (medidas cautelares pessoais)²⁵, que acabam gerando um entendimento doutrinário sobre o acolhimento de um processo penal cautelar no ordenamento jurídico brasileiro (FERNANDES, 2005, p. 311).

Na verdade, o que existem são medidas cautelares penais e não propriamente uma ação cautelar ou um processo penal cautelar autônomo. Assim, as medidas cautelares a exemplo do sequestro de bens, da hipoteca legal e das prisões processuais constituem “meras medidas incidentais (ainda que na fase pré-processual, onde se cogitaria de um pseudocaráter preparatório), em que não há o exercício de uma ação específica, que gere um processo cautelar diferente do processo de conhecimento ou que possua uma ação penal autônoma (LOPES JR, 2012, p. 781)”.

2.2.2 As medidas cautelares processuais penais e os pressupostos *fumus commissi delicti e periculum in libertatis*

As medidas cautelares no processo penal são todas nominadas, isto é, típicas em obediência ao princípio da legalidade que também rege a processualística penal. Assim o juiz penalista não possui o poder geral de cautela que detêm o juiz civilista. Logo, somente existem as prisões cautelares e as medidas cautelares diversas da prisão (arts. 319 e 320 do CPP) dispostas no ordenamento jurídico. Não cabe ao juiz criar novas sob o argumento de um possível poder geral de cautela. Nesse sentido, entende LOPES JR (2012, p. 782):

No processo penal, forma é garantia. Logo, não há espaço para ‘poderes gerais’, pois todo poder é estritamente vinculado a limites e à forma legal. O processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal, de modo que ele somente pode ser exercido e legitimado a partir do estrito respeito às regras do devido processo. E, nesse contexto, o Princípio da Legalidade é fundante de todas as atividades desenvolvidas, posto que o *due process of law* estrutura-se a partir da legalidade e emana daí seu poder.

²⁵ Existem no processo penal brasileiro, as medidas cautelares de natureza pessoal e as medidas cautelares de natureza real. As primeiras dizem respeito à pessoa do acusado, a exemplo das prisões preventivas e temporárias, ao passo que as segundas recaem sobre as coisas, tais como o sequestro e o arresto.

Lado outro, as tutelas cautelares processuais penais são consideradas acessórias (ao processo penal principal de conhecimento ou de execução), instrumentais (almejam assegurar o resultado de uma possível condenação), preventivas (no sentido de prevenir a ocorrência de um dano irreparável ou de difícil reparação, conservando uma situação fática), provisórias e de cognição sumária (uma vez que a cognição do juiz não se baseia num juízo de certeza, mas sim num juízo de probabilidade, em razão do princípio constitucional do estado de inocência).

As prisões cautelares que são espécies das tutelas cautelares processuais penais, por sua vez, devem se nortear por vários princípios, dentre os quais merecem destaque: princípios da motivação das decisões, do contraditório e da ampla defesa, da provisoriedade, da excepcionalidade, da proporcionalidade e da provisionalidade.

Além desses princípios, as medidas cautelares processuais penais devem obedecer aos critérios de necessidade e adequação, isto é, imprescindíveis 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 e, ainda, aptas a atingir os fins propostos, na medida da gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado, conforme preceitua o artigo 282 do Código de Processo Penal, alterado pela Lei nº 12.403/11.

Além disso, as medidas cautelares precisam se fundamentar em dois pressupostos importantíssimos para o processo cautelar, quais sejam *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, mas que, em razão da impropriedade das expressões para o campo do processual penal, foi convertida nas expressões *fumus commissi delicti* e *periculum in libertatis*, isto é, existência de justa causa para a ação penal, ou seja, prova da materialidade e indícios de autoria, e perigo que a liberdade do réu representa para a sociedade.

Sob esse ponto de vista, é de bom alvitre mencionar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

A necessidade da segregação cautelar do acusado só é admitida quando baseada em justificação judicial, devidamente fundamentada, nos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, sob pena de se transformar em letra morta o direito individual, constitucionalmente assegurado a todos, da liberdade de ir, vir e ficar. (STJ, RHC 6.245-MG, 5ª T., j. 24-6-1997, rel. Min. Cid Flaquer Scartezini, DJU de 3-11-1997, RT 750/572).

Dessa maneira, somente será possível a adoção de uma medida cautelar processual penal se existentes os requisitos, os princípios processuais e, sobretudo, os pressupostos de admissibilidade, quais sejam *fumus commissi delicti* e *periculum in libertatis*, dado o caráter de excepcionalidade desses institutos.

2.3 ESPÉCIES DE PRISÃO CAUTELAR

Conforme exposto, a prisão possui caráter punitivo e decorre, obviamente, da prática de uma infração penal já definitivamente julgada ou não. Nesse sentido, pode ser considerada como prisão com pena ou prisão sem pena.

Prisão com pena ou prisão definitiva consiste na privação de liberdade de alguém após o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, isto é, após a impossibilidade recursal de uma sentença proferida por um juiz ou um Tribunal. Assim, o indivíduo foi investigado e indiciado pelo Delegado de Polícia, denunciado pelo Promotor de Justiça, ouvido em interrogatório na presença de seu defensor e, finalmente, sentenciado pelo Juiz de Direito ou pelo Tribunal, sentença esta (ou acórdão) da qual não caiba mais recurso. Significa dizer que o sujeito é comprovadamente culpado pelo delito ora cometido e, em razão disso, deve pagar ao Estado e à vítima ou familiares da vítima com sua liberdade, isto é, com a privação temporária da sua liberdade, representada pelo seu recolhimento em Penitenciárias ou Colônias Penais até que cumpra definitivamente o tempo de privação imposto na sentença penal ou acórdão.

Sobre a prisão com pena não há dúvidas, ou seja, se, comprovadamente o indivíduo praticou uma infração penal, qualquer que seja, deverá ser punido juridicamente por ela, logo se foi respeitado o devido processo legal, não há o que questionar, tendo em vista que deverá pagar pelo mal que causou a alguém ou à sociedade. Todavia, a discussão paira sobre a prisão que não decorre de uma sentença penal condenatória irrecorrível, ou seja, sobre as privações de liberdade decretadas pelo juiz ou pelo Tribunal no trâmite pré-processual ou processual, pendente, portanto, de decisão definitiva e irrecorrível. Sobre a decretação destas, bem como seus fundamentos legais é que reside o perigo do abuso e, conseqüentemente, a má utilização por parte do Poder Judiciário, comprometendo o princípio constitucional do estado de inocência, bem como outros direitos fundamentais. Sobre essas prisões provisórias é que serão escritas as próximas páginas deste trabalho.

A prisão sem pena, também chamada de prisão provisória, processual ou cautelar, ocorre no decorrer de um procedimento investigatório ou de um processo criminal ainda não transitado em julgado, cujas espécies previstas no atual ordenamento jurídico brasileiro são a flagrante (embora muito discutida sua natureza jurídica), a temporária e a preventiva.

2.3.1 Prisão em Flagrante Delito

2.3.1.1 A natureza pré-cautelar do flagrante e os polêmicos flagrantes impróprio e presumido

Etimologicamente, a palavra flagrante, cuja origem latina é *flagrantis*, significa algo que queima que arde que é evidente, patente, incontestável, atual. Logo, a prisão em flagrante retrata aquela prisão decorrente de um ato criminoso que está acontecendo em um determinado momento ou que acabou de acontecer.

A prisão em flagrante é uma prisão que não está vinculada a um mandado judicial fundamentada em requisitos da cautelaridade, pois se dá em virtude da máxima visibilidade de um delito, isto é, ocorre, em regra, porque se está diante do cometimento do próprio delito, o que por si só, já autoriza a privação da liberdade, pois restam evidente os indícios de autoria e a prova da materialidade. Percebe-se, pois, que o *fumus commissi delicti* (justa causa – prova da materialidade e indícios de autoria) estão presentes em uma situação de flagrância. Associada a isso, tem-se a obrigatoriedade legal por parte das autoridades policiais em prender alguém em situação de flagrância, bem como a facultatividade de qualquer pessoa do povo fazê-lo nas mesmas condições, conforme reza o artigo 301 do Código de Processo Penal²⁶.

Por essa razão, alguns doutrinadores sustentam, acertadamente, que a prisão em flagrante não pode ser considerada propriamente como uma espécie de prisão cautelar, mas sim “pré-cautelar” (PALAO, 1996, p. 292; LOPES JR, 2012, p.796), com a função de preparar o Poder Judiciário para que, a partir dela, possa decretar uma prisão cautelar propriamente dita, a exemplo da temporária ou da preventiva. Nessa perspectiva a prisão em flagrante teria, portanto, “a natureza administrativa” (MIRABETE, 2004, p. 322), que seria depois “jurisdicionalizada, tendo por finalidade, de um lado, evitar a prática criminosa ou

²⁶ Art. 301, CPP. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

deter o seu autor e, de outro, tutelar a prova da ocorrência do crime e de sua autoria. (BADARÓ, 2012, p. 722)”.

Essa natureza pré-cautelar é perceptível justamente porque hoje, após as inúmeras reformas no Código de Processo Penal, sobretudo com a Lei nº 12.403/11 que alterou significativamente a sistemática da prisão e da liberdade provisória, a prisão em flagrante possui uma duração muito curta, ou seja, dura entre o ato de prisão propriamente dito com a consequente lavratura do auto de prisão em flagrante e, em regra, até 24 (vinte e quatro) horas após, quando se finda o limite máximo para que a autoridade policial remeta os autos ao Juiz de direito bem como à Defensoria Pública, no caso de o suspeito não tiver advogado constituído. Tanto a Defensoria Pública pode requerer quanto o Magistrado pode relaxar a prisão quando o flagrante se afigurar ilegal, conforme preceitua o artigo 5º, LXV²⁷ da Constituição Federal. Porém apenas o juiz poderá converter uma prisão em flagrante em preventiva, por exemplo, conforme artigo 310 do Código de Processo Penal brasileiro²⁸. A regra, porém, é que essa prisão em flagrante, uma vez convertida em preventiva, só assim se proceda em *ultima ratio*, tendo em vista as alterações legislativas recentes que priorizaram a salvaguarda do direito fundamental à liberdade pessoal em detrimento de sua privação, haja vista a criação (ou confirmação) das medidas cautelares diversas da prisão que serão mais tarde comentadas.

O auto de prisão em flagrante delito é um documento elaborado pela autoridade policial que formaliza as circunstâncias do crime e da prisão em flagrante de alguém. Segundo o artigo 304 do Código de Processo Penal, ele compreende um conjunto de peças distintas e autônomas consistentes em oitiva do condutor, da vítima e testemunhas (ou na ausência

²⁷Artigo 5º, LXV, CF/88 - A prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária.

²⁸ Art. 310, CPP. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - relaxar a prisão ilegal; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

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

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

destas, duas pessoas que hajam testemunhado a apresentação do preso à autoridade), bem como do conduzido²⁹, necessariamente nesta ordem sob pena de nulidade do auto.

É a partir do auto de prisão que a autoridade policial poderá manter o indivíduo preso ou livrá-lo da prisão, no caso em que livrar-se solto ou se prestar fiança, em conformidade com o texto constitucional em seu artigo 5º, inciso LXVI que diz “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

Com o auto de prisão em flagrante dá-se a comunicação desse flagrante para o Juiz de Direito, a família do preso, o Ministério Público, assim como a Defensoria Pública, no caso de não existir advogado constituído para a defesa do suspeito. Essa comunicação, de acordo com o Código de Processo Penal, deverá ser feita no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, conforme já fora dito anteriormente. Nem sempre, porém, foi assim. Essa comunicação obrigatória e com exíguo prazo se deu com a Lei nº 11.448/07 e, posteriormente com a Lei nº 12.403/11 que incluiu o Ministério Público dentre o rol de pessoas que deverão receber obrigatoriamente esse auto de prisão em flagrante. Nesse mesmo prazo também, de acordo com a lei, será expedida nota de culpa ao suspeito, conforme artigo 306 do Código de Processo Penal³⁰.

Por ter o caráter pré-cautelar, a prisão em flagrante deve ser entendida como medida excepcional, já que, fazendo uma leitura literal da lei, ela só deve ocorrer nas hipóteses taxativas do artigo 302 do Código de Processo Penal. Segundo esse dispositivo considera-se em flagrante delito e, por conseguinte, enseja a prisão pré-cautelar, o indivíduo que está cometendo ou acabou de cometer a infração penal; que é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da

²⁹ Art. 304, CPP. Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto.

³⁰ Art. 306, CPP. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).; § 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).; § 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

infração, bem como na situação de ser encontrado, logo depois da prática delituosa, com instrumentos, armas, objetos e papéis que façam presumir ser ele autor da infração penal. As duas primeiras espécies de flagrantes são denominadas pela doutrina de flagrante própria e elencadas no inciso I do artigo 302 do CPP, ao passo que a terceira espécie e a quarta são denominadas, respectivamente de flagrante impróprio (inciso III) e presumido (inciso IV). Sobre as duas primeiras formas de flagrante não pairam dúvidas, uma vez que o *fumus commissi delicti* torna evidente os indícios desfavoráveis ao réu. O problema, contudo, se situa sobre os incisos posteriores, ou seja, sobre o flagrante impróprio e o flagrante presumido, tendo em vista que sobre estes há grande chance de haver uma ilegalidade mascarada.

O flagrante próprio do inciso I trata-se do flagrante propriamente dito, ou seja, retrata a situação do agente que está cometendo a infração penal e é surpreendido nesse momento por autoridades ou particulares. Isso ocorre no meio do *iter criminis*, ou seja, no desenrolar dos atos executórios do delito.

O flagrante próprio do inciso II também traduz a situação do agente que é surpreendido, porém quando acaba de cometer a infração, diferentemente do inciso I. Percebe-se, pois, que há um maior lapso temporal neste inciso II, uma vez que neste momento, findam os atos executórios. Esta espécie também é denominada pela doutrina de flagrante próprio.

O flagrante impróprio (imperfeito, irreal ou quase-flagrante), por sua vez, disposto no inciso III, aborda a hipótese do agente que, já cometeu o delito, porém que é perseguido logo após a sua prática por autoridades ou particulares, presumindo ser ele o autor do fato. Denota-se, pois, que nessa situação o agente não se encontra mais no cenário do crime, logo não restam evidentes a autoria e a materialidade do mesmo, já que o agente se enquadra forçadamente numa situação de presunção de culpabilidade. Essa situação compreende obviamente uma hipótese de fuga. Diante disso, fica a indagação: Essa expressão “logo após”, representa que lapso temporal? Uma hora, um dia, um mês ou um ano? Não há definição legal da amplitude da expressão “logo após”. Sabe-se, contudo, que o “logo após” é necessariamente após a prática delituosa e que pode durar qualquer tempo desde que a autoridade ou particulares estejam em perseguição, em regra, ininterrupta. Dessa afirmação pode-se inferir outra indagação, qual seja qual o significado da expressão “perseguição”? Quando concluir que alguém está perseguindo uma pessoa? A resposta não está distante, pois

é encontrada no próprio Código de Processo Penal no artigo 290 § 1º, ou seja, há a perseguição quando o executor avista o suspeito e o persegue sem interrupção, embora possa o ter perdido de vista por um tempo, bem como a situação do executor que, sabendo por indícios ou informações fidedignas que o suspeito tenha passado, há pouco tempo, por um determinado lugar, for em seu encalço. Essa espécie de flagrante é frequentemente examinada na jurisprudência, conforme se depreende dos “Habeas Corpus” abaixo:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRISÃO EM FLAGRANTE EM 02.12.08. **FLAGRANTE IMPRÓPRIO**. CARACTERIZAÇÃO. PACIENTE LOCALIZADO LOGO APÓS OS FATOS. DELATADO PELOS DEMAIS SUSPEITOS PERSEGUIDOS ININTERRUPTAMENTE. PRESO EM ATO CONTÍNUO. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA. 1. Muito embora o paciente não tenha sido apreendido em pleno desenvolvimento dos atos executórios do crime de roubo, nem tampouco no local da infração, **foi perseguido, logo após ao fato, sendo localizado e preso poucas horas após o delito**, trata-se, portanto, do flagrante impróprio, previsto no art. 302, III do CPP. 2. Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial (STJ HC 12980 GO 2009/0013900-7, publicado em 08/09/2009 – grifo nosso).

Contudo, esse tipo de flagrante comumente traz problemas, tendo em vista que em algumas situações se camufla uma ilegalidade na prisão por parte da autoridade policial que acaba em alguns casos forjando um flagrante impróprio ou até mesmo uma perseguição, como se pode perceber nas jurisprudências abaixo:

Ementa: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE ROUBO. AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE. **FLAGRANTE IMPRÓPRIO. ILEGALIDADE**. ORDEM CONCEDIDA. 1. O flagrante impróprio verifica-se quando o suspeito é perseguido logo após o cometimento do delito. 2. De acordo com a melhor doutrina, o termo logo após deve ser compreendido de acordo com os ditames da razoabilidade e proporcionalidade. 3. **O decurso de lapso temporal que retira a característica de imediatividade da perseguição ocasiona a não configuração do flagrante presumido**. 4. Ordem concedida (HC 201000010021550 TJ-PI, publicada em 07/06/2010 – grifo nosso).

Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO EM FLAGRANTE. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. **FLAGRANTE IMPRÓPRIO**. ART. 302, III, CPP. DESCONSTITUIÇÃO. EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTOFÁTICO PROBATÓRIO. REQUISITOS DA CUSTÓDIA CAUTELAR. TEMA NÃO EXAMINADO PELA CORTE ESTADUAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA. 1- Conforme se extrai do auto de prisão em flagrante e do acórdão recorrido, o paciente foi preso em decorrência das ininterruptas diligências da polícia visando a sua captura, procedimento que se iniciou logo após a prática do delito, configurado o que na dicção da doutrina é

chamado de flagrante impróprio ou quase-flagrante. 2 - Para a desconstituição do que foi decidido nas instâncias ordinárias, ou seja, se inexistiu a situação flagrancial, se as diligências foram contínuas ou se elas efetivamente se iniciaram logo após a prática do crime, seria necessário o revolvimento aprofundado do conjunto fático-probatório, procedimento incompatível com a estreita via do habeas corpus. 3 - No tocante à alegação de ausência dos requisitos necessários à imposição da custódia cautelar, não há como conhecer do pedido, pois o tema não foi suscitado ou enfrentado pela Corte Estadual, vedada, nesse ponto, a supressão de instância. 4 - Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado (STJ HC 163772 MG 2010/0035508-6, publicado em 02/08/2010 – grifo nosso).

Por fim, o flagrante presumido (assimilado ou ficto), talvez o mais criticado de todas as espécies de flagrante, está previsto no inciso IV do artigo 302 do CPP e retrata a situação do agente que é encontrado logo depois da prática delituosa com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração. Segundo NUCCI (2006, p. 591), essa espécie de flagrante é muito comum em crimes patrimoniais, quando, por exemplo, “a vítima comunica à polícia a ocorrência de um roubo e a viatura sai pelas ruas do bairro à procura do carro subtraído”.

Sob o ponto de vista da legalidade, este inciso IV é extremamente rebatido, isso porque sobre ele pairam inúmeras ilegalidades e abusos, infelizmente, cometidos por aqueles que deveriam proteger a sociedade de verdadeiros delinquentes e não simplesmente cometer injustiças em alguns casos. Segundo LOPES JR (2012, p. 803), esse flagrante é o “mais fraco, mais frágil e difícil de legitimar”. Para ilustrar, imagine a situação hipotética de uma pessoa que possui homônimo com um criminoso e é encontrada na sua residência, mais precisamente na cozinha de sua moradia (lugar propício para ter objetos cortantes como facas) e é presa em suposto flagrante por um delito de tentativa de homicídio ou homicídio consumado, por exemplo. Como explicar esse flagrante? A pessoa suspeita, em verdade, embora tenha o mesmo nome e sobrenome do infrator, não é o infrator e não está portando um objeto cortante que faça presumir ser ela a autora da infração penal. Ora, mas como provar isso, já que o princípio constitucional do estado de inocência é desrespeitado nessa situação?

Para que não haja injustiça na configuração de um flagrante presumido é preciso que haja nexo de causalidade entre o cometimento do delito e a pessoa a ser encontrada. Sem esse nexo causal não poderá haver essa modalidade de flagrante. Logo, se o flagrante for fortuito, “*casual e não causal*” (LOPES JR, 2012, p. 803), não poderá se falar em flagrante e, caso insista em ocorrer, deverá ser imediatamente relaxado pelo juiz, de ofício ou a pedido do

advogado, sob pena de nulidade. É notório, portanto, que no exemplo fictício acima não há nexos causal entre a pessoa e o delito supostamente praticado, sendo isso, caso fosse tal pessoa presa em flagrante, tal situação deveria ser imediatamente relaxada pela autoridade competente, em verdadeira obediência ao princípio constitucional do estado de inocência, corolário ao direito fundamental à liberdade pessoal. Com base nesse raciocínio, o Superior Tribunal de Justiça decidiu:

Não caracteriza flagrante impróprio a hipótese em que a suposta autora do delito é encontrada em sua residência por agente policial, em diligências efetuadas a partir de denúncia anônima. (STJ, RHC nº 23.650/MG)

Corroborando com tal entendimento têm-se, respectivamente, os comentários de NUCCI (2006, p. 591) e LOPES JR (2012, p. 803) sobre as diligências fortuitas feitas pela polícia:

Não podem ser consideradas para efeito de consolidar a prisão em flagrante. Muitas vezes, sem ter havido perseguição alguma, após a ocorrência de um delito, a polícia começa uma investigação e, por acaso, chega à residência de alguém que, de fato, tomou parte no crime. Não cabe, nessa hipótese, a prisão em flagrante, ainda que se argumente ser o caso do flagrante presumido, pois encontrada a pessoa com instrumentos ou armas usadas no cometimento da infração penal.

O primeiro requisito é que o agente seja encontrado.” “(...) É o encontrar de quem procurou, perseguiu e depois, perdendo o rastro, segue buscando o agente. Não se trata de um simples encontrar sem qualquer vinculação previamente estabelecida em relação ao delito. Assim, não há prisão em flagrante quando o agente que acabou de subtrair um veículo é detido, por acaso, em barreira rotineira da polícia, ainda que esteja na posse do objeto furtado. Isso porque não existiu um encontrar de quem procurou (causal, portanto), Não significa que a conduta seja impunível, nada disso. O crime, em tese, existe. Apenas não há uma situação de flagrância para justificar a prisão com esse título.

Em razão disso é preciso examinar esse inciso IV com muito cuidado, pois do contrário, acabará ocasionando injustiças severas e irreversíveis, conforme se depreende do estudo das jurisprudências abaixo:

HABEAS CORPUS - ROUBO MAJORADO - **PRISÃO EM FLAGRANTE** - PACIENTE PRESO DOIS DIAS APÓS O COMETIMENTO DO DELITO - PERSEGUIÇÃO CONTÍNUA NÃO EVIDENCIADA - **PRISÃO ILEGAL** - ORDEM CONCEDIDA. A **prisão** não carrega a circunstância prevista no artigo 302, inciso IV, do Código de Processo Penal se lavrado o auto de **prisão em flagrante** dois dias após o cometimento do delito, não se colhendo dos autos indicativo de ter havido

perseguição contínua ao agente logo depois do fato. Diligências investigatórias fortuitas feitas pela polícia não podem ser consideradas para efeito de consolidar a **prisão em flagrante**. A concessão da ordem de habeas corpus para relaxar uma **prisão em flagrante** ilegítima não obsta a decretação, pelo Juízo competente, da **prisão** preventiva, se presentes os requisitos para a custódia cautelar descritos no artigo 312 do Código de Processo Penal. Ordem concedida (TJMG, HC nº 1.0000.08.480738-7/000, Rel. Alexandre Victor de Carvalho, publicada em 30 de setembro de 2008 – *grifo nosso*).

HABEAS CORPUS - ROUBO MAJORADO - NULIDADE DO **FLAGRANTE** - INOBSERVÂNCIA DAS DISPOSIÇÕES LEGAIS - INDIVÍDUO PRESO NO DIA SEGUINTE - **AUSÊNCIA DE PERSEGUIÇÃO** - **CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO** - ORDEM CONCEDIDA. Deve ser declarada a nulidade do flagrante, diante da inobservância das disposições legais, tendo sido o agente surpreendido no dia seguinte ao dos, sem que tivesse havido perseguição à sua pessoa, não estando, outrossim, configuradas quaisquer das demais hipóteses do art. 302 do CPP, o que caracteriza manifesto constrangimento ilegal, passível de concessão da ordem de habeas corpus" (TJMG - HC nº 451.699-4 - Rel. Des. Eduardo Brum, j. 09/06/2004 – *grifo nosso*).

TJMT: Não tendo sido o indiciado surpreendido cometendo a infração penal, ou quando acabava de cometê-la, e tampouco perseguido em situação que induzisse à presunção de ser o autor desta, mas, ao contrário, localizado e **preso um dia depois**, em virtude de diligências policiais, não há como falar-se em flagrante delito, configurando a prisão do paciente em **coação ilegal**, reparável pela via do habeas corpus (RT 742/678; in MIRABETE, Júlio Fabbrini, Código de Processo Penal Interpretado, 8ª edição, 2001, Editora Atlas, p. 645 – *grifo nosso*).

Prisão - Flagrante - Relaxamento - Admissibilidade - Hipótese em que, **sem que tivesse havido perseguição efetiva, o paciente fora preso por acaso**, em virtude da ação rotineira de patrulhamento, duas horas e meia após a infração do art. 157, §2º, do CP- Ordem concedida. "Na hipótese e segundo a interpretação da doutrina e jurisprudência, a **prisão** não se verificou logo depois, pois não houve perseguição e sim causalidade e, ademais, os policiais não tinham ciência de que os revistados eram os autores do delito e sequer tinham conhecimento do ocorrido. **Resta, ausente, nos autos, o requisito temporal para o reconhecimento do flagrante presumido**. (TJSP - RHC 130054-3 - Rel. Celso Limongi - j. 22/7/92; apud FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui (Coords). Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, São Paulo, Editora RT, Revista dos Tribunais, 2001, vol. 1, p. 1944 – *grifo nosso*).

Percebe-se, pois, que, como fora dito anteriormente, as duas primeiras espécies de flagrante (próprio), previstas nos incisos I e II não ensejam tamanha discussão, haja vista que ocorrem no calor dos fatos delituosos. Já os incisos III e IV são muito criticados sob o ponto de vista da legalidade, pois estão quase sempre atrelados a alguma ilegalidade, afrontando, por conseguinte o princípio constitucional do estado de inocência.

Apesar de dispostos em incisos separados e com nomes doutrinários diferentes, parte da doutrina entende que se referem à mesma espécie de flagrante. O flagrante presumido, a seu turno “não deixa de ser igualmente impróprio” (NUCCI, 2006, p. 591) uma vez que as expressões “logo após” e “logo depois” são muito próximas e se referem ao mesmo critério cronológico. Tratam-se, portanto, de “expressões equivalentes” (BADARÓ, 2012, p. 723).

Apesar desse entendimento, não são espécies idênticas, pois o lapso temporal do flagrante impróprio é menor do que o lapso temporal do flagrante presumido. O impróprio pressupõe a situação da pessoa que acabou de cometer o delito e empreende fuga. Logo após, ou seja, no mesmo instante, a autoridade policial sai em seu encalço tendo, em regra, contato visual com o infrator. Já o presumido, implica a situação da autoridade que perseguiu e perdeu de vista o infrator, mas que continua o procurando até encontrá-lo de maneira causal e não casual. Ademais, no impróprio a autoridade persegue o indivíduo (que está próximo) e no presumido a autoridade o encontra, ou seja, constituem situações diferentes. Perceba, pois, que os intervalos de tempo, ainda que mínimos, são distintos, sendo mais breve no flagrante impróprio e maior no flagrante presumido.

Em consonância com tal entendimento, NORONHA (1981, p. 160) escreve:

Embora as expressões dos incisos III e IV sejam sinônimas, cremos que a situação de fato admite um elastério maior ao juiz na apreciação do último, pois não se trata de fuga e perseguição, mas de crime e encontro, sendo a conexão temporal daquela muito mais estreita ou íntima.

LOPES JR (2012, p. 804), por sua vez, ilustra a diferença entre os flagrantes impróprio e presumido com um interessante exemplo:

Basta pensar no seguinte exemplo: uma quadrilha rouba um estabelecimento comercial e foge. Para existir perseguição, a polícia deve chegar poucos minutos após a saída do estabelecimento, pois somente assim poderá efetivamente ‘perseguir’, no sentido empregado pelo art. 290. Caso isso não seja possível, diante da demora com que a polícia chegou ao local do crime, passamos para a situação prevista no inciso IV, quando são montadas barreiras policiais nas saídas da cidade e vias de acesso àquele local onde o crime foi praticado, buscando encontrar os agentes. Haverá prisão em flagrante se os autores do delito forem interceptados em uma barreira policial (encontrar causal), com as armas do crime e o dinheiro subtraído, ainda que isso ocorra muitas horas depois do crime. Daí por que, pensamos que a expressão *logo depois* representa um período mais elástico, que excede aquele necessário para que se configure o *logo após* do inciso III.

2.3.1.2 Flagrantes Especiais

Embora as hipóteses de flagrante estejam previstas em um rol taxativo no artigo 302 do Código de Processo Penal, ainda existem outras hipóteses previstas em leis penais e processuais penais esparsas, a exemplo da Lei nº 9.099/95 (Juizados Especiais Criminais), da Lei nº 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), do artigo 303 do Código de Processo Penal e dos flagrantes doutrinários.

Na Lei dos Juizados Especiais Criminais, mais especificamente em seu artigo 69, parágrafo único³¹, traz claramente a proibição do flagrante delito e do arbitramento de fiança em infrações de menor potencial ofensivo quando o autor da infração penal, após a lavratura do termo, for encaminhado imediatamente ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer toda vez que for chamado. Segundo reza o artigo 61 do mesmo Estatuto, considera-se infração de menor potencial ofensivo é as contravenções penais e os delitos cuja pena máxima cominada não exceda dois anos, cumulada ou não com multa. Assim, em regra, é possível a prisão em flagrante de autor que pratica infração de menor potencial ofensivo, porém isso se torna impossível na situação acima, ou seja, quando o infrator é encaminhado imediatamente ao Juizado ou, ainda que não exista Juizado ou esse encaminhamento não puder ser feito de imediato, que o infrator assumo o compromisso legal de comparecer ao Juizado quando for convocado.

Da mesma forma não se imporá prisão em flagrante para quem pratica as condutas de porte de drogas para consumo pessoal, prevista no caput do artigo 28 da Lei nº 11.343/06 e de cultivo de drogas em pequena porção para consumo pessoal, prevista no parágrafo 1º do artigo 28³² da mesma lei. Essa proibição encontra respaldo no artigo 48, parágrafo 2º da Lei

³¹ Art. 69 da Lei nº 9.099/95. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

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. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.

³² Art. 28, § 2º, Lei nº 11.343/06: “Não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários”.

de Drogas, exatamente nos mesmos termos do artigo 69, parágrafo único da Lei dos Juizados Especiais Criminais.

No que tange ao Código de Trânsito Brasileiro (CTB), também há uma proibição de se prender alguém em flagrante na situação do infrator, que causou um delito no trânsito, do qual resultou vítima, prestar pronto e integral socorro à vítima. Essa regra está prevista no artigo 301 do CTB³³ por uma questão de política criminal, a fim de educar o motorista de trânsito, bem como os futuros motoristas para que dirijam com atenção e, caso se envolvam em algum acidente automobilístico que gere vítima, que prestem imediato socorro e não simplesmente fujam do local do fato. Caso a fuga ocorra, além de possibilitar a prisão em flagrante, como exceção a esta regra, ainda gera um aumento da pena aplicada ao juiz ao infrator, em caso de condenação.

Esses flagrantes expostos estão previstos em lei, os flagrantes dispostos na doutrina são os mais variados, a saber: flagrante preparado, esperado, protelado e forjado; flagrante em crime permanente; flagrante em crime habitual; flagrante em crime continuado; flagrante de preso hospitalizado e inconsciente; e, por fim, flagrante em caso de apresentação espontânea.

O flagrante preparado (ou provocado), por sua vez, consiste na conduta de um terceiro provocador, geralmente um policial a paisana, que induz ou instiga alguém a cometer uma infração penal para posteriormente efetuar a prisão em flagrante. É inegável que esse tipo de flagrante é ilegal, uma vez que jamais poderia ter sido praticado voluntariamente pelo suposto infrator se não fosse a indução ou instigação de um provocador. Em razão disso a doutrina penalista entende se tratar aqui de um exemplo de crime impossível, de acordo com o artigo 17³⁴ do Código Penal, pelo fato da impossibilidade da consumação nesse caso. Nesse sentido é o inteiro teor do enunciado da Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal que diz “não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

³³ Art. 301, CTB. Ao condutor de veículo, nos casos de acidentes de trânsito de que resulte vítima, não se imporá a prisão em flagrante, nem se exigirá fiança, se prestar pronto e integral socorro àquela.

³⁴ Art. 17 CP. Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.

Sob o ponto de vista da ilegalidade o flagrante preparado se difere do flagrante esperado, pois neste inexistente a figura de um terceiro provocador. O terceiro existe geralmente um policial, mas não induz tampouco instiga outrem a praticar um delito. Ele sabe que em determinado local ocorrerá um delito e espera o seu acontecimento natural para efetuar a prisão em flagrante. Nesse caso, pois, a prisão em flagrante será considerada legal, salvo quando houver inobservância das hipóteses do artigo 302 do CPP, daí a necessidade de se examinar o caso concreto para aferição da legalidade da prisão em flagrante.

No flagrante protelado, também chamado prorrogado, postergado ou retardado, a atuação da autoridade policial é postergada para um momento mais propício, no sentido de viabilizar a obtenção de informações mais completas sobre a estrutura e o funcionamento de uma organização criminosa, bem como viabilizar a prisão de um maior número de pessoas envolvidas com essa atividade. Esse flagrante surgiu na Lei de combate ao crime organizado (Lei nº 9.034/95) que prevê a ação controlada entre os mecanismos de investigação policial³⁵ e, posteriormente, na Lei de Drogas³⁶ (Lei nº 11.343/06), embora haja posição divergente³⁷.

O flagrante forjado (arquitetado, arranjado), a seu turno, compreende a situação por parte de policiais ou particulares no sentido de forjarem, ou seja, forçarem um determinado flagrante de um crime inexistente com o escopo de responsabilizar juridicamente uma pessoa inocente. É o caso, por exemplo, do policial que pede ao motorista para sair do carro, para fim de fiscalizar o veículo e joga grande quantidade de drogas no interior do mesmo com o escopo de incriminar o motorista inocente pelo delito de tráfico de drogas. Perceba, pois, que se trata obviamente de um flagrante ilegal que deverá ser imediatamente relaxado pela

³⁵ Art. 2º, II, Lei nº 9.034/95: “A ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela 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”.

³⁶ Art. 53, Lei 11.343/06: “Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios: II - a não-atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível. Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, a autorização será concedida desde que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores.”

³⁷ Renato Marcão entende não há flagrante prorrogado na Lei de Drogas porque “o que a lei autoriza, sob as condições que impõe, é a não atuação policial, ou seja, mesmo diante de hipótese de flagrante delito, não ocorrerá a prisão. Haverá inquérito e ação penal, mas não haverá prisão em flagrante precedente.”

autoridade competente. A partir daí poderá gerar crime por parte do policial que praticou tal ato ilegal, podendo possivelmente configurar crime de abuso de autoridade, prevista na Lei nº 4.898/65 ou até mesmo denúncia caluniosa, prevista no artigo 339 do Código Penal.

Esse tipo de flagrante é extremamente complicado, pois parte-se do princípio da presunção de boa-fé do policial, logo jamais terá sua conduta, ainda que criminosa duvidosa. E é exatamente aqui que reside o perigo, pois injustiças acontecem no país por parte de qualquer classe, magistrados, médicos, advogados e, inclusive as de policiais. Nesse sentido, é de bom alvitre mencionar ensinamentos de MARCÃO (2012, p. 82):

Oportuno registrar, nesse passo, que o testemunho policial goza de presunção de credibilidade. Para restar destituído de valor probante é necessária a demonstração de motivo sério e concreto, não sendo suficiente mera alegação desacompanhada de elementos de convicção. Não havendo comprovação do ânimo de incriminar injustamente, é perfeitamente válido o acréscimo oriundo da prova resultante de depoimentos prestados por agentes policiais.

Corroborando com o exposto acima:

ABUSO DE AUTORIDADE - PENA ACESSÓRIA Constitui abuso de autoridade a detenção arbitrária e prepotente, sem as formalidades legais, e ainda a tortura do detido, cabendo, em tal caso, a aplicação da pena acessória de interdição de exercício de função pública, no distrito da culpa (TACRIM - SP - AC - Rel. Juiz Andrade Cavalcanti - JUTACRIM 72/298).

Na seara da teoria do delito, os crimes são classificados de diversas formas, a exemplo do sujeito passivo, ou seja, a qualidade daquele que pratica um determinado crime, como sendo comum ou próprio. Nesse contexto, no tocante ao critério da consumação, os delitos se dividem em instantâneos e permanentes. Instantâneos são aqueles cuja consumação se dá em um único momento, sem prorrogação temporal, como ocorre com o crime de homicídio e o crime de roubo, ao passo que os delitos permanentes são aqueles cuja consumação se protraí no tempo, ou seja, a consumação não ocorre num momento específico, instantâneo, mas sim ao longo do tempo, sendo o sequestro e cárcere privado e o tráfico de drogas, exemplos clássicos. Dito de outro modo, “no delito instantâneo (furto, injúria, etc.), a consumação ocorre em um momento certo, definido; no permanente, o momento consumativo é uma situação duradoura, cujo início não coincide com o de sua cessação (sequestro, cárcere privado, usurpação de função pública, etc.)”. (TOLEDO, 2007, p. 147).

Para ilustrar vale mencionar os ensinamentos de NUCCI (2006, p. 593) sobre o conceito de crime permanente:

Crimes permanentes são aqueles que se consumam com uma única conduta, mas o resultado tem a potencialidade de se arrastar por longo período, continuando o processo de consumação/execução da infração penal. Assim, aquele que sequestra determinada pessoa, enquanto a detiver em seu poder, cerceando sua liberdade, está em franca execução do crime. O delito consumou-se no momento da privação da liberdade, arrastando esse estado, pois continua a ferir o bem jurídico protegido. Logicamente por uma questão de bom senso, cabe prisão em flagrante a qualquer momento.

Nesse contexto o Código de Processo Penal sustenta em seu artigo 303 que em se tratando de infrações permanentes, o agente estará em flagrante delito enquanto não for cessada a permanência, o que traz como consequência a possibilidade de decretação de uma prisão pré-cautelar durante todo o período do iter criminis. De sorte que nesses casos não há necessidade de mandado judicial de busca domiciliar, por exemplo, em se tratando de tráfico de drogas, por ser considerado crime permanente.

De outro norte tem-se a situação do flagrante em crime habitual. Crime habitual é aquele que se consuma com a reiteração de atos. Logo um ato isolado, a exemplo do curandeirismo, do exercício ilegal da medicina, etc., é fato atípico. Para a existência deste é necessária a prática de vários atos num mesmo contexto fático. Diante disso, tem prevalecido na doutrina que é inadmissível a prisão em flagrante em se tratando de crime habitual, pois “a certeza visual do cometimento do delito jamais cobriria o conjunto de atos necessários para caracterização da reiteração de condutas.” (BADARÓ, 2012, p. 724). No mesmo sentido, NUCCI (2006, p. 594):

Uma única ação é irrelevante para o Direito Penal. Somente o conjunto se torna figura típica, o que é fruto da avaliação subjetiva do juiz, dependente das provas colhidas, para haver condenação. Logo inexiste precisão para determinar ou justificar o momento do flagrante. Diversamente, o crime permanente, com o qual é frequentemente confundido, consuma-se em uma única conduta, capaz de determinar o resultado, sendo que este arrasta-se sozinho, sem a interferência do agente, que se omite. Note-se o que ocorre com a pessoa possuidora em depósito de substância entorpecente: primeiramente, o agente coloca a droga em sua casa (ação). A partir daí, o resultado (ter em depósito) arrasta-se por si mesmo, sem novas ações do autor. Essa situação fática é completamente distinta daquela configuradora do delito habitual. Este, diferentemente do permanente, não é capaz de gerar estado de flagrância, até porque a reiteração de atos é justamente a

construtora da sua tipicidade, não se tratando de prolongamento da consumação.

Embora a maioria da doutrina e jurisprudência entenda pela inadmissibilidade da prisão em flagrante em crimes habituais, MARCÃO (2012, p. 89), entende que é possível por três razões:

1ª) Não pode se considerar indiferente a ação isolada que necessariamente deve integrar o todo. Vale dizer: sem a soma das ações isoladas não se pode chegar ao todo: à afirmação que houve crime, e isso basta para evidenciar a relevância das ações ditas isoladas; 2ª) Há que se considerar, ainda, que as ações parcelares, em verdade, não são nem podem ser verdadeiramente entendidas como isoladas, haja vista que somente a soma destas mesmas ações, que devem ser praticadas num mesmo contexto (embora em momentos distintos), com o mesmo objetivo, e, portanto, interligadas entre si, é que irá justificar o reconhecimento do crime habitual; 3ª) Admitir que a ação isolada é indiferente ao Direito Penal implicaria jamais poder afirmar o momento em que o crime habitual se consuma, o que evidentemente tem consequências contrárias ao bom senso.

Com a devida vênia, tal entendimento não merece prosperar, pois nada melhor do que analisar o caso concreto para se aferir a admissibilidade ou não da prisão em flagrante em delitos habituais, pois caso seja possível comprovar a habitualidade não há que se falar em inadmissibilidade da prisão em flagrante. Assim “não se negaria a situação de flagrância no caso da prisão de responsável por bordel onde se encontram inúmeros casais para fim libidinoso, de pessoa que exerce ilegalmente a medicina quando se encontra atendendo vários pacientes” (MIRABETE, 2004, p. 406), por exemplo.

Ainda, no contexto doutrinário, tem-se a hipótese de prisão em flagrante em crime continuado. O artigo 71 do Código Penal define crime continuado como sendo a prática por parte do agente de mais de uma ação ou omissão, constituindo dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devendo os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro. Nesse caso, será aplicada a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços. De sorte que, para efeitos de prisão em flagrante, cada um desses delitos porventura praticados será considerado isoladamente e, portanto, passível de prisão em flagrante.

A existência de continuidade delitiva, não influencia na prisão em flagrante propriamente dita, porém “renderá implicações em termos de competência jurisdicional, haja vista a determinação contida no art. 71 do CPP, além daquelas relativas à pena a ser aplicada em caso de condenação”, conforme prescreve MARCÃO (2012, p. 91).

Lado outro, o que dizer do suspeito preso, mas que por alguma razão fica impossibilitado de comparecer de imediato à Delegacia de Polícia para que seja lavrado o auto de prisão em flagrante? Nessa situação, deverá ser obedecida a regra do artigo 304, parágrafo 3º do Código de Processo Penal, segundo o qual o auto de prisão será feito da mesma maneira, porém assinado por duas testemunhas, que tenham ouvido sua leitura na presença deste. É o que acontece, por exemplo, quando o preso sofre algum trauma ou acidente logo após a prática delituosa e fica hospitalizado em estado de coma por algum tempo.

De outra banda, e aquele réu que acaba de praticar um delito e comparece espontaneamente à Delegacia de Polícia para confessar o referido crime, deverá ser preso em flagrante? Antes da reforma do Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403/11, existia um capítulo IV denominado “Da apresentação espontânea do acusado” e o correspondente artigo 317 o qual preceituava que a apresentação espontânea do acusado à autoridade não impediria a decretação da prisão preventiva nos casos em que a lei autorizava. Essa leitura literal do dispositivo permitia na época o entendimento de que não era cabível a prisão em flagrante nessa situação, fazendo uma analogia, já que o dispositivo não preceituava. Hoje o entendimento não é bem esse, embora na sua essência o seja. Pelo CPP atual não há regra nesse sentido, logo pode-se extrair apressadamente que a apresentação espontânea do réu à Delegacia de Polícia logo após a prática delituosa não impede a lavratura do flagrante. Porém, ainda assim merece uma ressalva tal entendimento, pois, caberá prisão em flagrante, se presentes as hipóteses de cabimento do artigo 302 do CPP, pois, caso contrário, não será possível. E, diga-se de passagem, mesmo diante de uma prisão em flagrante, ela não poderá durar mais de 24 horas, tendo em vista a regra dos artigos 306 e 310 do mesmo Estatuto. Caso seja convertida em prisão preventiva, deverá anteriormente ser verificada a possibilidade de decretação de alguma medida cautelar prevista no artigo 319 do CPP, haja vista que atualmente a prisão preventiva se tornou a *ultima ratio*.

Por fim, uma vez feita a prisão em flagrante, parte-se para o procedimento de lavratura do auto de prisão em flagrante. Segundo MARCÃO (2012, p. 100), “a prisão em flagrante compreende quatro momentos distintos: 1º) captura; 2º) condução; 3º) lavratura do auto de prisão em flagrante; e 4º) recolhimento do autuado ao cárcere.” A captura consiste na detenção do suspeito quando este pratica uma infração penal, em alguma das situações de flagrância do artigo 302 do CPP, ao passo que a condução, traduz o ato de conduzir o preso até a Delegacia de Polícia que, se entender conveniente e necessário, procederá ao próximo ato que é justamente a lavratura do auto de prisão em flagrante, nos moldes do artigo 306 do CPP já mencionado anteriormente.

O auto de prisão em flagrante consiste na verdadeira formalização daquela prisão do suspeito, devendo ser observada a regra do artigo 304 do CPP, qual seja, ouvirá o delegado o condutor, colhendo sua assinatura, em seguida procederá à oitiva da vítima e das testemunhas que o acompanharam, bem como interrogará o conduzido sobre a imputação que lhe é feita, colhendo após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando a final o auto. Essa ordem deverá ser necessariamente obedecida, sob pena de nulidade e relaxamento de prisão em flagrante, uma vez que perturba o interrogatório do conduzido.

Não existe prazo determinado pelo CPP para a lavratura do auto de prisão em flagrante, porém por expressa previsão nos artigos 306, parágrafos 1º e 2º³⁸ e 310, inciso II³⁹, ambos do CPP, resta fácil concluir que o prazo máximo para a formalização da prisão em flagrante, mediante o auto de prisão, bem como sua comunicação ao juiz competente é, portanto, de vinte e quatro horas. Em razão disso é fácil concluir pela inexistência de prisão em flagrante que dure mais de vinte e quatro horas, embora possa raramente ocorrer, por força do artigo 308 do CPP, ou seja, quando não houver autoridade no lugar em que se tiver efetuado a prisão, devendo o preso ser apresentado à autoridade do lugar mais próximo.

³⁸ Art. 306, CPP: “A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). § 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). § 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).”

³⁹ Art. 310, CPP: “Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão.”

No que tange ao uso das algemas, o artigo 284 do CPP é incontestado: “Não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso.”. Esse artigo já existia antes da reforma de 2011, através da Lei nº 11.403, porém, não obstante a esse regramento infraconstitucional e, diante de inúmeros abusos que continuavam acontecendo na captura dos suspeitos pelas autoridades competentes, como a violação dos direitos fundamentais da integridade física e moral dos detentos e do estado de inocência, foi necessário que o Supremo Tribunal Federal editasse o enunciado da Súmula Vinculante nº 11 a fim de esclarecer de uma vez por todas os impasses de interpretação do artigo 284 do CPP: “Só é lícito o uso de algemas em casos 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.”.

Hoje, portanto, após o advento dessa súmula vinculante, para que seja utilizada as algemas é necessária fundamentação expressa no conteúdo do auto de prisão em flagrante, sob pena de nulidade e, por conseguinte, relaxamento de prisão em flagrante por parte do juiz, de ofício, ou a pedido do advogado do preso. Apesar disso, entende-se criticamente que essa súmula não resolveu muito, embora seja vinculante, pois continua sendo abstrata e ambígua a depender do caso concreto.

É claro que abusos ainda vão ocorrer, pois a autoridade policial possui credibilidade e fé-pública e, diante de uma apreensão, ela pode muito bem justificar o uso de algemas sem na verdade existir a necessidade destas, afinal, quem vai duvidar de um policial em detrimento de um suposto delinquente? A sociedade é extremamente preconceituosa, pois prefere simplesmente acreditar na palavra de um policial ou de um particular que faz a captura de um suspeito do que investigar o porquê de uma prisão contra alguém e quem seja esse “alguém”, em verdadeira violação ao princípio constitucional do estado de inocência.

2.3.2 Prisão Temporária

A prisão temporária é a única prisão cautelar que não está prevista no Código de Processo Penal, pois encontra fundamento na Lei nº 7.960/89. Trata-se de uma espécie de

prisão provisória que tem por escopo restringir a liberdade de locomoção de alguém por tempo determinado, para garantir as investigações sobre certos crimes previstos na lei.

Ao contrário da prisão preventiva que ainda será falada, ela não exige prova da materialidade tampouco indícios de autoria, servindo tão somente para as investigações pré-processuais, motivo pelo qual tem prazo determinado em lei, qual seja, de cinco dias, podendo ser prorrogável por igual período, em se tratando de crime comum, ou de trinta dias, podendo ser também prorrogável por igual período em se tratando de crimes hediondos ou equiparados a hediondos. Essa prorrogação não é automática, tampouco pode ser autorizada no despacho inicial de decretação.

Da mesma forma, findo o prazo da temporária, com ou sem prorrogação, o preso deverá ser imediatamente posto em liberdade, conforme reza o artigo 2º, parágrafo 7º, sob pena de abuso de autoridade por parte de quem o detiver na prisão. Talvez seja por esta razão que, na prática os magistrados preferem ao receber um pedido de prisão temporária por parte dos delegados, ignorar tal pedido e já decretar de ofício uma prisão preventiva que não possui prazo, presentes os seus requisitos legais. Isso porque, como o preso deve ser imediatamente solto, depois de transcorrido o prazo legal da temporária, corre-se o risco de ele se livrar solto e desaparecer, inviabilizando a futura prisão preventiva.

Em verdade, a prisão temporária trata-se de uma prisão para averiguação que existia no passado não muito remoto e hoje, após o advento da Constituição Brasileira, notadamente, da evolução dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, não existe mais pelo menos formalmente. Apesar disso, ela ressurgiu com outra nomenclatura e sob a égide da Lei nº 7.960/89. Essa lei é até hoje contestada em razão de sua constitucionalidade, pois foi criada através da medida provisória nº 111 de 24 de novembro de 1989 e, segundo o artigo 62, parágrafo 1º da Constituição Federal atual é vedada a edição de medidas provisórias para tratar, dentre outros assuntos, de direito processual penal e direito penal. Logo essa lei é inconstitucional, pois possui um vício formal objetivo, uma vez que a lei violou normas do processo legislativo constitucional. Entretanto ela continua vigorando até hoje.

Apesar das críticas, é uma espécie de prisão interessante e muito importante para a elucidação, principalmente de delitos mais graves, porém se for usada de maneira desarrazoada e desnecessária, gerará ofensa aos direitos fundamentais, notadamente ao

princípio constitucional do estado de inocência, bem como o direito fundamental à liberdade individual. Caso seja usada de maneira indiscriminada colocará “em risco sua própria existência ou sobrevivência, já que não são poucos os que passaram a defender sua incompatibilidade com o Estado de Direito” (MARCÃO, 2012, p. 208).

Segundo o artigo 2º da Lei nº 7960/89, a prisão temporária será decretada pelo Juiz mediante representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público. E, caso seja decretada através de representação da autoridade policial, o Juiz, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público. Perceba, pois, que, diferentemente da prisão preventiva que ainda será mencionada, a temporária jamais poderá ser decretada pelo juiz de ofício, mas sim conforme já dito, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público.

O Código de Processo Penal faz uma tremenda confusão com as terminologias “representação” e “requerimento”. É sabido que “representação” traduz uma condição de procedibilidade da ação penal pública. Tem o sentido de “requerer, demonstrando aquiescência a algo, que, no processo penal, se reflete na autorização fornecida ao Ministério Público para a propositura da ação penal contra o infrator” (NUCCI, 2006, p. 148). Não obstante seu verdadeiro significado, a representação exigida pelo dispositivo refere-se apenas a uma “simples sugestão formulada pelo delegado” (MARCÃO, 2012, p. 215). Lado outro, restaria à expressão “requerimento”, a contrário sensu, o sentido de solicitação, de pedido, de quem for parte interessada no processo, logo em se tratando de ação penal pública, o próprio Parquet.

Fazendo uma leitura apressada do parágrafo 2º do artigo 282 do Código de Processo Penal, entende-se equivocadamente que o juiz também poderia decretar a prisão temporária de ofício, uma vez que referido dispositivo permite que o juiz o faça em se tratando de medidas cautelares:

Art. 282, § 2º, CPP: As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

Esse entendimento é errôneo, conforme dito, pois o próprio dispositivo esclarece que, “no curso da investigação criminal”, o juiz somente poderá decretar as medidas cautelares,

entenda-se prisão temporária, por representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público. Ademais, a prisão temporária não está regulamentada no Código de Processo Penal, logo o artigo 282 deverá ser aplicado às medidas cautelares previstas no CPP, notadamente no Título IX, Livro I. A referida prisão está, portanto, regulamentada na Lei nº 7.960/89.

Ao receber os autos para apreciação do pedido de decretação de temporária, o juiz deverá, segundo o parágrafo 2º do artigo 2º da referida lei, prolatar decisão fundamentada num prazo máximo de vinte e quatro horas a partir do recebimento da representação ou do requerimento. Tal dispositivo é razoável e bem vindo tendo em vista a natureza do direito fundamental à liberdade, bem como o princípio do estado de inocência que devem ser sempre observados em se tratando de Estado Democrático de Direito.

Como forma de assegurar o referido prazo a própria lei determina em seu artigo 5º a obrigatoriedade da existência de plantão permanente de vinte e quatro horas do Poder Judiciário e do Ministério Público em todas as comarcas e seções judiciárias do país para apreciação dos pedidos de prisão temporária.

Depois de decretada a prisão temporária, deverá ser expedido mandado de prisão em duas vias, sendo uma entregue ao preso que servirá como nota de culpa⁴⁰. O mandado se torna indispensável para a decretação da prisão, conforme exigência do artigo 5º, inciso LXI da Constituição Federal⁴¹.

Ato contínuo deverá a autoridade policial informar ao preso seus direitos constitucionais⁴², a exemplo da obrigatoriedade de comunicação de sua prisão ao juiz competente e à sua família ou pessoa por ele indicada⁴³ e do direito ao silêncio, à assistência da família e de defesa técnica por advogado⁴⁴, todos consubstanciados no direito fundamental à liberdade e no estado de inocência.

⁴⁰ Art. 2º, §5º da Lei nº 7.960/89.

⁴¹ Art. 5º, inciso LXI, CF/88: “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”.

⁴² Art. 2º, § 6º da Lei nº 7.960/89

⁴³ Art. 5º, inciso LXII, CF/88.

⁴⁴ Art. 5º, inciso LXIII, CF/88.

Sendo presos jamais poderão ser mantidos encarcerados juntamente com os presos definitivos, conforme reza o artigo 2º, parágrafo 6º da Lei da Prisão Temporária.

Nada impede, por exemplo, que o juiz, de ofício, a requerimento do Ministério ou do Advogado, solicite informações e esclarecimentos a qualquer momento para a autoridade policial, determine que o preso lhe seja apresentado ou submeta-o a exame de corpo de delito, no caso de ter sido vítima de abusos e torturas.

Findo o prazo da temporária, com ou sem prorrogação, o preso será imediatamente posto em liberdade, sem necessidade de expedição de alvará de soltura, salvo já tenha sido decretada em seu desfavor a prisão preventiva⁴⁵.

Mas, afinal, quando o juiz poderá decretar uma prisão temporária e por quais motivos, ou melhor, em razão de quais delitos? A Lei nº 7.960/89 enumera um rol exemplificativo⁴⁶ de crimes que permitem a prisão temporária. São eles:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

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, 2º e 3º);
- 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) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único);
- i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);
- j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);

⁴⁵ Art. 2º, § 7º, da Lei nº 7.960/89.

⁴⁶ Rol exemplificativo porque o artigo 2º, § 4º da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90) determina o cabimento de prisão temporária em relação aos crimes hediondos e assemelhados (Tortura, Terrorismo e Tráfico de Drogas). Apesar disso existe opinião contrária (Aury Lopes Jr), para quem acredita ser taxativo o rol do artigo 1º, inciso III da referida lei: “A lei nº 7.960 enumera 14 crimes, que vão do homicídio doloso aos crimes contra o sistema financeiro. É um rol bastante amplo e abrangente e, importante frisar, taxativo. É pacífico que a prisão temporária por crime que não esteja previsto naquele rol do inciso III é completamente ilegal, devendo imediatamente ser relaxada. Assim, é ilegal a prisão temporária por homicídio culposo, estelionato, apropriação indébita, sonegação fiscal, falsidade documental, etc.” (LOPES JR, 2012, p. 880).

- l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
- m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas;
- n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);
- o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

Apesar desse rol, somente será decretada a temporária, segundo a lei, quando ela se revelar imprescindível para as investigações do inquérito policial ou quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade. Dessa forma, não basta estar prevista no rol do artigo 1º, inciso III, mas também ser extremamente necessária para a elucidação do fato criminoso, em sede pré-processual. Dito de outro modo deve-se associar os incisos I e II com o respectivo inciso III do artigo 1º da Lei nº 7.960/89.

Nesse sentido, prescreve BADARÓ (2012, p. 749):

Os incisos I e II representam as hipóteses de *periculum libertatis*: o primeiro como uma garantia instrumental e o segundo como uma garantia final. Já o *fumus commissi delicti* encontra-se previsto no inciso III, que, aliás, traz o rol dos crimes que admitem a prisão temporária. Assim, para que a prisão seja legítima, deverá haver a conjugação do inciso III com o inciso I, ou do inciso III com o inciso II. Obviamente, se os três incisos estiverem presentes, a prisão será cabível. Por outro lado, a presença isolada de qualquer dos incisos não autoriza a prisão.

Além disso, referido rol deve ser relido por conta da Lei nº 12.403/11 que alterou substancialmente o Código de Processo Penal sob o ponto de vista da prisão e da liberdade provisória. Referida lei ao dar nova redação ao artigo 313 do CPP cria uma limitação à restrição cautelar à liberdade de locomoção de alguém, isto é, somente será preso hoje pelo ordenamento jurídico brasileiro, aquele que pratica crime cuja pena privativa de liberdade em abstrato seja superior a quatro anos. Portanto, o rol da Lei da Prisão Temporária, deve ser reconstruído à luz dessa determinação infraconstitucional que, apesar disso, encontra respaldo na própria Constituição Federal sob a perspectiva dos direitos e garantias fundamentais, notadamente do direito fundamental à liberdade de locomoção e ao estado de inocência. Assim, delitos como a formação de quadrilha ou bando (art. 288 CP) e sequestro ou cárcere privado na sua forma simples (art. 148, caput, CP) não são mais passíveis de prisão temporária.

Ademais o delito de atentado violento ao pudor e rapto também não existem mais como tipos penais autônomos, conforme alterações legislativas no Código Penal, logo inaplicável a prisão temporária a eles.

Também não se aplica a temporária em crime de homicídio culposo, disposto no artigo 121, parágrafo 3º e doloso privilegiado, previsto no artigo 121, parágrafo 1º, ambos do Código Penal.

Questão interessante que se coloca é o “novo” tipo penal denominado “sequestro relâmpago”, previsto no artigo 158, parágrafo 3º do Código Penal, que pune a conduta daquele que subtrai mediante violência ou grave ameaça à vítima, se valendo da restrição da liberdade desta. Fazendo uma leitura literal do dispositivo e concluindo pela taxatividade do rol do artigo 1º, inciso III da Lei nº 7.960/89, não é possível incluir aquele tipo penal aqui, porém, conforme já fora dito, requerido rol é exemplificativo, pois existem outros crimes atrelados a ele que também são abrangidos pela possibilidade de aplicabilidade da prisão temporária, sem necessariamente constituir analogia in malam partem. Isso é compreensível tendo em vista que tal tipo penal foi criado apenas em 2009 (Lei nº 11.923) e a Lei da Temporária é de 1989.

2.3.3 Prisão Preventiva

A prisão preventiva é a verdadeira e legítima prisão cautelar, pois consiste na “ingerência mais grave na liberdade individual” (ROXIN, 2000, p. 258), uma vez que restringe o direito fundamental de liberdade de locomoção a fim de assegurar a persecução criminal. É a prisão “por excelência” (BADARÓ, 2012, p. 730) e a mais polêmica e problemática de todas. Muitos a consideram um mal necessário⁴⁷, outros uma aberração jurídica que afronta o princípio constitucional do estado de inocência dentre outros direitos fundamentais⁴⁸. De um modo ou de outro, ela deve “necessariamente preceder a declaração jurídica do delito” (BECCARIA, 2012, p. 24), tendo em vista que não pode ser admitida senão quando preenchidos os requisitos legais, associados à prova da materialidade, indícios de autoria, bem como a demonstração de perigo da liberdade do suposto réu.

⁴⁷ A exemplo de Renato Barão Varalda.

⁴⁸ A exemplo de Aury Lopes Jr.

Diferentemente da temporária, a preventiva não possui prazo de duração, embora tenha havido uma tentativa por parte da Lei nº 12.403/11 de incluir o prazo de cento e oitenta dias para a prisão preventiva. Ela pode ser decretada tanto na fase de investigação quanto na fase processual e está regulamentada no Código de Processo Penal, mais precisamente no Título IX e Capítulo III.

A preventiva também se difere da prisão em flagrante, embora o artigo 310, inciso II do Código de Processo Penal, obrigue o juiz quando não for o caso de relaxamento de prisão ilegal, converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do artigo 312 do mesmo Estatuto, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão. Fazendo uma leitura apressada do dispositivo, pode-se concluir erroneamente que a prisão em flagrante torna-se um pressuposto para a decretação da prisão preventiva, o que não é verdade. Uma não depende da outra, ao contrário são autônomas e com requisitos distintos. Nesse sentido, MARCÃO (2012, p. 131) afirma que a expressão ‘conversão’ da prisão em flagrante em preventiva é incorreta, “visto que na hipótese o que ocorre é mesmo a ‘decretação’ da prisão preventiva, enquadrando-se a situação na modalidade de prisão preventiva autônoma ou tradicional”.

A Lei nº 12.403/11 alterou significativamente essa modalidade de prisão provisória, se aproximando mais do disposto nos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, no sentido de firmar o entendimento de que a regra no Brasil é a liberdade e a exceção, a prisão (pelo menos se espera que seja assim).

Referida lei incluiu o parágrafo 6º no artigo 282 para afirmar que a prisão preventiva só será aplicável de maneira subsidiária, ou seja, somente quando não cabíveis outras medidas cautelares a exemplo da fiança e da proibição de acesso ou frequência a determinados lugares.

2.3.3.1 A competência para a decretação da Prisão Preventiva

A prisão preventiva decorre de decisão judicial motivada⁴⁹e, conforme dito pode ser decretada tanto na fase pré-processual (de investigação preliminar) quanto na fase processual, desde que presentes os requisitos previstos em lei. Nesse último ponto se difere da prisão

⁴⁹ Art. 315 CPP: “A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).”

temporária, uma vez que esta somente pode ser decretada na fase pré-processual da persecução criminal.

De acordo com o artigo 311 do Código de Processo Penal, ela pode ser decretada a qualquer momento da fase da investigação policial ou do processo penal, pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público (titular da ação penal pública), querelante (titular da ação penal privada) ou do assistente, ou, ainda, mediante representação da autoridade policial. Referido dispositivo foi alterado pela Lei nº 12.403/11 que substituiu a antiga expressão “inquérito policial ou instrução criminal” por “investigação policial ou processo penal”, ampliando a abrangência da prisão preventiva. Isso foi possível em razão do parágrafo 2º do artigo 282 do CPP (também incluído pela Lei nº 12.403/11) que preceitua “As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, *quando no curso da investigação criminal*, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público” (grifo nosso).

Sobre a possibilidade de decretação da prisão preventiva pelo magistrado, de ofício no curso da ação penal, NUCCI (2006, p. 607) tece comentário interessante que merece ser transcrito nesse trabalho a título de enriquecimento e amadurecimento jurídico:

É mais uma mostra de que o juiz, no processo penal brasileiro, afasta-se de sua posição de absoluta imparcialidade, invadindo seara alheia, que é a do órgão acusatório, decretando medida cautelar de segregação sem que qualquer das partes, envolvidas no processo, tenha solicitado. Insistimos, pois, que o nosso sistema de processo é misto, ou, como bem definiu Tornaghi, inquisitivo garantista. Contra essa decisão cabe a impetração de Habeas Corpus.

Em arremate, BADARÓ (2012, p. 732) comenta a alteração da lei no sentido de limitar a decretação da preventiva pelo juiz de ofício apenas no decorrer da ação penal:

A restrição é correta. À luz de um processo penal acusatório, em que haja clara separação das funções, não se deve admitir que o juiz tenha poderes para decretar medidas cautelares ex officio, principalmente no curso da investigação, quando sequer há imputação formulada pelo Ministério Público ou querelante. Se o juiz, em tal contexto, decretasse uma prisão, comprometeria, inevitavelmente, sua imparcialidade.

E continua afirmando:

A mudança, contudo, deveria ser mais ampla, impedindo, também, que no curso do processo, o juiz pudesse decretar a prisão preventiva de ofício. Ainda que em tal momento já haja denúncia ou queixa, mesmo assim o risco de perda da imparcialidade é muito grande, sendo melhor impedir totalmente tal possibilidade.

Nesse aspecto, com a devida vênia, não se deve concordar com o referido doutrinador, pois defender a absoluta imparcialidade do magistrado é algo bonito, utópico e inatingível, haja visto que é impossível se deparar com um juiz totalmente imparcial. Ele é antes de qualquer coisa, um ser humano dotado de razão, emoção, experiências vividas e opiniões próprias e isso, inevitavelmente, acaba por contaminar as suas decisões, ainda que respaldadas na lei, numa leitura extremamente positivista e kelseniana. Ou seja, isso na prática é impossível e, tratando-se de legislação, o próprio artigo 156 do Código de Processo Penal⁵⁰, trouxe uma nova versão do Poder Judiciário brasileiro, notadamente sobre o papel do juiz no processo. Ele não será mais um mero espectador escondido atrás do escudo da imparcialidade, mas sim tomará atitudes e buscará provas para formular seu convencimento ainda que de forma imparcial. Se o juiz tende, por exemplo, a condenar um suposto réu, ele vai buscar provas nesse sentido. Perceba, pois, que sua opinião já está previamente formada e só será concretizada mediante a busca de provas direcionada nesse sentido.

2.3.3.2 Dos Requisitos fundamentadores da Prisão Preventiva

Segundo o artigo 312 do Código de Processo Penal, serve a preventiva para garantir a ordem pública, a ordem econômica, a conveniência da instrução criminal, bem como para assegurar a aplicação de futura lei penal, desde que estejam presentes os pressupostos da cautelaridade processual penal, quais sejam *fumus commissi delicti* e, sobretudo, *periculum in libertatis*, isto é, a prova da materialidade, indícios suficientes de autoria e o perigo que o réu representa para a sociedade e vítima ficando em liberdade, ou ainda em caso de descumprimento por parte deste de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares⁵¹. Nesse sentido, esclarecedoras as sábias palavras de MARCÃO (2012, p. 128):

⁵⁰ Art. 156, CPP: A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008): I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

⁵¹ Art. 282, § 4º CPP.

Observado que o art. 312, caput, do CPP, apresenta quais são os pressupostos e as circunstâncias autorizadoras da prisão preventiva, o *fumus commissi delicti* nada mais é do que a fumaça de um bom direito, legitimador da medida extrema, ao passo que o *periculum libertatis* diz, em outras palavras, que a medida deve ser adotada com brevidade, sem tardança, pois há perigo na demora.

Esses fundamentos do artigo 312 são altamente subjetivos e por esse motivo ficam, na maioria das vezes, à mercê da discricionariedade do juiz, uma vez que não encontram definição legal, tampouco jurisprudência pacífica sobre o tema. Isso é compreensível, pois, na verdade, o que é garantia da ordem pública? Quais situações estão incluídas pela expressão “ordem pública”? Vejam o problema desse requisito, pois ele autoriza a restrição do direito fundamental da liberdade que, diga-se de passagem, trata-se de uma cláusula pétrea, para garantir simplesmente uma “ordem pública” sem definição, tampouco precisão na delimitação do tema. Da mesma maneira, o que é garantia da ordem econômica e da conveniência da instrução criminal? E mais, qual medida se enquadraria como autorizadora de uma preventiva para assegurar uma futura aplicação da lei penal? Fazendo uma leitura apressada voltada para o objetivo de processo criminal, serve ele justamente para assegurar futura aplicação da legislação penal, mas isso é sempre ou poderiam ser excluídas algumas situações?

A garantia da ordem pública é a expressão mais ampla e mais usada pelos magistrados para justificar a decretação de uma prisão preventiva. Conforme dito, não possui definição legal e a “ausência desse referencial semântico seguro para a expressão coloca em risco a liberdade individual” (BADARÓ, 2012, p. 733). Geralmente vários fatores são levados em conta pela jurisprudência, tais como repercussão social, clamor público, gravidade do delito, periculosidade do réu, preservação da integridade física do acusado etc. que colocam em xeque a credibilidade da justiça. Esse fundamento serve como prevenção geral e especial, representando castigo para o réu, de modo a evitar sua reiteração criminosa, bem como exemplo para a sociedade para que outras pessoas não ajam dessa maneira. E é aqui que reside o grande problema, uma vez que esse tipo de argumento acaba dando lugar à antecipação de pena, não condizente com a natureza cautelar dessa prisão provisória.

Segundo NUCCI (2006, p. 608):

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.

Como repercussão social e clamor público entende-se o abalo emocional que o crime causa na sociedade, notadamente feito pelo sensacionalismo da mídia que se revela como importante instrumento formador de opinião. A sociedade repudia a conduta criminoso praticada por alguém, em razão da intranquilidade social causada pelo crime ao ponto de colocar em risco as instituições democráticas⁵². Esses fatores se revelam perigosos e, em algumas situações, injustos e incapazes de fundamentar uma prisão preventiva, pois, conforme dito, a essa espécie de prisão cautelar não pode configurar antecipação de pena privativa de liberdade. Associada a isso, a gravidade do delito em abstrato também jamais poderá servir de parâmetro para fundamentar uma preventiva, embora existam inúmeras posições em contrário⁵³.

Nesse diapasão, o Superior Tribunal de Justiça se manifestou:

O clamor público, por não estar entre as causas justificadas de custódia preventiva, deve ser analisado com os devidos cuidados, para se evitar injustiças, assim, ausentes os demais pressupostos autorizadores da medida inadmissível a sua decretação (STJ, HC 4.926-SP, 5ª T., j. 8-10-1996, rel. Min. Edson Vidigal, DJU de 20-10-1997, RT 750/567).

Corroborando com tal entendimento, têm-se o seguinte entendimento do Supremo Tribunal Federal:

1. PRISÃO PREVENTIVA. Medida cautelar. Natureza instrumental. **Sacrifício da liberdade individual. Excepcionalidade.** Necessidade de se ater às hipóteses legais. Sentido do art. 312 do CPP. Medida extrema que implica sacrifício à liberdade individual, a prisão preventiva deve ordenar-se com redobrada cautela, à vista, sobretudo, da sua função meramente instrumental, enquanto tende a garantir a eficácia de eventual provimento definitivo de caráter condenatório, bem como perante a garantia constitucional da proibição de juízo precário de culpabilidade, devendo

⁵² STJ, HC 32.067/RS, 6ª T., rel. Min. Paulo Medina, DJU de 13-06-2005.

⁵³ STF, RHC 11.8002/RJ, rel. Min. Carmen Lucia, Publicado em 10/09/2013: **Ementa:** RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO E ROUBO. PRISÃO PREVENTIVA. **GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA** E APLICAÇÃO DA LEI PENAL. RECORRENTE FORAGIDO. 1. Este Supremo Tribunal assentou que a gravidade concreta do crime, o modus operandi da ação delituosa e a periculosidade do agente respaldam a prisão preventiva para a **garantia da ordem pública**. Precedentes. 2. Tem-se a necessidade da prisão preventiva para resguardar a aplicação da lei penal quando, expedido mandado de prisão há mais de três anos, o Recorrente não é encontrado, estando foragido. 3. Recurso ao qual se nega provimento.

fundar-se em razões objetivas e concretas, capazes de corresponder às hipóteses legais (*fattispecie abstratas*) que a autorizem. 2. AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. **Decreto fundado na gravidade do delito, a título de garantia da ordem pública. Inadmissibilidade. Razão que não autoriza a prisão cautelar. Constrangimento ilegal caracterizado. Precedentes. É ilegal o decreto de prisão preventiva que, a título de necessidade de garantir a ordem pública, se funda na gravidade do delito.** 3. AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Decreto fundado na necessidade de restabelecimento da ordem pública, abalada pela gravidade do crime. Exigência do clamor público. Inadmissibilidade. Razão que não autoriza a prisão cautelar. Precedentes. É ilegal o decreto de prisão preventiva baseado no clamor público para restabelecimento da ordem social abalada pela gravidade do fato. 4. AÇÃO PENAL. Homicídio doloso. Júri. Prisão preventiva. Decreto destituído de fundamento legal. Pronúncia. Silêncio a respeito. Contaminação pela nulidade. Precedentes. Quando a sentença de pronúncia se reporta aos fundamentos do decreto de prisão preventiva, fica contaminada por eventual nulidade desse e, a fortiori, quando silencie a respeito, de modo que, neste caso, é nula, se o decreto da preventiva é destituído de fundamento legal. 5. AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Motivação ilegal e insuficiente. Suprimento da motivação pelas instâncias superiores em HC. Acréscimo de fundamentos. Inadmissibilidade. Precedentes. HC concedido. Não é lícito às instâncias superiores suprir, em habeas corpus ou recurso da defesa, com novas razões, a falta ou deficiência de fundamentação da decisão penal impugnada (STF, HC 87041 / PA - PARÁ HABEAS CORPUS. Relator: Min. CEZAR PELUSO. Julgamento: 29/06/2006 – grifo nosso).

HABEAS CORPUS. PEDIDO DE EXTENSÃO DA ORDEM CONCENDIDA A CORRÉU. ART. 580 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INDEFERIMENTO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PEDIDO DE EXTENSÃO DEFERIDO. I – No caso sob exame, o indeferimento do pedido de liberdade provisória formulado pelo ora requerente também se fundou na necessidade de se preservar a ordem pública em razão da gravidade abstrata dos delitos e por conveniência da instrução criminal, fazendo-se alusão, ainda, à hediondez do crime de tráfico, fundamentos insuficientes para manter o requerente na prisão. II – **Segundo remansosa jurisprudência desta Corte, não basta a gravidade do crime e a afirmação abstrata de que os réus oferecem perigo à sociedade e à saúde pública para justificar a imposição da prisão cautelar. Assim, o STF vem repelindo a prisão preventiva baseada apenas na gravidade do delito, na comoção social ou em eventual indignação popular dele decorrente, a exemplo do que se decidiu no HC 80.719/SP, relatado pelo Ministro Celso de Mello.** III – Requerente que se encontra em situação fático-processual idêntica à do paciente beneficiado neste writ (Valdecir), pois ambos foram condenados pelos delitos de tráfico ilícito de drogas e associação para o tráfico, o que faz incidir o art. 580 do Código de Processo Penal. IV – Extensão da ordem concedida para colocar o ora requerente em liberdade provisória, devendo ser expedido o respectivo alvará de soltura somente se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que o magistrado de primeiro grau, caso entenda necessário, fixe, de forma fundamentada, uma ou mais de uma das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal (na redação conferida pela Lei

12.403/2011). (STF, HC 110132/SP 2ª T. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento em 16/10/2012 – grifo nosso).

A necessidade da segregação cautelar também pode ser fundamentada na garantia da ordem pública em razão da periculosidade do recorrente, caracterizada pelo *modus operandi*, ante a gravidade inusitada do delito. Embora presente em vários julgados⁵⁴, também se revela insuficiente e injusto, tendo em vista que os maus antecedentes do réu, não bastam para embasar a custódia cautelar. É preciso, pois, associá-lo com outros fatores como pelas circunstâncias em que o delito foi cometido.

Comumente a prisão preventiva também é decretada para assegurar a ordem pública, porém sob outro viés, qual seja a de preservar e proteger a integridade física e a vida do acusado, diante de ameaças de linchamento, por exemplo. Apesar de louvável e de aparente justiça, inconcebível esta prática, uma vez que macula o direito fundamental de liberdade. Em nenhuma situação uma pessoa pode ser protegida em troca da restrição da sua liberdade de locomoção.

Nessa perspectiva, BADARÓ (2012, p. 734) sintetiza esse entendimento de maneira correta:

Trata-se de evidente abuso e ilegalidade. O Estado falha no seu dever de assegurar a integridade física e a vida de todo e qualquer cidadão, inclusive aquele que está sendo acusado de um delito, e quem paga pelo inadimplemento estatal é o próprio acusado.

De toda sorte, mesmo que presentes tais fundamentos eles jamais poderão servir de fundamento para firmar a credibilidade da justiça, relegando a segundo plano o direito fundamental de liberdade. Ou seja, não pode o magistrado decretar uma prisão preventiva apenas porque o caso envolve um grande clamor social envolvendo pessoas de renome, por exemplo, a fim de retirar do meio social a sensação de impunidade, isto é, de que pessoas de renome e de posses não vão para a cadeia no Brasil. A propósito quem já não ouviu essa frase em algum lugar do país? A prisão, portanto, seria um “antídoto para a omissão do Poder Judiciário, Polícia e Ministério Público. É prender para reafirmar a ‘crença’ no aparelho estatal repressor” (LOPES JR, 2012, p. 829).

⁵⁴ STF, HC 95.685/SP, 2ª T., rel. Min. Ellen Gracie, j. 16-12-2008, Dje n. 43, de 6-3-2009.

Para ilustrar esse entendimento, o Ministro relator Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal⁵⁵ manifestou afirmando que “a preservação da credibilidade do Poder Judiciário não deságua na automaticidade da custódia preventiva, devendo ocorrer, isso sim, em estrita observância ao Direito posto”.

Todos esses fatores analisados de modo isolado não devem fundamentar a decretação de uma prisão preventiva sob o manto da garantia da ordem pública. Devem, pois, ser analisados de modo conjunto, voltados para evitar a reiteração delituosa, em verdadeira consonância com o princípio do estado de inocência e, por conseguinte, do respeito ao direito fundamental de liberdade. Isso em razão da natureza residual da própria prisão preventiva que, segundo o artigo 282, § 6º do CPP⁵⁶, só deve ser aplicada quando não for possível acolher uma das medidas cautelares diversas da prisão.

BECCARIA (2012, p. 24) já dizia ao seu tempo que:

O clamor público, a fuga, as confissões particulares, o depoimento prestado por um cúmplice no crime, as ameaças que foram feitas pelo acusado, seu ódio sem limites ao ofendido, um corpo de delito palpável e outras presunções semelhantes são suficientes para permitir a prisão de um cidadão. Esses indícios, contudo, precisam ser especificados de modo estável na lide, e não pelo juiz, cujas sentenças são um atentado à liberdade pública, quando não são apenas a aplicação particular de uma máxima geral emanada do código das leis (...)” “Felizes as nações entre as quais o conhecimento das leis não é uma ciência.

Assim, seria cabível a decretação da prisão preventiva diante de um acusado que rouba em vários supermercados da cidade, sempre com o mesmo *animus* e *modus operandi*. Dessa forma, associada a outros fatores, sabe-se que se esse indivíduo se livrar solto, ele provavelmente continuará a delinquir, dada a falta de perspectiva de vida, de trabalho e de afeto familiar possivelmente. Ou ainda, caberia a preventiva contra um serial killer, isto é, um maníaco do parque que estupra e mata mulheres como estilo de vida. Assim, caso ele seja solto voltará a estuprar e matar mulheres como vem fazendo habitualmente.

⁵⁵ STF, HC 95.483/MT, 1ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15-09-2009, Dje de 29-1—2009.

⁵⁶ Art. 282, § 6º CPP: “A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)”. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Em contrapartida, não caberia a decretação de uma prisão preventiva aos proprietários da Boate Kiss em Santa Maria (RS)⁵⁷, tampouco aos integrantes da Banda Gurizada Fandangueira, pois eles não tinham a intenção (dolo direto e dolo eventual) de matar tantas pessoas naquela tragédia. Para eles surtiria mais efeito a decretação de uma medida cautelar diversa da prisão preventiva, conforme reza o artigo 282, § 6º do CPP, tal como a proibição de frequentar ou cantar em locais fechados e casas noturnas daquela natureza. Só assim seriam assegurados seus direitos fundamentais de liberdade e respeitado o princípio constitucional do estado de inocência.

A garantia da ordem econômica, por sua vez, diz respeito à proteção do sistema financeiro e da ordem econômica como um todo. Surgiu com a Lei Antitruste (Lei nº 8.884/94, revogada mais tarde pela Lei nº 12.529/11), comumente conhecida como a Lei do CADE (Conselho Administrativo de Desenvolvimento Econômico).

Tal fundamento trata-se de uma espécie do pressuposto anterior (garantia da ordem pública) e envolve as condutas de delinquentes que empreendem grandes golpes no mercado financeiro, de forma a limitar, falsear ou de qualquer maneira prejudicar a livre concorrência

⁵⁷No dia 01 de março de 2013, a Justiça gaúcha decretou a prisão preventiva dos quatro suspeitos de envolvimento no incêndio da Boate Kiss. Os sócios-proprietários do estabelecimento, Elissandro Callegaro Spohr e Mauro Londero Hoffmann, e os integrantes da banda Gurizada Fandangueira, Marcelo de Jesus dos Santos e Luciano Augusto Bonilha Leão, são investigados pela Polícia Civil pela morte de 239 pessoas no dia 27 de janeiro. Ao analisar o pedido, o Juiz da 1ª Vara Criminal de Santa Maria, Ulysses Louzada, ressaltou que o acontecimento gerou comoção mundial e motivou uma série de mudanças quanto à estrutura de casas noturnas e locais de concentração de pessoas no país. Para Louzada, há seguros elementos da existência de crime. Essa decisão foi objeto de recurso no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e os desembargadores da 1ª Câmara Criminal concederam, no dia 29, habeas corpus para a soltura do músico da banda Gurizada Fandangueira, Marcelo de Jesus dos Santos, indiciado por ser um dos reponsáveis pela morte 242 pessoas em janeiro deste ano, durante o incêndio na boate Kiss, em Santa Maria. A liberdade foi estendida aos demais réus no processo, o músico Luciano Augusto Bonilha Leão; e os donos da boate, Elissandro Callegaro Spohr e Mauro Londero Hoffmann. A decisão foi tomada após a defesa de Marcelo de Jesus dos Santos impetrar o habeas corpus com pedido de revogação da prisão preventiva com o argumento de que ela não é necessária. O relator do processo na 1ª Câmara Criminal foi o desembargador Manoel Martinez Lucas, que votou pela concessão do habeas. Segundo o magistrado, o juiz de Santa Maria elaborou uma minuciosa fundamentação para a prisão preventiva, na época, como garantia da ordem pública. No entanto, passados quatro meses da tragédia, não é possível admitir a garantia da ordem pública como fundamento geral e irrestrito para manter a prisão. "No caso vertente, o douto magistrado a quo teceu longas considerações sobre o episódio da boate Kiss e suas dramáticas consequências, extravasando uma emoção consentânea com a comoção geral da comunidade, o que era compreensível e natural naquele momento, pois o Juiz também é homem e tem humanas reações, felizmente para seus jurisdicionados. Como adiantei, toda essa argumentação tinha razão de ser no momento em que lançada a decisão, mas, a meu juízo, já não se sustenta", afirmou o relator. O magistrado destacou ainda que não se pode apontar periculosidade ou maldade nos réus, que não possuem antecedentes criminais. "Não se vislumbra na conduta dos réus elementos de crueldade, de hediondez, de absoluto desprezo pela vida humana que se encontram, infelizmente com frequência, em outros casos de homicídios e de delitos vários", afirmou o Desembargador.

ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros; e exercer de forma abusiva posição dominante, conforme prevê o artigo 36 da Lei nº 12.529/11.

O artigo 30 da Lei nº 7.492/86 preceitua que a prisão preventiva do acusado da prática de crime contra o sistema financeiro poderá ser decretada em razão da magnitude da lesão causada.

Apesar de grandiosa a lesão praticada, ela por si só não constitui fundamento cautelar válido, segundo o Supremo Tribunal Federal⁵⁸. Da mesma forma que o fundamento anterior, deve ela ser conjugada com outros fatores, tais como as condutas previstas no artigo 36 da Lei nº 12.529/11, para se tornar legítima sob o ponto de vista da cautelaridade processual. Nesse sentido se manifestou BADARÓ (2012, p. 736):

Tal critério, contudo, é inconstitucional por não ter natureza cautelar. Aliás, se a magnitude da lesão causada ao bem penalmente tutelado guardasse natureza cautelar, certamente seria aplicável a todo e qualquer delito. E, nesse caso, por exemplo, em um crime de homicídio, ‘a magnitude da lesão causada’, isto é, a morte, sempre justificaria a prisão. Ao mais, diante da clara previsão das necessidades de toda e qualquer prisão cautelar, na nova regra do art. 282, caput, do CPP, a magnitude da lesão não se enquadra em qualquer delas: não é cautela instrumental nem final, e também não pode ser considerado um dos ‘casos expressamente previstos’ em que a prisão é decretada ‘para evitar a prática de infrações penais’.

Percebam, pois, que a preventiva com fundamento na garantia da ordem econômica é ainda mais vaga e imprecisa que o gênero garantia da ordem pública, uma vez que se sustenta no alicerce frágil e subjetivo da magnitude da lesão.

A prisão preventiva também pode ser decretada para conveniência da instrução criminal que está umbilicalmente associada com provas, isto é, prende-se alguém pelo fato de estar destruindo provas, subornando testemunhas ou peritos, de modo a tumultuar o processo, comprometendo a verdade buscada pelo juiz. Este talvez seja um dos fundamentos mais plausíveis e objetivos da prisão preventiva, diferentemente da prisão para garantia da ordem pública ou econômica, pois se a liberdade do réu representa risco para a produção de provas, então se deve prendê-lo, porém depois de analisados os demais requisitos da preventiva e

⁵⁸ HC nº 82.909/PR.

verificado a possibilidade de decretar medida cautelar diversa da prisão, dado o caráter subsidiário da preventiva.

Nesse diapasão, é o entendimento do Tribunal Regional Federal da 2ª região e do Supremo Tribunal Federal, respectivamente:

PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. **PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA POR CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL.** MOTIVAÇÃO INSUFICIENTE. ORDEM CONCEDIDA. I – O fato de o denunciado estar respondendo por crime de formação de quadrilha, por si só, não determina a necessidade da **prisão preventiva por conveniência da instrução criminal.** Ademais, se as buscas e apreensões, pelo que consta nos autos, foram realizadas no momento das prisões, a pendência de outras diligências investigativas, que não têm sua eficácia condicionada à privação da liberdade do investigado, configura motivação insuficientemente para tal medida. II - Ordem de Habeas Corpus concedida, com fulcro nos 647, 648, I, do CPP. (TRF2, HC 201002010088703 RJ 2010.02.01.008870-3. Rel. Juiz Federal convocado Marcello Ferreira de Souza Granado. E-dJF2R 19/10/2010).

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE DO CRIME E NECESSIDADE CITAÇÃO DO PACIENTE CASO VENHA A SER AJUIZADA A AÇÃO PENAL. INIDONEIDADE. EXCEÇÃO À SÚMULA 691/STF. 1. O indeferimento de liberdade provisória sob o fundamento de que a gravidade do crime justificaria a segregação cautelar do paciente afronta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Prisão cautelar que também não se justifica por conveniência da instrução criminal tendo em conta a necessidade da citação do paciente caso venha a ser ajuizada a ação penal. A Juíza não se desincumbiu de demonstrar de que forma o paciente poderia dificultar ou prejudicar a colheita de provas. 2. Exceção à Súmula 691/STF. Ordem concedida (STF, HC 97.998/SP, 2ª T. Rel. Min. Eros Grau, DJe em 21/08/2009).

Mas há de se ter cautela na decretação da preventiva por esse fundamento, pois se já houve a extinção da instrução criminal, não há que se falar em preventiva por conveniência da instrução criminal. Lado outro, se o réu se mantém em silêncio na instrução também não deve ser preso preventivamente, pois jamais estará tumultuando a marcha processual, mas sim se valendo do seu direito fundamental ao silêncio (art. 5º, inciso LXIII, CF/88) e, conseqüentemente, de não produzir provas contra si mesmo.

E, por fim, dispõe o artigo 312 do CPP, que a prisão preventiva poderá ser decretada para assegurar aplicação de futura lei penal. Esse fundamento é comumente utilizado nas decisões judiciais quando há ameaça de fuga ou a própria fuga do réu, a fim de não ser

atingido pela lei penal, pois caso o réu fuja, por exemplo, obstará a execução de sua futura condenação, caso esta venha a acontecer.

A pretensão de fuga pode ser percebida pelo Juiz, Delegado ou Ministério Público quando o acusado “desfaz-se dos bens imóveis, procura obter passaporte, compra passagem aérea para o exterior, ou de outra forma demonstra desejo de empreender viagem não justificada por outro motivo (p. ex.: para lua de mel) ou revela a outrem o propósito de fuga” (BADARÓ, 2012, p. 737).

Contudo para haver a decretação da preventiva a fuga por si só não é elemento suficiente. Conforme dito anteriormente, devem ser levados em consideração outros fatores e não apenas a situação de o acusado ter fugido. A fuga pode representar inúmeras coisas, dentre elas o receio de represália por parte da família da vítima ou até mesmo uma tentativa de se esquivar de uma prisão injusta. De um modo ou de outro, “a mera suspeita, desacompanhada de elementos seguros de convicção, não dá ensejo à segregação excepcional” (MARCÃO, 2012, p. 163).

Caso não se enquadre nas hipóteses de fuga do parágrafo anterior, ainda assim a prisão preventiva não deverá ser decretada de imediato, pois conforme preceitua o Código de Processo Penal, notadamente os artigos 282, § 6º e 319, IV e 320 (que foram alterados recentemente pela Lei nº 12.403/11), a preventiva deverá ser decretada como *ultima ratio*. Ela poderia ser substituída pela cassação de passaporte do acusado, por exemplo. Essa medida seria mais eficaz do que a prisão que, diga-se de passagem, é cautelar e não definitiva, com trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória.

O prudente, sob o ponto de vista da justiça e da observância dos direitos fundamentais é analisar o caso concreto para se decretar uma preventiva com o fundamento de assegurar a aplicação de futura lei penal. Só a situação fática casuística é que poderá evidenciar a real necessidade da prisão cautelar. Deve ser evitada a precipitação por parte dos magistrados em expedir mandado de prisão em caso de dúvida, ou em razão da condição hipossuficiente do indiciado.

Segundo o Código de Processo Penal também haverá a possibilidade de decretação da prisão preventiva, caso haja descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

Pois bem, as medidas cautelares estão arroladas no artigo 319 do CPP, dentre as quais destacam-se o arbitramento de fiança, a proibição de frequentar determinados locais, dentre outras. Tal dispositivo é coerente em partes, tendo em vista que diante de um caso concreto se o juiz tiver a opção de decretar a prisão preventiva, uma vez que foram observados os fundamentos e as hipóteses de cabimento, ele deverá optar pelo meio menos gravoso à liberdade do réu, qual seja a decretação de uma medida cautelar diversa da prisão (prevista no artigo 319 do CPP). Mas, feito isso, caso o réu, beneficiado com essa medida, ainda assim insista em descumpri-la, poderá o juiz decretar a prisão preventiva, caso haja nova observância dos fundamentos e das hipóteses de cabimento. A grande dúvida que surge é se o crime cometido pelo réu for doloso, porém inferior a quatro anos de pena privativa de liberdade. Nessa situação, ainda assim caberia a decretação da preventiva em substituição à medida cautelar? NICOLITT (2012, p. 450), acertadamente entende que não, uma vez que tal dispositivo deve ser interpretado atendendo “ao princípio da proporcionalidade”.

Outro fundamento da preventiva, porém a contrário sensu, previsto no artigo 314 do CPP, dispõe que não haverá decretação de prisão preventiva se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato acobertado por excludentes de ilicitude (artigo 23, incisos I, II e III do Código Penal).

2.3.3.3 Das hipóteses de cabimento da Prisão Preventiva

Além dos fundamentos previstos nos artigos 312 e 314, ambos do Código de Processo Penal, outros também devem ser preenchidos como hipóteses de cabimento, sob pena de irregularidade da prisão preventiva, que, por essa razão, poderá ser revogada.

As hipóteses de cabimento estão previstas no artigo 313 os quais preceituam que a prisão preventiva será admitida em crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; nas situações em que o réu for condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado; se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para

garantir a execução das medidas protetivas de urgência; e, por fim, quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la.

O artigo 313 foi por completo alterado pela Lei nº 12.403/11. O *caput* desse dispositivo diz que “será admitida a decretação da prisão preventiva”. Na redação anterior, a decretação da preventiva era condicionada a crimes dolosos já no *caput*. Logo todos os incisos seguiam o limite, qual seja de aplicação apenas em crimes dolosos. Em razão disso é discutível hoje se cabe de fato prisão preventiva em crimes culposos, embora tenha prevalecido que não, conforme será visto.

Lado outro, os três incisos do artigo 313 devem ser analisados separadamente, isto é, um não condiciona o outro, portanto não é exigência para a decretação da prisão preventiva que sejam examinados conjuntamente. O que é exigido é que um deles seja associado com os pressupostos da cautelaridade processual penal, quais sejam, *fumus commissi delicti e periculum in libertatis*, bem como um dos fundamentos garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar aplicação de futura lei penal.

O inciso I do artigo 313 anterior à Lei 12.403/11, previa a decretação da preventiva em crimes dolosos punidos com reclusão. Hoje, ao contrário, prevê o dispositivo a prisão cautelar para crimes dolosos, porém punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos. Diante dessa mudança várias observações devem ser feitas: 1ª) não cabe preventiva em razão da prática de contravenção-penal (Decreto-lei nº 3.688/41), por um motivo muito simples, qual seja, o artigo simplesmente dispõe “crime” e não “crimes e contravenções penais”; 2ª) não caberá a prisão se ao delito não for cominada, isolada, cumulativa ou alternativamente pena privativa de liberdade e, mais, superior a quatro anos. Logo se pode extrair que não cabe preventiva contra crime de furto simples, tampouco apropriação indébita simples; 3ª) o crime aqui sujeito à prisão preventiva pode ser apenado com pena de reclusão ou detenção, desde que ultrapasse quatro anos; 4ª) e, por fim, não será admitida essa espécie de prisão cautelar nos crimes culposos, tendo em vista a clareza da expressão do dispositivo “crimes dolosos”. Apesar disso, é possível decretar uma preventiva se o crime for preterdoloso, isto é, crime agravado pelo resultado, consistente em dolo na

conduta (antecedente) e culpa no resultado (consequente), a exemplo da lesão corporal seguida de morte ou do aborto qualificado pela morte.

Nesse patamar máximo de 4 (quatro) anos, serão incluídas as modalidades de concursos de crime (material, formal e continuidade delitiva), as qualificadoras, bem como as causas de diminuição (tentativa, arrependimento posterior) e aumento de pena. De modo inverso, não incidirá na análise do patamar máximo as agravantes (arts. 61 e 62 do Código Penal) e as atenuantes de pena (arts. 65 e 66 do Código Penal).

O inciso II do artigo 313, por sua vez, retoma exatamente a redação do inciso III da redação anterior à Lei nº 12.403/11, que dizia e continua dizendo sobre o cabimento da preventiva na situação de ter o sujeito sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Código Penal. A única diferença que existiu entre esses incisos (antigo e atual) era o artigo 46 da redação antiga e 64 na atual. De conteúdo, porém, não houve alteração substancial.

A redação antiga do inciso II era uma verdadeira inconstitucionalidade, pois permitia a decretação da preventiva para crimes punidos com detenção, caso fosse o indiciado vadio, ou houvesse dúvida sobre a sua identidade, e ele não fornecesse ou não indicasse elementos para esclarecê-la. Tal dispositivo representava verdadeira aberração jurídica, sobretudo na sua primeira parte, pois pregava o direito penal do autor e não o direito penal do fato, isto é, as pessoas eram punidas pelo o que elas pensavam (direito penal do autor) e não pela conduta que praticavam (direito penal do fato). Felizmente, porém, esse dispositivo foi alterado pela nova lei, restando a sua parte final que foi deslocada para o parágrafo único do artigo 313.

Segundo esse inciso, a reincidência dolosa pode ensejar a decretação da prisão preventiva, ou seja, o agente que já foi definitivamente condenado por crime doloso. Será considerado reincidente, portanto, a situação daquele que tenha praticado um delito posterior em período inferior a cinco anos, considerando a data do cumprimento ou extinção da pena do primeiro crime e a data da prática do crime posterior, computando-se o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação. Dito de outro modo, se o sujeito for reincidente em crime doloso, reconhecido em sentença penal condenatória transitada em julgado, poderá ser decretada em seu desfavor a prisão preventiva (embora o caput do dispositivo utilize a expressão “será admitida” e não “poderá ser admitida”), salvo

caso tenha sido reconhecida prescrição da reincidência nos termos do citado artigo 64, inciso I do Código Penal.

Por fim, o inciso III preceitua que caberá a preventiva se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência (também alterado pela Lei nº 12.403/11). Esse dispositivo se diverge completamente da redação do inciso anterior, conforme salientado alhures, porém é semelhante com a redação anterior advinda do surgimento da Lei nº 11.340/06, popularmente conhecida como “Lei Maria da Penha”, que alterou o artigo 313 do CPP, incluindo um quarto inciso, todavia inserindo apenas a mulher no contexto de vítima. O adolescente, o idoso, o enfermo, a criança e o deficiente não foram incluídos pela lei Maria da Penha⁵⁹.

Assim a Lei nº 12.403/11 revogou o inciso IV do antigo artigo 313 do CPP, ampliando tal hipótese de cabimento, quando a violência doméstica e familiar envolver, além da mulher, também criança, adolescente, idoso, enfermo ou deficiente no rol de vítimas.

Para efeitos do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), considera-se criança a pessoa que tenha até 12 anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre 12 e 18 anos de idade incompletos. Idoso, por sua vez, a pessoa com idade igual ou superior a 60 anos, segundo o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03); Enfermo, a pessoa acometida de algum tipo de doença; e, por deficiente a pessoa portadora de necessidades especiais por conta de uma deficiência física ou mental. Essas cinco vítimas devem ser consideradas vítimas no contexto doméstico, isto é, de violência doméstica e familiar.

Diante do inciso III do atual artigo 313, indaga-se: Será cabível preventiva contra crimes apenados com pena de detenção inferior a quatro anos de privativa de liberdade? Ou, ainda, contra crimes culposos? Como a lei não esclarece e, tampouco proíbe, parece ser verdadeiro, ou seja, fazendo uma leitura literal da lei, seria cabível a preventiva ainda que nessas

⁵⁹ Antiga redação do inciso IV do artigo 313 do CPP: “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”. Atualmente, porém, revogado pela Lei nº 12.403/11.

hipóteses, quando o crime envolvesse violência doméstica contra a mulher, o enfermo, o deficiente, o adolescente e o idoso. Apesar disso, não é essa posição que deve prevalecer, segundo a maioria da doutrina, capitaneada por LOPES JR (2012, p. 832):

Não existe possibilidade de prisão preventiva em crime culposos, ainda que se argumente em torno da existência de quaisquer dos requisitos do art. 312. Isso porque, para além do princípio da proporcionalidade, o art. 313 inicia por uma limitação máxima superior a 4 (quatro) anos. Viola qualquer senso mínimo de proporcionalidade ou necessidade, além do caráter excepcional da medida, a imposição de prisão preventiva em crime culposos.

Nesse contexto, NICOLITT (2012, p. 450) defende que cabe prisão preventiva para os crimes inferiores a quatro anos, desde que no âmbito da violência doméstica e familiar e com o objetivo de apenas garantir a execução de medida protetiva de urgência, pois

Sendo a prisão preventiva a ultima ratio, não pode ser decretada, nos crimes de pena igual ou inferior a quatro anos, sem que tenha sido precedida da cominação de medida protetiva descumprida. Mas não é só isso, há que ser aferida a adequação, pois mesmo diante do descumprimento de medida protetiva, pode ser que a prisão não se mostre necessária, por haver outra medida capaz de assegurar o mesmo resultado. A prisão deve ser aplicada em ultimo caso, esgotadas todas as demais possibilidades cautelares. Registre-se também que não será qualquer medida protetiva que poderá ser assegurada pela prisão preventiva, como por exemplo as de caráter patrimonial, tais quais os alimentos, mas tão somente aqueles que se referem à segurança e à liberdade da vítima.

No mesmo sentido, LOPES JR (2012, p. 835):

Pensamos que, quando muito, estando presentes os *fumus commissi delicti* e alguma das situações de *periculum libertatis* do art. 312, e sendo o crime doloso, o inciso em questão somente serviria para reforçar o pedido e a decisão. Mas, para tanto, deve-se analisar ainda qual foi a medida protetiva decretada, para verificar-se a adequação da prisão em relação a esse fim, bem como a proporcionalidade. Do contrário, incabível a prisão preventiva, a nosso juízo.

Percebe-se, assim que deverá haver proporcionalidade e adequação na decretação da prisão preventiva, sob pena de pedido de revogação da mesma por medida de justiça.

Por fim, como última hipótese legal de cabimento da preventiva, tem-se o disposto no parágrafo único, o qual afirma ser possível a decretação dessa espécie de prisão 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. Esse parágrafo único era previsto semelhantemente no inciso III da antiga redação do artigo 313 do Código de Processo Penal.

Referido dispositivo é complexo e aparenta ser injusto, pois se assemelha a uma prisão para averiguações, por isso que deve ser decretada uma preventiva nesse caso com cautela, examinando outros fatores, como os pressupostos da cautelaridade (*fumus commissi delicti e periculum in libertatis*), além de ser interpretado “à luz do inciso I do artigo 313 (topograficamente situado antes, como orientador dos demais), para que se exija um crime doloso punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos” (LOPES JR, 2012, p. 835).

Lado outro é de bom alvitre que esse inciso seja analisado também sob a perspectiva da Lei nº 12.037/09 que regulamenta a identificação criminal do civilmente identificado em substituição à revogada Lei nº 10.054/00.

Diante de informações relevantes sobre as características da cautelaridade processual penal e sobre as espécies de prisão cautelar, quais sejam flagrante, temporária e preventiva, será analisada no capítulo seguinte a legitimidade dessas prisões na visão do garantismo penal sempre tomando como norte o princípio constitucional do estado de inocência.

3. A ILEGITIMIDADE DAS PRISÕES CAUTELARES À LUZ DO PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA SOB A PERSPECTIVA DO GARANTISMO PENAL

Afirmar a ilegitimidade de algum instituto é algo complexo, notadamente quando se trata de prisões cautelares. Contudo ao relacioná-las ao princípio do estado de inocência e, sobretudo do ponto de vista do garantismo penal é algo não tão complicado, tendo em vista que um é decorrência lógica do outro. E exatamente isso que será demonstrado nesse capítulo, mas para tanto mister se faz o entendimento inicial da teoria do garantismo penal bem como de suas técnicas de minimização do poder punitivo estatal.

3.1 ENTENDENDO O GARANTISMO PENAL

3.1.1 As políticas criminais não punitivistas

Por consistir em um fenômeno político e histórico, conforme já visto no primeiro capítulo, o direito penal quase sempre se norteou ao longo dos séculos por políticas criminais punitivistas ou não punitivistas, voltadas para as necessidades de um determinado Estado. Ela representa uma gama de princípios e orientações destinados à aplicação e aprimoramento da legislação penal. Nessa perspectiva, PIERANGELI e ZAFFARONI (2006, p. 117) preceitua:

A política criminal é a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos), que devem ser tutelados jurídica e penalmente, e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que iniludivelmente implica a crítica dos valores já eleitos.

Hodiernamente a política criminal segue uma tendência mundial não punitivista, que desemboca inevitavelmente na teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli (minimalista). Dentre as vertentes crimonológicas não punitivistas tem-se as correntes abolicionista, neorrealista de esquerda e minimalista que serão examinadas a seguir.

A corrente abolicionista se difere do garantismo penal, por defender a extrema liberdade individual em detrimento da atuação punitiva do Estado. Para essa, não haveria necessidade de intervenção estatal, através do direito penal, uma vez que este deveria ser

extinto para dar lugar a um controle administrativo das condutas criminosas. Seus grandes expoentes são Louk Hulsman⁶⁰, Mathiesen⁶¹, Christie⁶², Foucault⁶³, Hassemer⁶⁴ e Zaffaroni⁶⁵.

Essa corrente advoga a eliminação total do direito penal formal como ele é. Assim qualquer espécie de controle formal do delito deve ser substituída por espécies de controle informais, a exemplo de acordos extrajudiciais, perdão, reparação civil, dentre outros. Em razão disso o direito penal poderia ser abolido definitivamente já que é arbitrário e “acarreta muito sofrimento sem produzir qualquer benefício” (HASSEMER, 2001, p. 261).

Mas afinal, por que abolir o sistema penal? GOMES (2007, p. 273) assim responde:

O sistema penal formal deve ser abolido porque, em razão da grande influência teológico-escolástico, é patentemente maniqueísta (os agentes do sistema são ‘bons’, enquanto os desviados são ‘maus’); é, de outro lado, uma ‘máquina desconexa’ (suas instâncias: polícia, ministério público, magistratura, agentes penitenciários atuam compartimentadamente, desconexamente).

E diante desse sistema, o que dizer da prisão cautelar? Ela, segundo a corrente abolicionista, também deve ser abolida do sistema penal porque “despersonaliza e dessocializa o preso” (GOMES, 2007, p. 273). Segundo este autor:

A prisão não é útil e despersonaliza e dessocializa o preso; o sistema penal, de outro lado, é muito burocratizado (não escuta bem as pessoas envolvidas nos conflitos, procura reconstruir os fatos de maneira superficial, fictícia, e a consequência disso é a aplicação de consequências fictícias, irreais; assim como o menu não é a refeição, o processo não pe o fato real); só se interessa por um acontecimento isolado, um ‘flash’, dando pouca importância para o contexto biopsicossociológico do agente.

⁶⁰ Louk Hulsman (1923-2009) foi um holandês cientista legal e criminologista.

⁶¹ Thomas Mathiesen (1933) é norueguês, doutor em Filosofia e professor de Sociologia do Direito da Universidade de Oslo. Juntamente com Nils Christie e Louk Hulsman ele é um ilustre representante do movimento de abolição da prisão. Foi um dos inspiradores do movimento prisioneiros britânicos, Preservação dos direitos dos presos (PROP) e até falou em sua reunião de fundação

⁶² Nils Christie (1928), sociólogo e criminologista nascido em 1928 na Noruega, é professor do Instituto de Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de Oslo.

⁶³ Michel Foucault (1926 - 1984) foi um importante filósofo e professor da cátedra de História dos Sistemas de Pensamento no Collège de France.

⁶⁴ Winfried Hassemer (1940 – Janeiro de 2014) foi um alemão estudioso do direito penal e vice-presidente do Tribunal Constitucional Federal.

⁶⁵ Eugenio Raul Zaffaroni (1940) é ministro da Suprema Corte Argentina. Ainda, é professor titular e diretor do Departamento de Direito Penal e Criminologia na Universidade de Buenos Aires, doutor honoris causa da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, pela Universidade Católica de Brasília e pelo Centro Universitário FIEO, vice-presidente da Associação Internacional de Direito Penal.

MATHIESEN (1996, p. 89/90), importante abolicionista entende a prisão como:

(...) um sistema profundamente irracional em termos de seus próprios objetivos estabelecidos. Entretanto, a dificuldade é que *este seu conhecimento, em grande parte, é secreto*. Se as pessoas realmente soubessem o quão fragilmente a prisão, assim como as outras partes do sistema de controle criminal, as protegem — de fato, se elas soubessem como a prisão somente cria uma sociedade mais perigosa por produzir pessoas mais perigosas —, um clima para o desmantelamento das prisões deveria, necessariamente, começar já. Porque as pessoas, em contraste com as prisões, são racionais nesse assunto.

Meu ponto de partida é esse: a prisão, sobre a qual eu restrinjo minha análise, é ‘um gigante sobre um solo de barro’. A expressão é traduzida do norueguês e quer dizer um sistema aparentemente sólido com pilares deficientes, muito semelhante à escravidão, ao Império Romano e à legislação Soviética em seus estágios finais. O calcanhar de Aquiles, o solo de barro da prisão é *sua total irracionalidade em termos de seus próprios objetivos estabelecidos*, um pouco como as caças às bruxas sem provas. Em termos de seus próprios objetivos, a prisão não contribui em nada para nossa sociedade e no nosso modo de vida. Relatórios após relatórios, estudos após estudos, às dezenas, centenas e milhares, claramente mostram isso.

Ainda, de acordo com GOMES (2007, p. 273), a abolição do direito penal e, por conseguinte, da própria prisão, se daria através de seis precedentes, quais sejam:

(...) mudando a linguagem e aceitando a relatividade do conceito de crime; incrementando as regras civis de indenização; desuniformizando a resposta estatal punitiva para as situações problemáticas; diminuindo a intervenção estatal na sociedade; abrindo espaço para o consenso, para os contatos, ‘cara-a-cara’; e incrementando a tolerância e o respeito às diversidades pessoais.

Não é preciso muito esforço para entender que tal corrente, apesar de considerável, não prosperou devido às inúmeras críticas, sobretudo no ordenamento jurídico brasileiro, em virtude do sistema processual penal altamente formal e complexo que persiste ao longo dos anos (embora tenha tido algumas mudanças atuais benéficas⁶⁶).

A corrente neorrealista de esquerda, por sua vez, prega, ao contrário da corrente abolicionista, ainda que também extremista, que o Estado deverá intervir ao máximo na sociedade. Assim todas as infrações, ainda que de menor potencial ofensivo, deveriam ser coibidas mediante a imposição estatal de sanções rigorosas, a fim de evitar maiores e futuros

⁶⁶ A própria lei nº 12.403/11 ao criar um extenso rol de medidas cautelares diversas da prisão e colocar a prisão preventiva como *ultima ratio*.

danos e servir de exemplo para a sociedade. Essa corrente lembra a teoria penal do inimigo do alemão Gunther Jakobs⁶⁷, embora esta não seja necessariamente de esquerda.

E, por fim, a corrente minimalista, que mais se aproxima do garantismo penal de Luigi Ferrajoli, pois representa um ponto de equilíbrio entre os extremos abolicionismo liberal e neorrealismo de esquerda. Possuem renomados expoentes, tais como Alessandro Baratta, Eugenio Raul Zaffaroni e o próprio Ferrajoli e, antes destes, com ideias iluministas Beccaria.

A teoria do garantismo penal foi desenvolvida pelo jusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli em 1989, em sua obra intitulada “Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal”, com o escopo de buscar limitações à atuação do poder punitivo do Estado notadamente no âmbito do direito penal e processual penal. Por ser assim, está intimamente associada com o movimento minimalista de política criminal, decorrente da criminologia crítica que surgiu na década de 70, cujo objetivo era reescrever a criminologia e redescobrir o papel do direito penal. Contudo, intimamente associado não significa dizer ter exatamente o mesmo significado, pois o garantismo penal é mais amplo, embora tenham ambos os mesmos objetivos.

Para o movimento minimalista não é necessário acabar com o direito penal, pois ele possui certa utilidade, mas sim reduzir seu âmbito de aplicação e, por conseguinte, “a intensidade ou o grau da resposta estatal, especialmente quando se trata da pena de prisão” (GOMES, 2007, p. 277).

GOMES (2007, p. 277) explica claramente o movimento minimalista:

A doutrina do Direito penal mínimo reconhece certa utilidade social ao sistema (reconhece, em princípio, sua legitimação) e, frente ao abolicionismo radical, parte da consideração de que se o Direito penal desaparecesse não acabaria, mesmo assim, a reação contra o delito (pois

⁶⁷ Günther Jakobs é autor de livros de Direito, filósofo e professor Emérito de direito penal e Filosofia do Direito. Na comunidade científica mais ampla, ele é mais conhecido por seu controverso conceito de Direito penal do inimigo. Atualmente é professor aposentado da Universidade de Bonn. Com as ideias do sociólogo Niklas Luhmann sobre a teoria dos sistemas apartou-se da doutrina finalista e criou o funcionalismo sistêmico radical, que previa como função do direito penal moderno proteger a expectativas normativas. Para ele, os direitos fundamentais podem ser flexibilizados e até abolidos quando um indivíduo não se inserir num Estado Democrático de Direito. Esse indivíduo, portanto, seria tratado como inimigo do Estado e, como decorrência lógica, perderia seus direitos fundamentais, a exemplo do direito de defesa, do estado de inocência e do devido processo legal. Inimigo, portanto, seriam os estupradores, os terroristas (a exemplo do fatídico 11 de setembro das Torres Gêmeas nos Estados Unidos), os integrantes de organizações criminosas, dentre outros.

nenhuma sociedade pode viver sem controle) e seu lugar poderia ser ocupado por outras formas de controle social muito mais instáveis e totalitárias (vingativas) que a atual e provavelmente sem as garantias mínimas (formalização) exigidas pelo atual estágio da nossa civilização e cultura.

No que tange à prisão cautelar, a corrente minimalista defende que esta deve ser usada como *ultima ratio* e jamais como antecipação de pena. Nesse sentido, os sábios ensinamentos de GOMES, MOLINA E BIANCHINI (2007, p. 268):

A prisão cautelar, ensina-nos a doutrina minimalista, só deve ser utilizada em último caso, quando há extrema necessidade (nisso reside seu caráter excepcional). De outra parte, quando necessária para garantir o resultado do processo (aqui está seu caráter instrumental). Se se considera, no entanto, que cerca de trinta por cento da população carcerária brasileira ainda não foi julgada definitivamente, parece bastante oportuno pensar num amplo programa de desprisionalização cautelar porque está havendo abuso na sua utilização.

Hoje no atual ordenamento jurídico brasileiro não é difícil encontrar bases minimalistas na doutrina e, sobretudo na jurisprudência. Como exemplo, pode-se citar a adoção do princípio da insignificância⁶⁸, representando a exclusão da tipicidade material dos crimes de bagatela, bem como a descriminalização de condutas não desejáveis pela sociedade, tal como a aplicação do princípio da adequação social, além de, por óbvio, a adoção da teoria do garantismo penal nos diversos ramos do direito brasileiro.

3.1.2 O garantismo penal de Ferrajoli e as técnicas de minimização do poder punitivo estatal

Conforme comentado alhures, a teoria do garantismo penal representa, em verdade, uma reação às práticas terroristas adotadas pelos governos italianos e espanhóis da década de 70 que flexibilizavam as garantias dos direitos fundamentais arduamente conquistados pelos homens ao longo dos tempos em razão do período de instabilidade social por qual passavam aqueles países.

Essa reação antiterrorista foi capitaneada por Ferrajoli, quando atuou como juiz de direito entre 1967 e 1975, período em que esteve ligado ao grupo “Magistratura democrática”, uma associação de juízes de orientação progressista que combatia os métodos terroristas

⁶⁸ Criado por Claus Roxin e introduzido no sistema penal em 1964.

estatais condizentes com a criação de normas penais muito rígidas para combater a crise social.

De fato o modelo garantista penal norteia os novos valores da civilização jurídica moderna, quais seja limitação da intervenção penal estatal em detrimento da tutela dos direitos e garantias individuais, como a liberdade. Trata-se, em verdade, de um modelo de direito consistente numa liberdade regrada. Não é irrestrita como a corrente abolicionista, mas regrada.

No garantismo haverá uma maximização do direito fundamental à liberdade individual em detrimento de uma minimização do poder punitivo estatal. Nesse sentido afirma FERRAJOLI (2006, p. 16 e 17, respectivamente):

Ver-se-á, de fato, que o modelo penal garantista, com sua estrutura empírica e cognitiva assegurada pelos princípios da estrita legalidade iluminista e de estrita jurisdicionalidade, foi concebido e justificado pela filosofia jurídica iluminista como a técnica punitiva racionalmente mais idônea – como alternativa a modelos penais decisionistas e substancialistas, orientados pela cultura política autoritária – a maximizar a liberdade e a minimizar o arbítrio de acordo com três opções políticas de fundo: o valor primário associado à pessoa e aos seus direitos naturais, o utilitarismo jurídico e a separação laica entre direito e moral.

E é sobretudo através da crítica dos sistemas penais e processuais que se vem definindo, como veremos, os valores da civilização jurídica moderna: o respeito da pessoa humana, os valores ‘fundamentais’ da vida e da liberdade pessoal, o nexó entre legalidade e liberdade, a separação entre direito e moral, a tolerância, a liberdade de consciência e de expressão, os limites da atividade do Estado e a função de tutela dos direitos dos cidadãos como sua fonte primária de legitimação.

No contexto processual penal o garantismo representa um movimento que salvaguarda e assegura os direitos e as liberdades do acusado, bem como impõe sanções para aqueles que descumprem normas legais, protegendo não só o acusado do cometimento de infração penal, mas também a sociedade dos riscos iminentes dos criminosos. Em apertada síntese, se resume ao máximo bem estar para o não delinquente e o mínimo de mal estar para o delinquente.

Perceba, pois, que o garantismo não se confunde com o mero legalismo, formalismo ou processualismo, uma vez que Ferrajoli jamais defendeu a extrema legalidade em detrimento das interpretações judiciais acerca de um caso concreto. O juiz não se resume a uma máquina, ao contrário, é ser humano que tem sangue nas veias e não profere decisões

judiciais estritamente legalistas, isto é, quando os fatos se subsumam perfeitamente à lei. O juiz exerce função judicial que, diferentemente de qualquer função estatal, corresponde a uma atividade cognitiva, orientada por escolhas e decisões justificadas por critérios pragmáticos e subjetivos relacionados à busca da verdade objetiva. FERRAJOLI (2006, p. 42) esclarece:

A ideia de um silogismo judicial perfeito, que permita a verificação absoluta dos fatos legalmente puníveis, corresponde a uma ilusão metafísica: com efeito, tanto as condições de uso do termo ‘verdadeiro’ quanto os critérios de aceitação da ‘verdade’ no processo exigem inevitavelmente decisões voltadas de margens mais ou menos amplas de discricionariedade.

Ferrajoli cria, portanto, um modelo garantista, denominado por ele de “Sistema Garantista ou SG”, norteado por vários princípios⁶⁹ relacionados entre si, que representam condição *sine qua non* para a atribuição de responsabilidade penal e, por conseguinte, de pena a alguém. Esses princípios se exteriorizam mediante dez axiomas garantistas, que consistem em técnicas de minimização do poder punitivo estatal. Configuram proposições prescritivas, isto é, que prescrevem o que deva ocorrer em um sistema penal, caracterizando verdadeiras implicações deônticas⁷⁰ as quais anunciam condições do dever ser, de manifestações axiológicas.

Os dez axiomas (princípios) garantistas para FERRAJOLI (2006, p. 91) são relacionados à pena, ao delito e ao processo e se desdobram em:

- 1º. Nulla poena sine crimine
- 2º. Nullum crimen sine lege;
- 3º. Nulla lex (poenalis) sine necessitate;
- 4º. Nulla necessitas sine injuria;
- 5º. Nulla injuria sine actione;
- 6º. Nulla actio sine culpa;
- 7º. Nulla culpa sine judicio;
- 8º. Nullum judicium sine accusatione;
- 9º. Nulla accusatio sine probatione;
- 10º. Nulla probatio sine defensione.

⁶⁹ São eles: pena, delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, juízo, acusação, prova e defesa.

⁷⁰ Veja como os estudos de Filosofia do Direito e de Teoria Geral do Direito influenciaram sobremaneira os escritos de Ferrajoli, dada a sua experiência como docente das referidas disciplinas na Universidade de Camerino, comuna italiana da região dos Marche, província de Macerata, Itália, onde também foi diretor da "Facoltà di giurisprudenza" (Faculdade de Direito).

O primeiro axioma “*Nulla poena sine crimine*” se relaciona com o princípio da retributividade ou da consequência, isto é, somente é possível falar em pena se tiver existido um delito. Este axioma está inserido na garantia relacionada à pena.

O segundo axioma “*Nullum crimen sine lege*”, por sua vez, diz respeito ao princípio da legalidade. Logo, não será possível falar em crime se não há lei penal anterior que preveja tal crime. Em razão disso, o princípio da legalidade se subdivide, ainda, em outros quatro subprincípios, quais sejam, princípio da anterioridade, princípio da intervenção mínima, princípio da vedação da analogia incriminadora, princípio da taxatividade ou mandado de certeza (ou princípio da determinação). Dos dez axiomas, o princípio da legalidade se revela como a viga mestra para o garantismo penal de Ferrajoli. Também está inserido na garantia relacionada à pena.

O terceiro axioma “*Nulla lex (poenalis) sine necessitate*”, representa a ideia de que não se criam leis penais se não houver necessidade. Esse axioma traduz o princípio da intervenção mínima ou da necessidade (ou da economia do direito penal), reafirmando a orientação moderna que o direito penal deve ser a *ultima ratio* em um ordenamento jurídico, isto é, que o Estado somente intervirá quando necessário. Esse axioma também se inclui entre as garantias relacionadas à pena.

O quarto axioma “*Nulla necessitas sine injuria*”, a seu turno, é condizente com o princípio da ofensividade ou lesividade (ou da ofensividade do evento). Assim sem lesão a um bem jurídico qualquer não há necessidade do emprego da lei penal. As leis penais existem para tutelar bens jurídicos imediatos ou mediatos. Logo, sem a ofensa a esses bens jurídicos não há que se falar em necessidade de criação de uma lei penal. Dito de outro modo, não há crime sem relevante e concreta lesão ou perigo de lesão a um bem juridicamente tutelado. Nessa perspectiva envolve a discussão sobre a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, a exemplo da arma desmuniada, pois a lei não pode presumir o perigo. Trata-se de garantia relacionada ao crime.

Como ato contínuo, se não há exteriorização da conduta humana não há lesão. É o que diz o quinto axioma “*Nulla injuria sine actione*”, representando o princípio da exteriorização ou da materialização (ou da exterioridade da ação), ou seja, não há injúria sem ação. Proíbe-se, por conseguinte, o direito penal do autor. Ninguém pode ser punido pelo que pensa pelo

que é, mas sim pelo fato que alguém pratica, ou seja, é necessária uma ação ou uma omissão criminosa. Nesse ponto, a antiga contravenção penal de vadiagem que acabou fundamentando também a prisão preventiva, antes da mudança do Código de Processo Penal, se inseria nesse contexto, porém de modo negativo, isto é, seria inconstitucional por violar o princípio da exterioridade da ação. Trata-se também de garantia relacionada ao crime.

O sexto axioma “*Nulla actio sine culpa*”, por sua vez, retrata o princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal. Segundo este, não há ação típica sem culpa. Culpa aqui no sentido amplo, pois se refere também ao dolo, outro elemento da conduta. Também é uma garantia relativa ao delito.

No mesmo raciocínio, não haverá culpa sem sentença, para o princípio da jurisdicionalidade também no sentido lato ou estrito, que retoma o sétimo axioma “*Nulla culpa sine iudicio*”, segundo o qual a culpa há de ser verificada em regular juízo. Tal axioma também encontra relação com o princípio do devido processo legal. Esse princípio expressa a garantia relacionada ao processo, assim como os demais abaixo.

O oitavo axioma “*Nullum iudicium sine accusatione*”, traduz o princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação. Segundo este, a acusação não pode ser feita pelo próprio juiz, devendo-se assegurar a imparcialidade deste. O sistema processual penal brasileiro atual é em regra⁷¹, acusatório, com a nítida separação entre as funções de acusar, defender e julgar. Na acusação fica a figura do promotor de justiça; na de defesa, o advogado;

⁷¹ Razão assiste ao doutrinador Guilherme de Souza Nucci para quem o sistema processual penal brasileiro é misto, isto é, uma junção do sistema inquisitivo e acusatório, tendo em vista que o juiz pode produzir provas de ofício e decretar prisão cautelar de ofício também, sem requerimento de alguma parte. Assim preceitua Nucci: “Nosso sistema é misto. Defendem muitos processualistas pátrios que o nosso sistema é o acusatório, porque se baseiam, certamente, nos princípios constitucionais vigentes (contraditório, separação entre acusação e órgão julgador, publicidade, ampla defesa, presunção de inocência, etc.). Entretanto, olvida-se, nessa análise, o disposto no Código de Processo Penal, que prevê a colheita inicial da prova através do inquérito policial, presidido por um bacharel em Direito, que é o delegado, com todos os requisitos do sistema inquisitivo (sigilo, ausência de contraditório e ampla defesa, procedimento eminentemente escrito, impossibilidade de recusa do condutor da investigação etc.). Somente após, ingressa-se com a ação penal e, em juízo, passam a vigorar as garantias constitucionais mencionadas, aproximando-se o procedimento do sistema acusatório. Ora, fosse verdadeiro e genuinamente acusatório, não se levariam em conta, para qualquer efeito, as provas colhidas na fase inquisitiva, o que não ocorre em nossos processos na esfera criminal. O juiz leva em consideração muito do que é produzido durante a investigação, como a prova técnica (aliás, produzida uma só vez durante o inquérito e tornando à defesa extremamente difícil a sua contestação e /ou renovação, sob o crivo do contraditório), os depoimentos colhidos e, sobretudo – e lamentavelmente – a confissão extraída do indiciado. Quantos não são os feitos em que se vê, na sentença condenatória, o magistrado fazendo expressa referência à prova colhida na fase inquisitiva, desprezando o que foi obtido em juízo?” (NUCCI, 2006, p. 77/78).

e na de julgar, o magistrado. Esse tríduo funcional deve ser obedecido para que não comprometa o resultado final do processo, sobretudo criminal.

O nono axioma “*Nulla accusatio sine probatione*”, a seu turno, está relacionado com o princípio do ônus da prova, o qual afirma que a alegação da acusação é que deve ser provada e não a da inocência. Essa expressão também é corolário ao princípio constitucional do estado de inocência, e, por conseguinte, ao princípio da jurisdicionalidade, uma vez que o indivíduo sujeito a um processo criminal é inocente até prova em contrário, isto é reconhecida judicialmente em sentença penal condenatória irrecorrível. Conforme dito no primeiro capítulo, não há que se falar em estado ou “presunção” de culpa, pois isso não existe. O que existe é de fato o estado de inocência, tendo em vista a gama de direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal de 1988.

E, por fim, Ferrajoli prescreve o décimo axioma “*Nulla probatio sine defensione*”, decorrente de todos os anteriores, o qual preceitua que sem defesa e contraditório não haverá acusação válida. Esse axioma traduz a ideia dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, corolários do princípio do devido processo legal. Assim, para que haja um processo penal válido, tem que haver necessariamente o binômio ciência e participação, isto é, o acusado deve estar ciente de que contra ele existe um processo criminal, bem como ter a possibilidade de participar desse mesmo processo para que possa se defender, havendo um “perfeito equilíbrio na relação estabelecida pela pretensão punitiva do Estado em confronto com o direito à liberdade e à manutenção do estado de inocência do acusado” (NUCCI, 2006, p. 55).

Para elucidação do princípio do contraditório, GRINOVER; CINTRA e DINARMARCO (2001, p. 55) explica com muita maestria:

O juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistante delas: ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra; somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor suas razões, de apresentar suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz. Somente pela soma da parcialidade das partes (uma representando a tese e a outra, a antítese) o juiz pode corporificar a síntese, em um processo dialético.

Associado ao princípio do contraditório está o princípio da ampla defesa que pode ser observado através da defesa técnica ou da autodefesa. A defesa técnica é patrocinada por um

advogado habilitado e, por essa razão obrigatória em um processo criminal, sob pena de nulidade absoluta. Jamais um réu pode participar de um processo sem um advogado. Caso não possa arcar com os honorários de um advogado constituído, deve o juiz nomear um defensor dativo ou um defensor público para assisti-lo. Já a autodefesa, consiste na defesa feita pelo próprio réu que pode, inclusive, se valer de seu direito ao silêncio como forma de defesa, revelando verdadeira facultatividade por parte do mesmo em exercê-la ou não.

Todos esses axiomas e princípios devem ser analisados conjuntamente num Estado Democrático de Direito, pois do contrário, pode-se afirmar que o sistema penal de um Estado não é condizente com ideias garantistas e, portanto, possuidor de bases antidemocráticas e arbitrárias no seu poder punitivo. Assim não existe pena sem crime; crime sem lei; lei sem lesão; lesão sem conduta; conduta sem dolo ou culpa; culpa sem o devido processo legal; processo sem acusação; acusação sem prova; e, por fim, prova sem contraditório e ampla defesa.

Nesse sentido, prescreve FERRAJOLI (2006, p. 95):

(...) ao estarem concatenados entre si os dez princípios do sistema SG, cada um deles estará reforçando e especificamente conotado por todos os demais, no sentido de que o alcance garantista de cada um dos axiomas será tanto maior quanto mais numerosas sejam as condições, que por sua vez devem satisfazer as condições consequentes, estabelecidas em cada um.

Percebam, pois, que os dez axiomas do sistema garantista (SG) de Ferrajoli representam um ciclo no qual deve se inserir inevitavelmente as práticas punitivas de um Estado, sob pena de desrespeito aos direitos e garantias fundamentais. Dito de outro modo, um sistema penal ideal deveria se basear na “mínima intervenção penal com as máximas garantias: nisso consiste o garantismo de Ferrajoli” (GOMES; MOLINA e BIANCHINI, 2007, p. 279), que está fundado naqueles dez axiomas. Além disso, conforme já mencionado, para que um sistema penal seja de fato garantista, deverá se adequar normativamente e fazer com que essa normatividade jurídica seja de fato cumprida, isto é, efetiva.

3.1.3 O verdadeiro significado do garantismo penal

Mas, afinal, qual o verdadeiro significado da expressão “garantismo”? Significa algo favorável ao réu apenas? Ou seja, uma postura ideológica adotada apenas no direito penal e

processual penal para beneficiar o réu? A resposta só pode ser negativa, pois o garantismo não se aplica apenas ao direito penal e processual penal e também não constitui em uma medida unicamente para beneficiar o réu.

Essa expressão (garantismo) acaba gerando uma confusão de significados frequentemente associada a discursos acadêmicos com viés crítico em torno do sistema jurídico-penal. Mas afinal, o que é ser garantista? Primeiro é necessário se desvencilhar de justificações extremistas, ou seja, entender o garantismo como uma postura contrária à intervenção do direito penal (tal como na corrente abolicionista), adotando, por conseguinte, uma solução processual mais benéfica ao acusado em qualquer situação. Tampouco, como uma postura extremamente intervencionista jurídico-penal (tal como na corrente neorrealista de esquerda), entendendo a dogmática penal e processual penal como as únicas soluções aos casos típicos, ilícitos e culpáveis, reconhecendo, consequentemente, um verdadeiro “garantismo social”, isto é, em prol da sociedade.

FELDENS (2012, p. 52) fundamenta esse entendimento dizendo que:

Em primeiro lugar, e por dizer o óbvio, para ser titular de direitos fundamentais e desfrutar de suas correlatas garantias não é necessário tornar-se réu em uma ação penal; os direitos e suas garantias também socorrem àqueles que não se vejam envolvidos em uma tal ou qual relação jurídica. Em segundo lugar, porque a teoria do garantismo não é, propriamente, uma teoria da legalidade (em sentido estrito). Logo, não pode ser uma teoria do Direito Penal ou do Processo Penal, muito embora seja evidente sua aplicabilidade a esses setores, sempre a partir de uma referência constitucional. Em terceiro lugar, porque a própria Constituição, de cuja superlegalidade extrair-se a teoria garantista, ademais de autorizar, exige, em determinados âmbitos, a intervenção jurídico-penal.

A expressão “garantismo” está relacionada com “garantias”, que do ponto de vista jurídico, significa direitos, privilégios e isenções que a Constituição de um país confere aos seus cidadãos, no sentido de maximizar a liberdade individual e minimizar as intervenções do direito de punir estatal, conforme já fora dito.

Segundo FERRAJOLI (2006, p. 786/787), a expressão “garantismo” possui três importantes significados, a saber: modelo normativo de direito; teoria jurídica em que validade e efetividade apresentam como categorias jurídicas diversas; e filosofia política que exige do Direito e do Estado justificação moderna:

Segundo um primeiro significado, “garantismo” designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de ‘estrita legalidade’, SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos.

Em um segundo significado, “garantismo” designa uma teoria jurídica da ‘validade’ e da ‘efetividade’ como categorias distintas não só entre si mas, também, pela ‘existência’ ou ‘vigor’ das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o ‘ser’ e o ‘dever ser’ no direito; e aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendentemente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia - dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica - que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas.

Segundo um terceiro significado, por fim, “garantismo” designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o ‘ser’ e o ‘dever ser’.

Pode-se dizer que a Constituição brasileira atual é uma constituição garantista, pois todos aqueles axiomas estão previstos na mesma. Então, no plano teórico não há problema, ou seja, está prescrito e deve ser lido e cumprido. O grande problema está no plano prático, isto é, no seu cumprimento de fato, na sua eficácia e na sua efetividade.

O garantismo consiste, portanto, em uma teoria constitucional de base jusfundamental que não serve apenas para otimizar os direitos fundamentais na seara penal e processual penal, mas também irradiar efeitos para todo o ordenamento jurídico. Ele visa assegurar juridicamente o aprimoramento dos direitos fundamentais a partir das próprias normas jusfundamentais. Sabe-se, hoje, que os direitos fundamentais surgiram inicialmente com o fim de impedir a arbitrariedade do Estado em face dos indivíduos. Com base nisso a Constituição criou instrumentos necessários para a proteção desses direitos, de modo a frear a arbitrariedade do Poder Público, bem como as agressões e opressões oriundas também dos próprios indivíduos, em típica relação de eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Estes representam verdadeiros limites materiais à ação ou omissão do legislador constituinte.

Conforme dito, o garantismo encontra sua referência na própria estrutura do Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, na positividade dos direitos fundamentais. Essa modalidade de Estado é o único modelo estatal capaz de dar suporte ao projeto garantista, tendo em vista que oferece instrumentos idôneos de garantias destinadas a assegurar o máximo grau de efetividade dos direitos e garantias fundamentais. Assim, será consequentemente garantista, “todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente” (FERRAJOLI, 2006, p. 786).

Uma vez compreendida a expressão “garantismo penal” bem como suas nuances, faz-se necessário analisar a legitimidade das prisões cautelares à luz do princípio constitucional do estado de inocência, sob a perspectiva do garantismo penal, o que será abordado no item subsequente.

3.2 A ILEGITIMIDADE DAS PRISÕES CAUTELARES NA TEORIA DO GARANTISMO PENAL

3.2.1 A importância dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito

A Constituição Brasileira atual não se vale de palavras e expressões inúteis. Os direitos e garantias por ela prescritos dentro do Título “Direitos e Garantias Fundamentais” não estão inseridos no início do Texto Constitucional por acaso. O direito à liberdade individual, bem como o princípio do estado de inocência, insculpidos nos respectivos incisos XV e LVII do seu artigo 5º também não foram dispostos de modo alternativo ou subsidiário. Ao contrário, os direitos fundamentais estão alocados no início da Constituição e não no meio nem no fim porque representam as prioridades do Estado. Assim este existe hodiernamente para servir ao ser humano e jamais o contrário como fora infelizmente vivido em séculos passados. Nessa nova Constituição não há espaço para o cometimento de arbitrariedades por parte do Estado, pois sob ela recai o manto do garantismo, isto é, um modelo jurídico voltado para a maximização dos direitos fundamentais e a minimização do direito punitivo estatal.

Isso não aconteceu da noite para o dia, mas foi fruto de longos anos de muitas lutas, conflitos sociais e massacres de seres humanos que reivindicavam o respeito aos seus direitos fundamentais frente às atrocidades e arbitrariedades cometidas pelo Estado.

Lado outro, essa predominância dos direitos fundamentais somente foi possível porque o Estado brasileiro se estrutura como “Estado Democrático de Direito”, diferentemente de ser simplesmente um “Estado de Direito”, concebido pelo Liberalismo⁷².

Por Estado de Direito, entende-se um sistema institucional baseado no respeito à hierarquia das normas, da separação dos poderes e dos direitos fundamentais, porém pura e simplesmente, sem necessariamente advir esse respeito de um representante eleito pelo povo de maneira democrática. Assim os mandatários políticos (que não são eleitos, mas sim escolhidos por pequenos grupos dominantes dentre interesses políticos e econômicos) são submetidos às leis promulgadas, diferentemente do Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático de Direito, por sua vez, também se constitui em um sistema institucional, garantidor dos direitos fundamentais, porém desvinculado do simples Estado de Direito, pois naquele as funções típicas e indelegáveis do Estado são exercidas por indivíduos eleitos pelo povo, conforme reza o parágrafo único do artigo 1º da Constituição brasileira de 1988: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, bem como o seu preâmbulo: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”.

Nesse sentido o fundamento da legitimidade desse Estado Constitucional repousa no núcleo axiológico da Constituição, qual seja a dignidade da pessoa humana, corolário de inúmeros outros direitos e garantias fundamentais, a exemplo do princípio do estado de inocência.

3.2.2 O princípio do estado de inocência como expressão do garantismo penal

⁷² O liberalismo é a filosofia política que tem como fundamento a defesa da liberdade individual nos campos econômico, político, religioso e intelectual, da não-agressão, do direito de propriedade privada e da supremacia do indivíduo contra as ingerências e atitudes coercitivas do poder estatal.

Conforme mencionado no capítulo primeiro, o princípio do estado de inocência se caracteriza em três tipos de normas, a saber: 1ª) norma de tratamento do acusado, na medida em que proíbe a imposição desarrazoada de quaisquer prisões processuais, servindo de impedimento para a temível banalização das prisões cautelares no processo penal; 2ª) norma de natureza probatória a ser utilizada diante de dúvida sobre fato relevante no processo penal concernente à autoria delitiva (*in dubio pro reo*), impondo ao acusador, conforme fora dito, o dever de provar o que alega; 3ª) e, por fim, norma de garantia do acusado, que o blinda de garantias inerentes ao devido processo legal em um Estado Democrático de Direito.

O princípio do estado de inocência é, sem sombra de dúvidas, expressão do garantismo penal de Ferrajoli, na medida em que representa uma garantia constitucional do acusado em ser tratado como inocente em um inquérito ou processo criminal, e não como culpado, tendo em vista que a culpa não se presume e só pode advir de uma sentença penal condenatória com trânsito em julgado. Caso contrário, não há que se falar em culpa, logo se esta existir será ilegítima e não servirá para fundamentar nenhum instituto jurídico, processual penal, a exemplo da prisão provisória ou cautelar.

Conforme comentado alhures, o nono axioma de Ferrajoli “*Nulla accusatio sine probatione*”, que representa o princípio do ônus da prova, também está relacionado com o princípio do estado de inocência, uma vez que a alegação da acusação é que deve ser provada e não a da inocência, além do que o indivíduo sujeito a um processo criminal é considerado inocente até prova em contrário, isto é reconhecida judicialmente em sentença penal condenatória irrecorrível.

O estado de inocência se releva, portanto, como uma garantia de tratamento e de prova para o acusado, exatamente como preconiza a política criminal minimalista denominada por Ferrajoli como “garantismo penal.” Trata-se do ponto de vista jurídico, conforme já fora dito, de um conjunto de privilégios, direitos e isenções que a Constituição brasileira atual confere aos seus cidadãos no sentido de maximizar a liberdade individual e minimizar as intervenções do direito de punir estatal. Com efeito, a ideia central associada com o garantismo é a proteção jurídico-penal, como sendo uma garantia dos direitos fundamentais em razão do que preceitua o artigo 5º, inciso XLI “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

É uma diretriz, um mandamento constitucional que deve, pelo princípio da supremacia constitucional, ser seguido e adotado pelas leis infraconstitucionais, a exemplo do Código Penal e, sobretudo do Código de Processo Penal. Assim denota a Constituição o grau máximo de normatividade e valoração, representando uma norma de validade a ser seguida pelas demais espécies normativas primárias.

Nesse sentido, o princípio da supremacia da constituição pressupõe que todas as situações jurídicas se conformem e se adequem aos princípios e preceitos constitucionais, dada a natureza de lei suprema, onde se encontram a própria estrutura e organização do Estado e de seus órgãos, além é claro, de suas normas fundamentais.

Os direitos fundamentais, mais precisamente o direito à liberdade e o direito ao estado de inocência, são verdadeiras cláusulas pétreas, por força do artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV da atual Constituição Federal e, por serem assim, traduzem um esforço do constituinte em assegurar a integridade desta, impedindo eventuais reformas que provoquem a destruição, o enfraquecimento ou impliquem profunda mudança de identidade. Dessa forma, contribui a Constituição para a continuidade da ordem jurídica fundamental, preservando e evitando o perecimento do Estado Democrático de Direito.

Assim, sob a ótica do garantismo penal, não somente devem existir diversas garantias e direitos fundamentais, mas também a efetivação, isto é, o exato respeito e cumprimento destes por parte do Estado, quando da atuação do poder punitivo estatal através de seus órgãos.

Um legislador infraconstitucional, por exemplo, jamais pode confeccionar uma lei sem a observância dos direitos fundamentais prescritos na Constituição brasileira. Dessa forma, andou bem o legislador que criou a Lei nº 12.403/11, pois, não obstante as críticas⁷³, conseguiu modificar o Código de Processo Penal, notadamente na parte de prisão e de liberdade provisória, através de uma releitura dos princípios e direitos fundamentais insculpidos no artigo 5º da CF.

⁷³Apesar de algumas críticas, que não serão examinadas nesse trabalho em virtude da exiguidade temporal.

3.2.3 A ilegitimidade das prisões cautelares à luz do princípio do estado de inocência

Dessa forma, as normas do CPP, com razão, expressam a máxima de que a regra no ordenamento jurídico pátrio é a liberdade, ou seja, o direito fundamental à liberdade, corolário ao princípio do estado de inocência e de que a prisão cautelar é a exceção. Hoje, pela alteração legislativa só se pode prender alguém, primeiro, se for extremamente necessário e atendido os requisitos legais⁷⁴ e, segundo, se, mesmo atendidos estes, não couber uma medida cautelar diversa da prisão. A prisão preventiva se tornou, portanto, secundária, subsidiária, conforme o parágrafo 6º do artigo 282, do CPP.

Antes dessa lei, outras leis, a exemplo das Leis nº 11.689/08 e a 11.719/08, que inseriram alterações no procedimento especial do júri e no procedimento ordinário, respectivamente, também trouxeram alterações de cunho garantista, na medida em que criou, dentre outras medidas, a resposta à acusação e absolvição sumária, transferiu o momento do interrogatório do réu para depois da oitiva da vítima e das testemunhas de acusação e defesa, bem como destituiu, como regra, a necessidade de algemas no acusado no salão do júri, tudo isso como uma forma de efetivar o princípio do estado de inocência e do direito fundamental à liberdade do indivíduo, numa leitura literal da Constituição Federal.

A natureza jurídica do princípio do estado de inocência (seja norma de tratamento, seja norma probatória, seja norma de garantia) está intimamente relacionada com a limitação à aplicação das prisões cautelares ao suspeito em um inquérito policial ou processo criminal pendente de sentença irrecorrível. Revela-se um tanto quanto incompatível tal princípio com a aplicação das prisões cautelares, notadamente quando se fala de prisão preventiva, cujos requisitos autorizadores são, em grande maioria, altamente subjetivos e abstratos à mercê da discricionariedade do magistrado que julgará a causa.

Conforme supramencionado, a prisão cautelar se constitui em uma prisão excepcional, isto é, que somente deve ser aplicada em último caso e, desde que extremamente necessário, tendo em vista o direito fundamental, cláusula pétrea à liberdade individual e o princípio do estado de inocência. Como impor um cerceamento da liberdade de locomoção a alguém que

⁷⁴ Mesmo assim, não são suficientes dadas à abstração e subjetividade do seu conteúdo.

ainda não foi definitivamente julgado? Onde está o direito fundamental que toda parte tem no processo a um devido processo legal? É melhor absolver um criminoso do que punir um inocente. Dito de outro modo, o princípio do estado de inocência representa “o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado” (FERRAJOLI, 2006, p. 506).

Nesse sentido, FERRAJOLI (2006, p. 379-380) disserta:

(...) a prisão tem sido sempre, em oposição a seu modelo teórico e normativo, muito mais do que a ‘privação de um tempo abstrato de liberdade’. Inevitavelmente, tem conservado muitos elementos de aflição física, que se manifestam nas formas de vida e de tratamento, e que diferem das antigas penas corporais somente porque não estão concentradas no tempo, senão que se dilatam ao longo da duração da pena. Ademais, à aflição corporal da pena carcerária acrescenta-se a aflição psicológica: a solidão, o isolamento, a sujeição disciplinária, a perda da sociabilidade e da afetividade e, por conseguinte, da identidade, além da aflição específica que se associa à pretensão reeducativa e em geral a qualquer tratamento dirigido a vergar e a transformar a pessoa do preso. (...) É óbvio que, dois séculos depois, a condição das prisões tem melhorado; porém a atipicidade e imprevisibilidade dos conteúdos da privação da liberdade não têm mudado, mas, sim, agravado. Esses conteúdos, confiados à discricionariedade das autoridades carcerárias, variam profundamente segundo os tipos de presos e, sobretudo, de estabelecimentos carcerários; e conferem, assim, à pena privativa de liberdade, em contraste com a proclamada certeza e igualdade, um caráter substancialmente arbitrário e desigual.

E arremata dizendo:

A prisão é, portanto, uma instituição ao mesmo tempo antiliberal, desigual, atípica, extralegal e extrajudicial, ao menos em parte, lesiva para a dignidade das pessoas, penosa e inutilmente aflitiva. Por isso resulta tão justificada a superação ou, ao menos, uma drástica redução da duração, tanto mínima quanto máxima, da pena privativa de liberdade, instituição cada vez mais carente de sentido, que produz um custo de sofrimentos não compensados por apreciáveis vantagens para quem quer que seja.

Sob a perspectiva da prisão provisória, o princípio do estado de inocência deve ser levado em consideração no momento da decretação de uma prisão em flagrante, preventiva ou temporária, sob pena de se tornar um “inútil engodo” e provocar “o esvaecimento de todas as outras garantias penais e processuais” (FERRAJOLI, 2006, p. 511).

Para FERRAJOLI (2006, p. 511):

(...) toda prisão sem julgamento ofende o sentimento comum de justiça, sendo entendido como um ato de força e de arbítrio. Não há de fato qualquer provimento judicial e mesmo qualquer ato dos poderes públicos que desperte tanto medo e insegurança e solape a confiança no direito quanto o encarceramento de um cidadão, às vezes por anos, sem processo. E é um mísero paralogismo dizer que o cárcere preventivo não contradiz o princípio *nula poena sine iudicio* – ou seja a submissão à jurisdição em seu sentido mais lato –, pois não se trata de uma pena, mas de outra coisa: medida cautelar, ou processual, ou seja como for, não penal.

A prisão preventiva, por exemplo, evoluiu ao longo dos anos e se espalhou pelo mundo se concretizando, infelizmente, em uma medida preventiva de execução provisória da pena contra os perigosos e suspeitos, segundo FERRAJOLI (2006, p. 509):

A consequência dessa esboçada legitimação foi que a prisão preventiva, depois do retrocesso autoritário e inquisitório da cultura penal oitocentista, arraigou-se profundamente em todos os ordenamentos europeus, estando presente nas cartas constitucionais, consolidando-se nos códigos e estendendo-se nas práticas até atingir as bem conhecidas dimensões patológicas hodiernas. A perversão mais grave do instituto, legitimada infelizmente por Carrara e antes de tudo por Pagano, foi a sua mutação de instrumento exclusivamente processual destinado à ‘estrita necessidade’ instrutória para instrumento de prevenção e de defesa social, motivado pelas necessidades de impedir que o imputado cometa outros crimes. É claro que um argumento como esse, fazendo pesar sobre o imputado uma presunção de periculosidade baseada unicamente na suspeita da conduta delitiva, equivale de fato a uma presunção de culpabilidade; que, além disso, atribuindo à prisão preventiva as mesmas finalidades e o mesmo conteúdo aflitivo da pena, serve para privá-la daquele único argumento representado pelo sofisma segundo o qual ela seria uma medida ‘processual’, ‘cautelar’ ou até mesmo ‘não penal’, ao invés de uma ilegítima pena sem juízo.

Mas, afinal, por que a prisão cautelar existe, ou seja, quais são, de fato, as reais necessidades dessa prisão que a torna compatível com o princípio do estado de inocência? Seria segundo o pai do garantismo penal, “a do perigo de deterioração das provas e a do perigo de fuga do acusado” (FERRAJOLI, 2006, p. 512), segundo doutrina e jurisprudência mais modernas. Ferrajoli não se satisfaz com esses dois fundamentos relacionados às necessidades da prisão cautelar e questiona se são suficientes para justificar a limitação ao direito de locomoção de alguém:

Mas é isso bastante para considera-los justificados? São as duas finalidades processuais, em outras palavras, realmente legítimas e, ainda, não desproporcionais ao sacrifício imposto pelo meio de as atingir? Ou, ao contrário, não existem meios do mesmo modo pertinentes mas menos gravosos tornado “desnecessário” o recurso à prisão sem processo? (2006, p. 512)

Ainda que para apuração de delitos mais graves, a prisão cautelar, segundo Ferrajoli, não deve prosperar com a finalidade de evitar que o imputado altere o estado das provas ou que apresente defesa falsa. Mas poder-se-á questionar, então o que fazer ainda nesses casos de crimes mais complexos? Segundo aquele doutrinador, a custódia cautelar deveria ser substituída por uma “simples condução coercitiva do imputado à presença do juiz e por sua detenção durante o tempo estritamente necessário para interrogá-lo em uma audiência preliminar ou em um incidente probatório” (2006, p. 513). Isso atenderia a exigência constitucional do princípio do estado de inocência e do direito fundamental à liberdade individual, sem contar que evitaria aqueles efeitos midiáticos infamantes e vexatórios do réu que “representam hoje um dos aspectos (extralegais e extrajudiciais) mais humilhantes e aflitivos de todo o sistema punitivo” (2006, p. 513).

Nesse diapasão já dizia LOPES JR (2012, p. 239) que é necessário uma

(...) proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu, levando à conclusão de que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deva ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. (...) o bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência.

No que tange ao fundamento de perigo de fuga do imputado, este também não deve prosperar e muito menos legitimar uma prisão preventiva, segundo Ferrajoli, pois ela acontece mais pelo medo da própria prisão preventiva do que pelo medo da pena. Esse perigo não representa verdadeiramente um perigo, por três razões apontadas por Ferrajoli (2006, p. 514/515):

Primeiramente é bem difícil, em uma sociedade informatizada e internacionalmente integrada como a atual, uma fuga definitiva; e talvez bastasse para desencorajá-la uma vigilância mais intensa ao imputado sobretudo nos dias precedentes à sentença. Em segundo lugar, a opção de fuga pelo imputado, forçando-o à clandestinidade e a um estado de permanente insegurança, é já por si só normalmente uma pena gravíssima, não muito diversa da antiga *acqua et igni interdictio* prevista pelos romanos como pena capital. Em terceiro lugar, supondo que da fuga não restassem rastros do imputado, ela teria alcançado, na maior parte dos casos, o efeito de neutralizá-lo para a tranquilidade das finalidades de prevenção do direito

penal. (...) disso segue que a mitigação das penas reduz proporcionalmente o perigo de fuga dos imputados.

Poderia nesse caso, ser de fato suprimida a possibilidade de decretação da prisão preventiva pela adoção de uma medida cautelar diversa da prisão, a exemplo da cassação de um passaporte ou da proibição de o suspeito frequentar determinados lugares, conforme será exposto a seguir.

Ferrajoli chega ao extremo de defender a extinção da prisão preventiva, ou seja, o processo penal deveria existir sem a prisão preventiva. Mas se for entendido profundamente o propósito do garantismo penal, verificar-se-á que a essa situação de prisão não passa de uma fantasia, como ele mesmo denominou, mas sim de um ranço histórico norteado por violência, força e resistência imposta por grupos conservadores.

Assim, FERRAJOLI (2006, p. 516) preceitua:

Não escondo que a perspectiva aqui proposta pode parecer, a curto prazo, uma quimera. Mas isso depende não tanto de razões lógicas ou técnico-jurídicas, mas, ao contrário, da inatividade dos aparatos e da força de resistência que sempre é oposta pelas culturas conservadoras. Um argumento no qual se baseiam muitos defensores da prisão preventiva é o clamor social originado pela ideia de que um delinquente ainda não julgado não seja punido imediatamente. Pode ocorrer que nisso haja algo de verdade: uma parte da opinião pública seguramente associa finalidades diretamente repressivas à prisão preventiva. Mas essa ideia primordial do bode expiatório é justamente uma daquelas contra a qual nasceu aquele delicado mecanismo que é o processo penal, que não serve, como já afirmei, para proteger a maioria, mas sim para proteger, ainda que contra a maioria, aqueles cidadãos individualizados que, não obstante suspeitos, não podem ser ditos culpados sem provas.

Apesar de evoluída intelectualmente a postura garantista de Ferrajoli, ela não deve, num primeiro momento, ser aplicada a ferro e fogo, isto é, de maneira absoluta. Nem é esse o propósito da verdadeira política garantista, pois defender uma posição absolutamente não intervencionista e indiscriminadamente favorável ao réu é um verdadeiro erro.

O que deve existir é uma conciliação, uma harmonia entre a liberdade do acusado e do direito estatal na aplicação das prisões preventivas, pautadas em medidas alternativas de natureza provisória, que observem a dignidade da pessoa humana, posto que o processo penal

deve servir mais à liberdade do réu do que à pretensão estatal de eventual sentença penal condenatória. Esse sim é o verdadeiro propósito do garantismo penal.

No que tange às prisões cautelares, esse entendimento ganha mais destaque, notadamente quando se falam em prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva. Em qualquer uma delas, o operador e intérprete do direito não pode se deixar levar pelo populismo penal e conservador, feita por leigos que nada sabem do mundo jurídico, notadamente sobre os direitos e garantias fundamentais, e acreditar que o Brasil é o país da impunidade e que, portanto, deve ser corrigida a criminalidade aumentando as penas e, principalmente, as prisões cautelares e definitivas. A solução não é esta, embora muitos leigos afoitamente acreditem. A realidade é que o Poder Judiciário Brasileiro, em sua maioria, não usa corretamente as prisões cautelares, mas sim “(ab) usa” delas, conforme expressão transcrita por LOPES JÚNIOR (2012, p.778), decretando-as antes mesmo de conhecer o caso concreto, entendendo-as como verdadeira antecipação de pena.

Esse posicionamento não é perceptível apenas na doutrina, mas, sobretudo na jurisprudência, inclusive do guardião da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal:

A prisão cautelar não pode – e não deve – ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão cautelar – que não deve ser confundida com a prisão penal – não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. (STF, HC 98.821, CE, 2ª T. rel. Min. Celso de Mello, j. 9-3-2010. Dje de 16-4-2010).

Assim é preciso que a prisão cautelar obedeça aos seus requisitos intrínsecos e não se transforme em prisão cautelar de natureza obrigatória, pois caso assim fosse não seria cautelar, mas sim representaria verdadeira antecipação de pena, “absolutamente incompatível com o estado de inocência e todo rol dos direitos fundamentais” (LOPES JR, 2012, p. 899) e, consequentemente, pelo próprio sistema do garantismo penal.

SOARES (2013, p. 4) entende a prisão como verdadeiro “atestado de falência civilizatória”, e esclarece com muita maestria:

(...) Mas não nos precipitemos a daí deduzir que o Brasil seja o país da impunidade, como o populismo penal conservador e a esquerda punitiva costumam alardear. Pelo contrário, temos a quarta população carcerária do mundo e, provavelmente, a taxa de crescimento mais veloz. Ou seja, além de não evitar as mortes violentas intencionais e de não as investigar, o Estado brasileiro prende muito e mal. As prioridades estão trocadas. A vida não é valorizada e se abusa do encarceramento. A privação de liberdade, este atestado de falência civilizatória, para a qual ainda não dispomos de alternativa hábil, deveria ser o último recurso, exclusivamente para casos violentos, crimes contra a pessoa, quando o agressor representasse riscos reais para a sociedade. Hoje, temos 550 mil presos. Entre os presos, apenas cerca de 12% cumprem pena por crimes letais. 40% são provisórios.

CERVINI (1995, p. 46), corroborando com o garantismo penal de Ferrajoli, entende a prisão, por sua vez, como um instituto “estigmatizante” que não desenvolve as atividades de reabilitação tal como seu propósito:

Atualmente, nenhum especialista entende que as instituições de custódia estejam desenvolvendo as atividades de reabilitação e correção que a sociedade lhes atribui. O fenômeno da prisionização ou aculturação do detento, a potencialidade criminalizante do meio carcerário que condiciona futuras carreiras criminais (fenômeno do contágio), os efeitos da estigmatização, a transferência da pena e outras características próprias de toda instituição total inibem qualquer possibilidade de tratamento eficaz e as próprias cifras de reincidência são por si só eloquentes. Ademais, a carência de meios, instalações e pessoal capacitado agravam esse terrível panorama.

O correto seria a utilização cada vez mais das medidas de política criminal que diminuam o acesso à prisão, sem necessariamente diminuir o controle penal. A prisão, na visão do garantismo penal, deve ser entendida como *última ratio*, tendo em vista a obediência ao princípio do estado de inocência. Esse deve ser o objetivo do Direito Penal e Processual Penal moderno.

A prisão em flagrante, a seu turno, possui inúmeras irregularidades sob o ponto de vista do direito processual penal. As hipóteses autorizadoras da prisão em flagrante dos incisos III e IV são problemáticas, pois dependem muito do caso concreto e da atuação discricionária da autoridade policial até mesmo da maneira como o policial descreve no boletim de ocorrência. Uma palavra pode mudar o contexto histórico dos fatos e, conseqüentemente, ensejar um flagrante indevido, como foi explicitado no capítulo segundo.

Somado a essas hipóteses, têm-se os polêmicos flagrantes forjado e preparado, conforme já fora muito bem explicado no capítulo segundo. O flagrante preparado é

extremamente ilegal porque jamais pode ser praticado voluntariamente pelo suposto infrator, dada à indução ou instigação de um provocador. Da mesma forma o flagrante forjado em razão de um agente policial forçar um flagrante de um crime inexistente com o fim de responsabilizar penalmente uma pessoa inocente.

Nesse sentido, trilha-se a recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça abaixo:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ARTIGO 157, § 2º, INCISOS I E II , DO CÓDIGO PENAL . NULIDADE DO AUTO DE PRISÃO EM **FLAGRANTE**. INOCORRÊNCIA. **FLAGRANTE PRESUMIDO** OU **FICTO**. PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA NÃO DEMONSTRADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. O relato da dinâmica dos fatos revela que a prisão em **flagrante** do paciente subsume-se perfeitamente à hipótese prevista no artigo 302, inciso IV, do CPP - **flagrante presumido** ou **ficto** - em que o agente, embora não tenha sofrido a perseguição imediata, é preso logo depois da prática do crime, portando armas, objetos ou papéis que façam **presumir** ser o autor do delito. 2. A manutenção preventiva no cárcere, por ser medida excepcional que restringe a liberdade individual, em face da presunção de não culpabilidade, exige a devida fundamentação calcada em elementos concretos que indiquem a necessidade da custódia cautelar. 3. In casu, o indeferimento da liberdade provisória teve por lastro, unicamente, a gravidade do delito, deixando a fundamentação de contemplar qualquer outra situação capaz de justificar a manutenção da prisão processual do paciente para a garantia de ordem pública. Precedentes. 4. Esta Corte mantém entendimento que o prazo para conclusão da instrução criminal não é algo submetido às rígidas diretrizes matemáticas. Deve ser analisado o feito em face de suas peculiaridades para aferir a existência de constrangimento ilegal. 5. A complexidade da causa, presença de vários co-réus e expedição de carta precatória justificam dilação no prazo para conclusão da instrução criminal. 6. Ordem concedida para determinar a imediata soltura do paciente, mediante o compromisso de comparecimento a todos os atos do processo. (STJ - HC 47091 PA 2005/0138094-9. Publicado em 27-03-2011) *Grifo nosso*.

A prisão temporária, por sua vez, também não foge à regra de imprecisão e desrespeito aos direitos e garantias fundamentais (diga-se ao garantismo penal), uma vez que serve apenas para a investigação policial. Falta-lhe, pois, base “empírica idônea” (MIN. EROS GRAU, HC 95.009-4/SP, p. 41) para a decretação e manutenção do suspeito em cárcere. Apesar disso, ela é dentre as demais, a menos “injusta”, uma vez que possui prazo máximo de duração, qual seja, cinco dias, prorrogáveis por igual prazo, em se tratando de crime comum, ou de trinta dias, prorrogáveis por mais trinta dias, em se tratando de crimes hediondos, desde que demonstrada estrita necessidade em ambos os casos. Se esse prazo não for observado,

constituirá cerceamento de defesa do suspeito e poderá configurar crime de abuso de autoridade por parte das autoridades policiais ou judiciais. Talvez seja por isso que o magistrado ao receber o pedido de temporária, prefira decretar uma preventiva, tendo em vista que não possui prazo e se torna mais fácil “se livrar” do delinquente por um tempo do que respeitar o seu direito à liberdade e ao estado de inocência. Nesse sentido, há o entendimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO PASSIVA E ATIVA. FALSIDADE IDEOLÓGICA. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. **PRISÃO TEMPORÁRIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.** 1 Paciente acusado de integrar quadrilha composta por servidores da secretaria de saúde do distrito federal formando extensa e complexa rede com pessoas influentes, alegando a autoridade policial a capacidade de interferir na coleta de testemunhos. 2 **A prisão temporária é uma medida de exceção em face dos princípios da presunção de inocência e da dignidade humana, que consagram a relevância da liberdade individual diante do poderio estatal. Por isso, só pode ser decretada quando se apresentar absolutamente imprescindível para a coleta de determinada prova, que, de outro modo, não poderia ser obtida. Exige fundamentação idônea e consistente, que não se restrinja a simplesmente enunciar fórmulas e expressões da norma legal, mas vazias de conteúdo e desconectadas da realidade concreta que exsurjam do processo inquisitório.** 3 As investigações estão ainda na fase inicial e os elementos colhidos não permitem sequer concluir, num juízo de cognição sumária, a efetiva formação de uma quadrilha estável e permanente para assaltar o erário, de forma esquematizada pela divisão de tarefas, hierarquizada e com objetivos definidos. A esta conclusão poder-se-á chegar após regular produção de provas, ainda que inquisitórias, que afastem os institutos da participação ou coautoria. Tal como posta, a prisão provisória se apresenta como reminiscência de priscas eras, onde a prisão do suspeito era uma forma de quebrantar-lhe o espírito e obrigá-lo a confessar seu crime, já que não foi demonstrada sua imprescindibilidade para proporcionar a coleta de determinada prova. 4 Ordem concedida. (TJ-DF - HC 116502920108070000 DF 0011650-29.2010.807.0000. rel. George Lopes Leite, 1ª turma criminal. Publicado no D.j. em 15/09/2010). *Grifo nosso*

RANGEL, a seu turno, (2004, p. 643) expõe que:

A prisão não pode ser uma satisfação à sociedade por mais grave que seja o crime, mas sim uma necessidade para se assegurar o curso do processo. No caso da temporária é para assegurar que se realize uma investigação sobre o fato, dizem, praticado pelo apontado suspeito, o que, por si só, é inadmissível. Prender um suspeito para investigar se é ele, é barbárie. Só na ditadura e, portanto, no Estado de exceção.

Decretar uma prisão temporária para investigar é extremamente ofensivo ao sistema de direitos e garantias previstos no ordenamento jurídico brasileiro. Significa, pois, prisão por averiguação que não existe mais desde a ditadura militar brasileira da década de 60.

A maior aberração jurídica sem sombra de dúvidas reside na figura da prisão preventiva, bem como nos requisitos processuais penais de sua decretação. Esta sim constitui verdadeiro abuso e antecipação de pena, na maioria dos casos, em razão da falta de prazo estipulado para sua duração⁷⁵ e da ausência de fundamentação idônea.

Conforme dito, infelizmente grande parte dos magistrados acaba decretando a prisão preventiva como regra e não como exceção, legitimando-a sob os requisitos altamente abstratos e subjetivos previstos no CPP. Na dúvida, eles se esquecem do princípio constitucional do estado de inocência e do próprio garantismo penal que norteiam a Constituição Brasileira e optam por encarcerar um indivíduo, desprezando por completo o seu direito fundamental de liberdade.

Assim, decretar uma prisão preventiva contra alguém em razão da gravidade do delito pura e simples associada a expressões populares de apelo não fundamentam os requisitos da mesma previstos no artigo 312 do CPP. Sendo assim se torna ilegítima caso seja decretada pelo juiz, pois a suposta ameaça que o agente causa à ordem pública só deve ser efetivamente aferida no desenvolvimento natural da instrução criminal, com respeito ao devido processo legal em consonância com o princípio do estado de inocência.

Em consonância com o exposto acima, se mostra o entendimento recente do Supremo Tribunal Federal, abordando em grande parte os requisitos que na prática fundamentam a decretação de uma prisão preventiva:

Em virtude do princípio constitucional da não culpabilidade, a custódia acauteladora há de ser tomada como exceção. Cumpre interpretar os preceitos que a regem de forma estrita, reservando-a a situações em que a liberdade do acusado coloque em risco os cidadãos ou a instrução penal.

⁷⁵ O que não ocorre, em regra, com a prisão em flagrante que dura até 24 (vinte e quatro) horas, após a reforma do Código de Processo Penal e à prisão temporária que possui os prazos supramencionados delimitados na Lei nº 7.960/89.

PRISÃO PREVENTIVA – IMPUTAÇÃO. A imputação não respalda a prisão preventiva, sob pena de presumir-se a culpa. PRISÃO PREVENTIVA – SUPOSIÇÕES. Não fundamentam a prisão preventiva simples suposições quanto a poder o acusado deixar o distrito da culpa e a vir a obstaculizar a instrução criminal. PRISÃO PREVENTIVA – PERICULOSIDADE DE ENVOLVIDO. A periculosidade de um dos envolvidos surge com caráter individual, não servindo, ainda que seja o chefe da suposta quadrilha, a levar à prisão de outros acusados. PRISÃO PREVENTIVA – MINISTÉRIO PÚBLICO E JUDICIÁRIO – RIGOR. A credibilidade, quer do Ministério Público, quer do Judiciário, não está na adoção de postura rigorosa à margem da ordem jurídica, mas na observância desta. PRISÃO PREVENTIVA – EPISÓDIO – REPERCUSSÃO NACIONAL E SENTIMENTO DA SOCIEDADE. Nem a repercussão nacional de certo episódio, nem o sentimento de indignação da sociedade lastreiam a custódia preventiva. (STF, HC 101537/MS. Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª T. Publicado em 14/11/2011.

Ainda sobre a decretação da prisão preventiva e a violação do princípio do estado de inocência, segue o entendimento também recente do Supremo Tribunal Federal:

PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL. PRISÃO CAUTELAR, NA MODALIDADE PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL INSUFICIENTE PARA PREENCHER O CONTEÚDO MÍNIMO DA GARANTIA QUE SE LÊ NO INCISO IX DO ART. 93 DA CF. FUNDAMENTOS VAGOS, RETÓRICOS E REFUGADOS PELA AMPLA JURISPRUDÊNCIA DO STF. ORDEM CONCEDIDA. 1. A garantia da fundamentação dos julgamentos importa o dever judicante da real ou efetiva demonstração de que o aprisionamento de alguém atende a pelo menos um dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Sem o que se dá a inversão da lógica elementar da Constituição, segundo a qual a **presunção de não-culpabilidade é de prevalecer até o momento do trânsito em julgado de sentença penal condenatória**. Até porque, no julgamento do HC 84.078, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, entendeu inconstitucional a execução provisória da pena. Na oportunidade, assentou-se que o cumprimento antecipado da sanção penal ofende o direito constitucional à presunção de não culpabilidade. Direito subjetivo do indivíduo que tem a sua força quebrantada numa única passagem da Constituição Federal. Leia-se: “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” (inciso LXI do art. 5º). 2. Enquanto a incolumidade das pessoas e do patrimônio alheio é a própria razão de ser da criminalização das condutas a ela contrárias, a ordem pública é algo também socialmente valioso – e por isso juridicamente protegido –, não se confundindo mesmo com tal incolumidade. Cuida-se de bem jurídico a preservar por efeito, justamente, do modo personalizado ou das especialíssimas circunstâncias subjetivas em que se deu a concreta violação da integridade das pessoas e do patrimônio de outrem, como também da saúde pública. Pelo que ela, ordem pública, se revela como bem jurídico distinto daquela incolumidade em si, mas que pode resultar mais ou menos fragilizado pelo próprio modo ou em decorrência das circunstâncias em que

penalmente violada a esfera de integridade das pessoas ou do patrimônio de terceiros. Daí a sua categorização jurídico-positiva, não como descrição de delito ou cominação de pena, mas como pressuposto de prisão cautelar; ou seja, como imperiosa necessidade de acautelar o meio social contra fatores de perturbação que já se localizam na mencionada gravidade incomum na execução de certos crimes. Não da incomum gravidade desse ou daquele delito, entenda-se. Mas da incomum gravidade da protagonização em si do crime e de suas circunstâncias, levando à consistente ilação de que, solto, o agente reincidirá no delito, ou, então, atuará de modo a facilitar o respectivo acobertamento. Donde o prefalado vínculo operacional entre necessidade de preservação da ordem pública e acautelamento do meio social. Conceito de ordem pública que se desvincula do conceito de incolumidade das pessoas e do patrimônio alheio, mas que se enlaça umbilicalmente ao conceito de acautelamento do meio social. 3. É certo que, para condenar penalmente alguém, o órgão julgador tem que olhar para trás e ver em que medida os fatos delituosos e suas circunstâncias dão conta da culpabilidade do acusado. Já no que toca à decretação da prisão preventiva, se também é certo que o juiz valora esses mesmos fatos e circunstâncias, ele o faz na perspectiva da aferição da periculosidade do agente. Não propriamente da respectiva culpabilidade. Pelo que o quantum da pena está para a culpabilidade do agente assim como o decreto de prisão preventiva está para a periculosidade, pois é tal periculosidade que pode colocar em risco o meio social quanto à possibilidade de reiteração delitiva (cuidando-se, claro, de prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública). **Donde a firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a simples alusão à gravidade do delito ou a expressões de mero apelo retórico não valida a ordem de prisão cautelar. Isso porque a ameaça que o agente representaria à ordem pública só é de ser aferida com a própria tessitura dos fatos.** É dizer: o juízo de que determinada pessoa encarna verdadeiro risco à coletividade só é de ser feito com base no quadro fático da causa e, nele, fundamentado o respectivo decreto de prisão cautelar. Sem o que não se demonstra o necessário vínculo operacional entre a necessidade da prisão cautelar do acusado e o efetivo acautelamento do meio social. 4. No caso, não se encontra no decreto de prisão o conteúdo mínimo da garantia da fundamentação real das decisões judiciais. Garantia constitucional que se lê na segunda parte do inciso LXI do art. 5º e na parte inicial do inciso IX do art. 93 da Constituição Federal e sem a qual não se viabiliza a ampla defesa nem se afere o dever do juiz de se manter equidistante das partes processuais em litígio. Noutro falar: garantia processual que junte o magistrado a coordenadas objetivas de imparcialidade e propicia às partes conhecer os motivos que levaram o julgador a decidir neste ou naquele sentido. 5. Ordem concedida para cassar o desfundamentado decreto de prisão cautelar; ressalvada a possibilidade de expedição de novo título prisional, embasado na concretude da causa. (STF: HC 105879 / PE - PERNAMBUCO HABEAS CORPUS. Relator(a): Min. AYRES BRITTO. Julgamento: 05/04/2011 – *grifo nosso*)

A esse respeito, FERRAJOLI (2006, P. 458) entende o princípio do estado de inocência como o princípio fundamental da civilidade e assim preceitua:

O princípio fundamental de civilidade representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo

da impunidade de algum culpado. (...) como se pode admitir a prisão de uma pessoa, mesmo se tendo dúvidas de sua culpabilidade, pois sem o devido processo legal não há como ter certeza da autoria delitiva, uma vez que ainda não foram produzidas todas as provas?

Dessa forma, a culpabilidade não pode ser presumida ou testada, ao contrário, isto é, a inocência deve ser pairar sob uma pessoa em um inquérito ou processo criminal. Para se presumir uma culpa deve haver, necessariamente, o fim de um devido processo legal, pois caso não seja assim, é melhor adotar a presunção a favor do réu, pois como já dito é melhor deixar em liberdade um culpado do que prender um inocente.

3.2.4 A prisão como *ultima ratio*: uma solução à luz do garantismo penal

Diante de todo o exposto, o leitor deve estar se perguntando: Mas, então, já que a prisão definitiva e, sobretudo a provisória é tão perversa, ela deve ser abolida por completo. Diante disso o que fazer com os delinquentes que praticam crimes bárbaros? Com assassinos em série? Com estupradores habituais?

É evidente que o propósito do presente trabalho, não é defender absolutamente a extinção das prisões cautelares ou mesmo da não intervenção punitiva estatal.

Fazendo uma leitura literal da Constituição, a prisão preventiva, bem como as cautelares de um modo geral, não deveriam existir tendo em vista o direito fundamental de liberdade, bem como o princípio do estado de inocência, contudo essa interpretação é exagerada e equivocada, se sustentada através do escudo do garantismo penal. O próprio garantismo penal é contrário a esse entendimento absoluto. Garantismo penal não é defesa extrema das garantias fundamentais previstas na Constituição Federal sem nenhuma intervenção estatal, até mesmo porque na Constituição Federal também há o direito e garantia fundamental à segurança pública. O garantismo penal é minimalista, como já foi exposto, logo ele defende uma intervenção estatal mínima e uma máxima liberdade individual. Um mínimo de intervenção é salutar em um Estado Democrático de Direito, porém que essa intervenção respeite ao máximo os direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Essa intervenção não significa, porém, decretação desmedida de prisões cautelares. É preciso conciliar as duas vertentes aparentemente conflitantes.

MARCÃO (2012, p. 56) assim preleciona:

Se a prisão como pena é um mal, é evidente que toda prisão que antecede o trânsito em julgado de sentença penal condenatória representa medida ainda mais danosa. Não se pode negar, entretanto, sua utilidade e imprescindibilidade para que se possa alcançar a desejada eficácia do sistema penal, especialmente em relação a determinados tipos de crimes.

Apesar de louvável o posicionamento do doutrinador acima, *data máxima venia*, com ele não se pode concordar totalmente uma vez que a prisão não pode ser considerada um recurso necessário e que realmente reúne os propósitos (fins) da pena⁷⁶, pois isso não ocorre e há muito tempo já se sabe disso. O sistema carcerário em si está falido, isso não é novidade para ninguém. Dessa maneira, o que é defendido nesse trabalho não é a completa extinção da prisão, tampouco da prisão cautelar, mas sim que esta seja aplicada apenas em último caso e, após verificada a possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, estas sim, legítimas cautelares que estão em consonância com o garantismo penal, isto é, com a observâncias dos direitos e garantias fundamentais, a exemplo do direito à liberdade pessoal, bem como ao princípio do estado de inocência.

Sem contar, por óbvio, com o excesso de prazo na prisão cautelar e no possível “esquecimento” do acusado no cárcere em razão de não possuir um defensor constituído nos autos, como afirmou Gilmar Mendes em entrevista concedida ao Jornal “Folha de São Paulo” (9/12/2013, jornalista Mônica Bergamo)⁷⁷, sobre o problema das prisões brasileiras e os

⁷⁶ Retribuição, Prevenção (geral e especial) e Ressocialização.

⁷⁷ **Folha:** Quando presidiu o STF (Supremo Tribunal Federal) e o CNJ (Conselho Nacional de Justiça), em 2008, o senhor organizou mutirões carcerários e visitou presídios em todo o país. O que encontrou?

Gilmar: Um quadro de desmando completo (presídios), de abandono, de pessoas amontoadas. O preso está mal, com problema de saúde, ele é colocado fora da grade, mas deitado no chão. No presídio de Pedrinhas, no Maranhão, encontramos um sujeito com o ventre aberto. No Espírito Santo, presos estavam num contêiner. Os de cima faziam necessidades nos que estavam embaixo.

Folha: O que mais os mutirões carcerários revelaram?

Gilmar: Em cerca de um ano, detectamos algo como 22 mil presos há três, quatro, sete anos, sem inquérito concluído. No Ceará, encontramos uma pessoa presa há 14 anos sem julgamento. Há aqueles que já cumpriram a pena e estão esquecidos nos presídios.

Folha: Lugar de bandido é na cadeia?

Gilmar: A mensagem, em geral, é a do endurecimento. Nada contra. Mas isso dá uma ilusão de ótica para a sociedade. Não é a resposta adequada a todas as mazelas. O sistema de segurança pública é mais complexo. Não basta colocar o sujeito no presídio. Ele pode ser solto no momento seguinte, porque o juiz não deliberou e houve excesso de prazo, por exemplo. E aí, na comunidade, a repercussão negativa é enorme. A justiça criminal envolve o Ministério Público, a Defensoria Pública, o sistema prisional, a polícia. É por isso que eu digo: nós temos que olhar as árvores e a floresta. O sistema é de uma disfuncionalidade completa. É preciso um freio de arrumação, uma “concertación”, um grande mutirão institucional nessa área. Nós temos aqui também o retrato do Brasil: é o caos, graças à má gestão.

mutirões carcerários, respectivamente que ocorreram quando ele era presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, em 2008 e visitou vários presídios brasileiros.

O acusado fica, pois, vulnerável diante dos erros e falhas do Poder Judiciário que, em razão das inúmeras demandas, do excesso de trabalho e de poucos servidores e juízes, não consegue fiscalizar todos os processos e promover os benefícios processuais legais aos presos provisórios e definitivos, deixando-os à mercê do esquecimento, uma vez que, a grande maioria não possui advogado, tampouco defensor público, já que esta carreira jurídica é de cunho estadual e fica condicionada a recursos orçamentários do Estado ao qual está vinculada o que, muitas vezes, dificulta até mesmo a criação desse órgão no respectivo Estado.

Sendo assim, nada mais prudente por parte do Poder Judiciário do que, diante de um caso concreto que enseja decretação de prisão preventiva, por exemplo, examinar a possibilidade de imposição de medidas cautelares diversas da prisão, tal como o arbitramento de fiança, recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos ou até mesmo o monitoramento eletrônico, conforme será visto adiante.

3.3 AS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO: UMA NOVA PERSPECTIVA PROCESSUAL PENAL EM PROL DO PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA

3.3.1 A importância das medidas cautelares diversas da prisão no ordenamento jurídico brasileiro

O Processo Penal Brasileiro não pode ser caracterizado apenas como um instrumento de perseguição do réu, mas também como garantia do mesmo. Percebe-se, pois que o CPP, intimamente ligado às normas constitucionais (pelo menos é o que se espera dele), possui cunho garantista à medida que se preocupa com os direitos e garantias fundamentais do réu. Assim nos casos de decretação de prisão cautelar, a exemplo da mais polêmica, prisão preventiva, como verdadeira ofensa ao estado de inocência, deveria o magistrado impor ao acusado medidas cautelares alternativas à prisão em detrimento da aplicação imediata e quase sempre desarrazoada e injusta da prisão. A prisão deveria ser relegada apenas aos casos mais complexos e somente em último caso se estritamente necessário.

Algumas medidas alternativas já existiam no Código de Processo Penal antes da reforma de 2011, tal como o arbitramento de fiança e a tão falada liberdade provisória. A lei 12.403/11, todavia, regulamentou de maneira específica o assunto, num extenso rol de medidas cautelares diversas da prisão insculpidas no artigo 319 do CPP, tal como se segue abaixo:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - 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;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - 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;

VII - 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;

VIII - 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 à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

O artigo 282, *caput*, do CPP fixa regras às medidas cautelares previstas no Título IX do Livro I, sendo as medidas cautelares diversas da prisão um exemplo. Assim como as demais, para se decretar uma cautelar diversa da prisão deve haver necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais. Ainda, deve haver adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. Logo “necessidade e adequação são critérios cumulativos e não alternativos às medidas cautelares diversas da prisão” (MARCÃO, 2012, p. 364).

Além disso, as referidas medidas serão aplicadas desde que haja a comprovada existência de imputação relacionada à prática do crime doloso ou culposos, apenado com pena privativa de liberdade e, segundo a maioria da doutrina⁷⁸, quando presentes os requisitos ensejadores da prisão preventiva.

Segundo MARCÃO (2012, p. 364):

Não se pode perder de vista, ainda, que a imposição de medidas cautelares reclama observância ao princípio da legalidade, pois não se admite a fixação de alternativas outras, diversas daquelas taxativamente listadas, cuja execução está limitada à pessoa do agente por força de interpretação extensiva que se deve dar ao princípio da intranscendência, segundo o qual a pena não poderá passar da pessoa do condenado.

Uma vez aplicadas, podem ser fixadas de maneira isolada ou cumulativa com uma pena de prisão, na fase pré-processual e processual, inclusive até decisão condenatória irrecorrível ou sentença de pronúncia, pelo juiz, de ofício, ou a requerimento das partes, ou, quando no

⁷⁸ Capitaneada por Aury Lopes Junior.

curso investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público⁷⁹.

Sob outro ângulo, o artigo 282, parágrafo 3º do CPP traz de maneira inovadora às medidas cautelares diversas da prisão o princípio constitucional do contraditório, tendo em vista que exige que o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determine a intimação da parte contrária, ressalvado os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida.

Por fim, os parágrafos 4º e 5º do artigo 282 do CPP preconizam as hipóteses de descumprimento e revogação de medida cautelar.

O parágrafo 4º sustenta que, no caso de descumprimento de qualquer das obrigações cautelares impostas, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva. Já o parágrafo 5º preconiza a situação de revogação da medida cautelar pelo juiz ou sua substituição quando verificar a falta de motivo que subsista, bem como decretá-la novamente, se sobrevierem razões que a justifiquem.

3.3.2 Aspectos polêmicos das medidas cautelares diversas da prisão

Três importantes observações finais acerca das medidas cautelares diversas da prisão devem ser feitas: a primeira sobre o caráter excepcional das medidas; a segunda sobre a ausência de prazo de duração; e a terceira sobre a possibilidade de detração da pena, que serão expostos abaixo.

Apesar de serem consideradas medidas cautelares “diversas da prisão”, não devem ser aplicadas também a qualquer situação ensejadora de tal medida sem nenhuma fundamentação jurídica, haja vista que possuem natureza excepcional. É de bom alvitre mencionar que embora traduzam medidas não privativas de liberdade, impõe, todavia, certa restrição à liberdade de locomoção de alguém, consistente “em obrigações ou sérias restrições a direitos constitucionalmente assegurados” (MARCÃO, 2012, p. 358). Por esse motivo também devem

⁷⁹ Art. 282, §2º, CPP.

ser bem analisadas no contexto de um caso concreto para propiciar a sua aplicação, sob pena de aplicação indiscriminada, desarrazoada e injusta, já que é, igualmente, excepcional.

Em consonância com tal entendimento, LOPES JR (2012, p. 854) esclarece com razão:

O problema reside exatamente na banalização do controle, de modo que condutas de pouca reprovabilidade penal e que até agora não ensejariam qualquer tipo de controle cautelar (até pela desnecessidade), passem a ser objeto de intensa incidência de restrições. O que se busca com a reforma é reduzir o campo de incidência da prisão cautelar e não criar um maior espaço de controle estatal sobre a liberdade individual.

Outro grande problema encontra-se no fato de inexistir prazo máximo de duração das medidas cautelares diversas da prisão, o que poderá gerar num futuro não muito longínquo abusos por parte de magistrados que determinaram a duração das medidas discricionariamente, em virtude de inexistir critérios legais fixadores.

Lado outro, deve-se analisar a possibilidade de detração penal nas medidas cautelares diversas da prisão, já que as penas privativas de liberdade a possuem.

A doutrina se diverge e até hoje não há um consenso doutrinário e jurisprudencial sobre esse ponto⁸⁰. Do extenso rol, apenas a medida de internação provisória prevista no inciso VII do artigo 319 do CPP, admite por força do artigo 42 do Código Penal. Sobre esta não há discussão, uma vez que possui determinação legal. A dúvida reside sobre as outras hipóteses, nas quais parece ser impossível a existência, opinião a qual não se pode concordar, tendo em vista que essas medidas possuem o objetivo de limitar direitos e garantias fundamentais

⁸⁰ Contrário à possibilidade de haver a detração penal: Fernando Capez (artigo citado): “A questão que se coloca é: Cabe detração penal nas medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP, como se fossem modalidades de prisão provisória? A resposta, a princípio, é não. O CP é claro: só cabe detração da prisão provisória (art. 42), não sendo possível nas providências acautelatórias de natureza diversa. Convém notar que o caput do art. 319 do CPP é expresso ao dizer que tais providências são “medidas cautelares diversas da prisão”. Ora, sendo diversas da prisão provisória, com ela não se confundem. Do mesmo modo, o art. 321 do CPP é suficientemente claro: “Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva.....”, isto é, quando não for o caso de se decretar a prisão preventiva, “...o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código”. A redação é clara ao indicar que as medidas cautelares alternativas não constituem espécie de prisão provisória, mas restrições que acompanham a liberdade provisória. Duas são as opções: prisão preventiva ou liberdade provisória (acompanhada ou não de medidas restritivas). Na primeira cabe detração, na segunda, não.”; Também Marcão (2012, p. 388): “Com a devida vênia, é imperioso concluir que a única possibilidade lógica autorizada é a acima indicada (art. 319, VII, do CPP), e a omissão sintomática do legislador não pode ser suprida pelas variadas proposições que se têm apresentado a respeito do tema, ora para abater na mesma proporção dos dias de medida cautelar restritiva, ora para achar uma equação de proporcionalidade entre a cautelar e a definitiva. As medidas cautelares restritivas não têm natureza de privação da liberdade – que visam exatamente evitar – daí a impossibilidade de detração.”

insculpidos na Constituição. Logo, ainda que não tenham o caráter de verdadeira privação de liberdade, deve ser concedido o direito de detração ao imputado, fazendo-se uma leitura do Código de Processo Penal sob o ponto de vista do garantismo penal.

NICOLITT (2012, p. 494) faz um comentário bastante feliz sobre a possibilidade de detração da pena nas medidas cautelares diversas da prisão:

O fato é que se a doutrina e os aplicadores forem insensíveis ao tema teremos profunda violação ao princípio da igualdade, pois os acusados submetidos à medida cautelar, sempre estariam submetidos a um plus sancionador que não seria abatido na pena. Com efeito, para dar efetividade ao princípio da individualização da pena, imperioso reconhecer a possibilidade de detração penal e de outros mecanismos de compensação. No caso, por exemplo, da permanência de liberdade, os dias e períodos noturno e finais de semana, por representar privação de liberdade, os dias e períodos de permanência em tudo se equivalem à prisão domiciliar e devem ser detraídos da pena. Da mesma forma, medidas como o monitoramento podem ser detraídas das penas não privativas de liberdade. Ademais, diante de impossibilidade de detração em razão da peculiaridade da medida, pode-se lançar mão da atenuante genérica (art. 66, CP) como forma de evitar o plus sancionador que representaria a medida cautelar não detraída.

E conclui brilhantemente com um exemplo:

Do contrário, a pessoa que recebeu uma pena de 4 anos, e, no curso do processo, foi submetida a medida cautelar diversa da prisão, acabaria por ser sancionada de forma mais grave do que aquela que, por fato idêntico, recebeu a mesma pena, porém ficou presa preventivamente, pois esta prisão seria detraída e a outra medida cautelar, apesar de representar uma restrição não seria objeto de detração, o que, por óbvio, seria uma absurda injustiça.

Em suma, seria perfeitamente possível estender os benefícios da detração penal também para as medidas cautelares diversas da prisão em obediência aos ditames constitucionais garantistas.

Em virtude de todo o exposto e, sob a ótica do garantismo penal, as prisões cautelares deveriam ser efetivamente uma medida excepcional no plano jurídico prático, isto é, que jamais representaria uma antecipação de pena, tendo em vista a observância do princípio constitucional do estado de inocência. Conforme exaustivamente já fora dito, a pessoa que se submete a um inquérito ou processo criminal é considerada, pelo ordenamento jurídico pátrio,

inocente até sentença penal condenatória transitada em julgada. Esse é o seu estado aprioristicamente imutável.

Para condenar alguém exige-se a obediência a inúmeros princípios, direitos e garantias constitucionais, a começar pelo devido processo legal e pelo contraditório. Assim enquanto não finda a instrução processual penal com todas as suas nuances legais, bem como enquanto não proferida a sentença condenatória irrecorrível, a pessoa é considerada e deve ser tratada como inocente.

Corroborando com tal entendimento, têm-se, respectivamente, os posicionamentos do Tribunal Regional Federal e do Supremo Tribunal Federal:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE OU PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. **Em observância ao princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Lei Maior), os processos penais em andamento não deverão, a princípio, ser considerados como conduta social desfavorável, nem tampouco como maus antecedentes. O Estado brasileiro, guiado por uma Constituição que busca garantir aos cidadãos o devido processo legal, não pode permitir que um indiciado seja punido sem a prévia produção das provas necessárias à comprovação da autoria e materialidade do crime. A pena não pode preceder a condenação,** mesmo que o trabalho de vigilante seja especial e de grande responsabilidade, sob o argumento de estar-se seguindo o princípio da legalidade. Permitir o contrário seria tornar cada um dos empregados nesse ramo reféns de possíveis acusações levianas que lhe fossem feitas. (TRF 5ª R. – 4ª T. – Ag. Inst. 08006008920124050000 – rel. Edilson Nobre – j. 26.02.2013 – public. 08.04.2013) *Grifo nosso*

DIREITO PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS DA PRISÃO PREVENTIVA. De um modo geral, a prisão preventiva deve indicar, de forma expressa, os seguintes fundamentos para a sua decretação, nos termos do art. 312 do CPP: I) garantia da ordem pública; II) garantia da ordem econômica; III) garantia da aplicação da lei penal; IV) conveniência da instrução criminal. **Na linha da jurisprudência deste Tribunal, porém, não basta a mera explicação textual dos requisitos previstos, sendo necessário que a alegação abstrata ceda à demonstração concreta e firme de que tais condições realizam-se na espécie.** Dessarte, a tarefa de interpretação constitucional para a análise de uma excepcional situação jurídica de constrição da liberdade dos cidadãos exige que a alusão a esses aspectos esteja

lastreada em elementos concretos, devidamente explicitados. Na hipótese, o decreto de prisão preventiva baseou-se, quanto à segregação do paciente, na necessidade de se resguardar a ordem pública. No ponto, destaco que **a decisão que decreta a prisão do agente no intuito de resguardar a ordem pública deve demonstrar sólidas evidências do real perigo que a liberdade do indivíduo causaria à sociedade.** Bem analisados os argumentos expedidos pelo Juízo de origem, constato que não há, em nenhum momento, a indicação de fatos concretos que justifiquem o alegado risco do paciente para a ordem pública, para a tranquilidade e a paz no seio social. A perplexidade é ainda maior se analisarmos o decreto de prisão à luz das modificações promovidas ao Código de Processo Penal pela Lei 12.403/11, que dispõe sobre matérias pertinentes à prisão processual, fiança, liberdade provisória, e demais medidas cautelares. **Com a entrada em vigor da Lei 12.403/11, nos termos da nova redação do art. 319 do CPP, o juiz passa a dispor de outras medidas cautelares de natureza pessoal diversas da prisão, permitindo, diante das circunstâncias do caso concreto, seja escolhida a medida mais ajustada às peculiaridades da espécie, permitindo, assim, a tutela do meio social, mas também servindo, mesmo que cautelarmente, de resposta justa e proporcional ao mal supostamente causado pelo acusado.** Nesses termos, voto pela concessão da ordem, confirmando a liminar deferida”. (STF – 2ª T. – HC 115.795 – rel. Gilmar Mendes – j. 04.06.2013 – public. 13.06.2013) *Grifo nosso*

O que é visto hoje, infelizmente com muita frequência, sobretudo na mídia televisiva e impressa, são prisões totalmente injustas e desarrazoadas por parte de alguns magistrados que nem se preocupam em conhecer efetivamente o processo e o ser humano que está por trás daquele amontoado de papel. Ao contrário, talvez pelo excesso de trabalho e pela má estrutura física e de pessoal dos Tribunais de Justiça de 1ª instâncias hoje do país, acabam prezando pela quantidade dos feitos julgados do que pela qualidade. É muito mais fácil julgar aprioristicamente alguém de modo negativo do que buscar as suas qualidades. É claro que na justiça criminal muito dificilmente estar-se-á lidando com “anjos”, afinal se assim fossem considerados não estariam nessa situação desfavorável à mercê do Poder Judiciário, porém é preciso saber o motivo pelo qual determinada pessoa está nessa situação.

Assim, por exemplo, não adianta mandar para a prisão um pequeno traficante que entrou para o mundo do crime por conta do vício no crack. Essa pessoa por não ter geralmente apoio da família, do Estado e da sociedade, no que tange à perspectivas profissionais, por exemplo, vai cumprir pena e voltar ao mundo do crime. O que essa pessoa necessita não é prisão, mas sim tratamento.

É claro que este é apenas um exemplo (ainda que real), embora existam inúmeros outros e, ainda, vários exemplos a contrário sensu também, ou seja, pessoas que não são encarceradas e acabam tumultuando a marcha processual, destruindo provas ou subornando testemunhas e peritos. Sobre esta segunda situação possivelmente poderia ser decretada uma prisão preventiva, desde que verificados os requisitos legais associados com a necessidade do caso concreto. Isso é possível, porém o que este trabalho defende é que a prisão cautelar, tendo em vista a existência do princípio do estado de inocência, deverá ser evitada de acordo com o modelo garantista que norteia todo o ordenamento constitucional brasileiro. Logo a prisão deve ser considerada como *última ratio*. Mas, se ainda assim for extremamente necessário a sua decretação que seja refletiva sobre a possibilidade de conversão da possível prisão em uma medida cautelar diversa da prisão.

Em consonância com tal entendimento, tem-se a seguinte jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS/ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO PREVENTIVA. SÚMULA DO STF. (IN) APLICABILIDADE DE SÚMULA. 1. Em casos teratológicos e excepcionais, necessário o afastamento do óbice da Súmula 691 desta Suprema Corte. Precedentes. 2. A despeito da gravidade dos delitos imputados ao paciente, ausentes indícios de sua participação em grupo criminoso ou de seu envolvimento em tráfico de drogas de grande dimensão. Inexistência de risco à ordem pública a justificar a segregação cautelar. 3. **Inobstante o decreto prisional ter outros fundamentos, como a conveniência da instrução criminal e a garantia de aplicação da lei penal, não foram indicados elementos concretos autorizadores da sua manutenção.** 4. **Substituição da prisão preventiva por medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal (fiança e comparecimento periódico em juízo).** 5. Ordem concedida. (STF – 1ª T. – HC 115. 738 – rel. Rosa Weber – j. 03.09.2013 – publica. 13.09.2013) Grifo nosso

Conforme já exposto, atualmente o Estado brasileiro possui a quarta maior população carcerária do mundo, cerca de 550 mil (quinhentos e cinquenta mil) presos⁸¹ e, segundo SOARES (Boletim IBCCRIM, Dezembro/2013, nº 253), “provavelmente, a taxa de crescimento mais veloz”.

⁸¹ Segundo o Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais n 253, de dezembro de 2013.

Hoje no Brasil a maior parte dos “Habeas “Corpus” que chegam nos Tribunais Superiores estão relacionados com a prisão definitiva ou cautelar. Isso por si só demonstra o enorme problema que a Justiça brasileira enfrenta atualmente, sobretudo relacionado as desarrazoadas decisões judiciais de primeira instância que decretam prisões cautelares sem fundamentação idônea e suficiente.

Segundo BOTTINO; HARTMAM (Boletim IBCCRIM, Dezembro/2013, nº 253):

Os cinco temas que mais aparecem como fundamento das decisões do Superior Tribunal de Justia em Habeas Corpus que se originam de São Paulo são progressão de regime (22,29%), deficiência de fundamentação na prisão cautelar (17,12%), regime inicial de pena (14,75%), problemas na dosimetria (relacionados a agravantes, atenuantes e causas de aumento ou diminuição, com 9,26%) e excesso de prazo na prisão (8%). Portanto, mais de 70% (setenta por cento) de todo o volume de casos discutidos em habeas corpus no STJ estão relacionados diretamente com a questão da prisão, seja ela anterior à condenação, seja no momento de aplicação da pena, seja durante sua execução.

É necessário entender de uma vez por todas que a prisão não atende os fins por ela propostos, quais sejam, retribuição, prevenção e, sobretudo, ressocialização. Prisão, ainda que cautelar, não ressocializa. Isso é notório no Brasil. Na maioria das vezes o encarcerado sai do sistema penitenciário brasileiro pior do que entrou com influências negativas que acabam servindo de exemplo para a vida futura do preso, dada à falta de perspectiva profissional fora dos presídios. É exatamente por essa e outras razões já expostas ao longo do presente trabalho que faz-se necessária a releitura da prisão cautelar como medida estritamente excepcional por conta do princípio do estado de inocência e ao direito fundamental à liberdade, corolários do garantismo penal. Fazendo essa releitura será possível somente aplicar estas prisões em casos extremamente necessários e, ainda, assim, verificar a possibilidade de substituí-las pelas medidas cautelares diversas da prisão previstas no rol do artigo 319 do Código de Processo Penal. Só agindo dessa maneira o Poder Judiciário estará realizando a tão sonhada justiça.

CONCLUSÃO

Atualmente o Estado brasileiro possui a quarta maior população carcerária do mundo, em torno de 550 mil (quinhentos e cinquenta mil) presos. Esse índice representa a real situação de que se prende muito e mal no Brasil.

As prisões cautelares que deveriam obedecer ao critério da excepcionalidade são, infelizmente, cada vez mais utilizadas pelo Poder Judiciário de forma desarrazoada e sem fundamentação idônea, sobretudo em se tratando de prisão preventiva.

Isso se torna um paradoxo, tendo em vista que é flagrantemente desrespeitado o princípio constitucional do estado de inocência, corolário do direito fundamental à liberdade pessoal que deve nortear toda persecução penal. Segundo este ninguém poderá ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. Logo, a pessoa se encontra em estado de plena inocência até que se proceda a fase da instrução criminal com a consequente sentença penal irrecorrível. O processo penal se sustenta, portanto, com provas fáticas e não partindo do pressuposto de que o acusado é culpado.

O princípio do estado de inocência é considerado norma de tratamento do acusado, na medida em que proíbe a imposição injusta de quaisquer prisões processuais, servindo de impedimento para a temível banalização das prisões cautelares no processo penal; norma de natureza probatória a ser utilizada diante de dúvida sobre fato relevante no processo penal concernente à autoria delitiva (*in dubio pro reo*), impondo ao acusador, conforme fora dito, o dever de provar o que alega e, por fim, norma de garantia do acusado, que o blinda de garantias inerentes ao devido processo legal em um Estado Democrático de Direito.

De uma maneira ou de outra, referido princípio está umbilicalmente ligado ao fundamento da dignidade da pessoa humana, uma vez que só tratando o ser humano de maneira digna em sentido amplo que se estará respeitando o estado de inocência. Sendo assim, este princípio, como exemplo de espécie dos direitos fundamentais em nível processual penal, não se estende apenas ao indivíduo isoladamente, mas também a toda a sociedade.

Hoje o direito processual penal não pode ser pensado como um instrumento capaz de tutelar unicamente o direito de liberdade pessoal dos indivíduos ou o direito de punir do Estado, uma vez que deve haver harmonia e equilíbrio entre esses interesses. Logo referido princípio constitucional não pode ser encarado como obstáculo à persecução penal e à elucidação da verdade fática, mas sim como um instrumento de tutela do próprio processo, no sentido de guiar a persecução penal e as medidas interventivas aplicadas ao indivíduo no desenvolvimento de um processo penal.

Imerso nesse contexto dos direitos e garantias fundamentais é inegável que o princípio constitucional do estado de inocência é, por sua vez, expressão do garantismo penal de Ferrajoli, na medida em que representa uma garantia constitucional do acusado em ser tratado como inocente em um inquérito ou processo criminal, e não como culpado, tendo em vista que a culpa não se presume e só pode advir de uma sentença penal condenatória com trânsito em julgado. Caso contrário, não há que se falar em culpa, logo se esta existir será ilegítima e não servirá para fundamentar nenhum instituto jurídico, processual penal, a exemplo da prisão provisória ou cautelar.

Sendo assim, haverá um aparente conflito entre o princípio do estado de inocência e aplicabilidade das prisões cautelares sob a perspectiva do garantismo penal, tornando estas ilegítimas. Isso porque se a prisão provisória é, de um lado, uma prisão sem pena, dependente do desenvolvimento normal e regular de um processo penal, não pode invadir, por outro lado, a seara do princípio do estado de inocência, verdadeira cláusula pétrea no ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme já mencionado, essa ilegitimidade existe porque a expressão “garantismo” está relacionada com “garantias”, que do ponto de vista jurídico, significa direitos, privilégios e isenções que a Constituição de um país confere aos seus cidadãos, no sentido de maximizar a liberdade individual e minimizar as intervenções do direito de punir estatal.

Assim a mudança de paradigmas em matéria de direitos fundamentais construída na sociedade contemporânea sob a égide do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana acabou redefinindo o modo, a compreensão e a aplicação do princípio do estado de inocência no contexto das prisões cautelares previstas no atual processo penal, num viés garantista, elevando os valores humanos ao patamar de normatividade jurídico constitucional

a exemplo do disposto na Lei nº 12.403/11, bem como em outras recentes alterações legislativas.

As prisões cautelares jamais podem representar uma antecipação de pena. Elas devem ser utilizadas somente como *ultima ratio* e, desde que observados, no caso da preventiva os fundamentos do artigo 312, os requisitos legais de cabimento do artigo 313, ambos do Código de Processo Penal e os pressupostos *fumus commissi delicti* e *periculum in libertatis*, isto é, existência de justa causa para a ação penal, ou seja, prova da materialidade e indícios de autoria, e perigo que a liberdade do réu representa para a sociedade. Caso não sejam obedecidos tais requisitos, a prisão cautelar inevitavelmente se constituirá em prisão ilegítima, passível de instrumentos processuais penais de tutela do direito fundamental de liberdade.

Hoje a regra no ordenamento jurídico brasileiro é muito clara, ou seja, o que prevalece é a liberdade, corolário ao princípio do estado de inocência, em detrimento da prisão. Pela alteração legislativa trazida pela Lei nº 12.403/11, só se pode prender alguém, primeiro, se for extremamente necessário e atendido os requisitos legais e, segundo, se, mesmo atendidos estes, não couber uma medida cautelar diversa da prisão. A prisão preventiva se tornou, portanto, secundária, subsidiária, conforme o parágrafo 6º do artigo 282, do CPP.

A prisão preventiva é a mais problemática de todas porque se fundamenta em argumentos altamente abstratos e subjetivos que ficam à mercê da discricionariedade do magistrado que vai proferir uma decisão, comprometendo sobremaneira o princípio do estado de inocência.

Notadamente quando se fala em prisão preventiva, além dos requisitos expostos acima, o magistrado deverá demonstrar na fundamentação da sua decisão pela decretação que aquela alegação abstrata cede lugar. Assim a decisão judicial que decreta a prisão preventiva de alguém com fundamento na garantia da ordem pública de demonstrar sólidas evidências do real perigo que a liberdade desse mesmo indivíduo causaria à sociedade. Caso isso não fosse feito, a liberdade pessoal deveria prevalecer em detrimento da presunção de culpabilidade.

Dessa forma, é necessário entender de uma vez por todas que a prisão não atende os fins por ela propostos, quais sejam, retribuição, prevenção e, sobretudo, ressocialização. Prisão, ainda que cautelar, não ressocializa. Isso é notório no Brasil. Na maioria das vezes o

encarcerado sai do sistema penitenciário brasileiro pior do que entrou com influências negativas que acabam servindo de exemplo para a vida futura do preso, dada à falta de perspectiva profissional fora dos presídios. É exatamente por essa e outras razões já expostas ao longo do presente trabalho que faz-se necessária a releitura da prisão cautelar como medida estritamente excepcional por conta do princípio do estado de inocência e ao direito fundamental à liberdade, corolários do garantismo penal. Fazendo essa releitura será possível somente aplicar estas prisões em casos extremamente necessários e, ainda assim, verificar a possibilidade de substituí-las pelas medidas cautelares diversas da prisão previstas no rol do artigo 319 do Código de Processo Penal e, ainda, assim desde que sejam adequadas e necessárias.

Diante desse conflito, espera-se que os magistrados brasileiros ajam com humanidade a fim de encontrar o harmônico equilíbrio entre a necessidade de decretação das prisões cautelares e a observância dos direitos e garantias fundamentais, notadamente do princípio constitucional do estado de inocência. Só agindo dessa maneira o Poder Judiciário estará realizando a tão sonhada justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Março Túlio Fernandes. **Uma análise crítica acerca da teoria do garantismo penal à luz das concepções de Luigi Ferrajoli**. Disponível em <http://www.lfg.com.br> . Acesso em 04 de mai, 2013.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição de 1976**, Coimbra, Livraria Almedina, 1987.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2006.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A Proteção Constitucional do Transexual**. 1. ed. – São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11^a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BARROS, Sérgio Resende; KIM, Richard Pae; KOSAKA, Fausto Kozo Matsumoto. **Direitos Fundamentais coletivos e difusos**. Ed. Verbatim. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6^a edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

BECCARIA, Cesar. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2012.

BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de Inocência no Processo Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BOTTINO, Thiago; HARTMANN, Ivar. **Radiografia do habeas corpus no STJ**. Boletim informativo IBCCRIM nº 253; Dez de 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Disponível em: <<http://tjdf.jus.br>> Acesso em: 05 de dez de 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Disponível em: <<http://tjmg.jus.br>> Acesso em: 05 de dez de 2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal, 2ª e 5ª Regiões. Disponível em: <<http://trf.jus.br>> Acesso em: 05 de dez de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://stf.jus.br> Acesso em: 13 de dez de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://stj.jus.br> Acesso em: 13 de dez de 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. **Garantismo Penal Integral – questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil**. Bahia: JusPodivm, 2010.

CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras complementares de constitucional – direitos fundamentais**. Salvador: JusPODIVM, 2006.

CAMARGO, Mônica Ovinski de. **Princípio da Presunção de Inocência no Brasil: O conflito entre punir e libertar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Direitos humanos e meio ambiente: paralelos dos sistemas de proteção internacional**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1993.

CAPEZ, Fernando. **Prisão preventiva, medidas cautelares e detração penal**. Disponível em: > <http://www.al.sp.gov.br/noticia/?id=280124>> Acesso em 15 de dez de 2013.

CAROLLO, João Carlos. Garantismo penal. **O direito de não produzir prova contra si mesmo e princípio da proporcionalidade**. Curitiba: Juruá, 2013.

CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Criminal. Parte Geral**. Tradução de José Luiz V. De A; Franceschini e J. R. Prestes Barra. V. II. São Paulo: Saraiva, 1957.

CARVALHO, Kildare, Gonçalves. **Direito Constitucional. Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias – uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001.

CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CIOTOLA, Marcello. **Princípios gerais de direito e princípios constitucionais – Os princípios da constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001 p. 46

COELHO, Edihermes, Marques. **Manual de Direito Penal. Parte Geral**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008.

COSTA, Marcos Roberto Nunes. **Maniqueísmo – história, filosofia e religião**. Petrópolis: Vozes, 2003

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, v. 1.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2.ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2001.

DUARTE NETO, Júlio Gomes. **O garantismo penal de Ferrajoli**. Disponível em: <http://jornal.jurid.com.br/materias/noticias/garantismo-penal-ferrajoli> Acesso em 15 de abr, 2013.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: RT, 2002.

FELDENS, Luciano Feldens. **Direitos Fundamentais e Direito Penal – A constituição penal** – 2ª ed., Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2012.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. 2ª ed. Revista dos Tribunais: 2006.

_____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Editora Trotta, 2009.

_____. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli/Alexandre Moraes da Rosa... [et al]; organizadores) Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck, André Karam Trindade, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERREIRA, Gecivaldo Vasconcelos. **Garantismo Penal e impunidade no Brasil**. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/13470/garantismo-penal-e-impunidade-no-brasil> Acesso em 15 de abr. 2013.

FERREIRA, Aureliano Correa. **Breve análise dos movimentos de política criminal**. Disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5302/Breve-analise-dos-movimentos-de-politica-criminal>. Acesso em 20 de mai. 2013.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir. História da violência nas prisões**. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2011.

GAARDER, Jostein. **O mundo de Sofia: romance da história da filosofia**. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães, **Presunção de inocência e Prisão Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GOMES, Geder Luiz Rocha. **A substituição da prisão. Alternativas penais: Legitimidade e adequação**. Salvador: Jus Podivm, 2008.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos; BIANCHINI, Alice. **Direito Penal. V. 1. Introdução e Princípios Fundamentais**: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Penas e medidas alternativas à prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

HASSEMER, Winfried; MUNOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la Criminología**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

HEIDEMANN, Juliana. **Prisão provisória versus princípio da presunção de inocência**. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12348. Acesso em 20 de dez de 2012.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal, Estudos e Pareceres**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

LANDIN NETO, Jose Cícero. **O abolicionismo e a ressocialização do condenado**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n. 56, ago 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5035>. Acesso em set 2013.

LIMA, Marcellus Polastri. **Tutela Cautelar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES JR, Aury. **Curso Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 9 ed. 2012.

_____. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

KARAM, Maria Lúcia. Liberdade, **Presunção de Inocência e Prisões Provisórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, vol. 6, 2009.

_____. **Liberdade, Presunção de Inocência e Direito à Defesa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, vol. 5, 2009.

KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. **A (des) razão da prisão provisória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MACHADO, João Baptista. **Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador**, Coimbra: Almedina, 2000.

MALINOSKI, Jocemar; DA SILVA, Sinicley. **Felicidade: o bem supremo**, no livro Felicidade: O bem supremo, no livro I da obra: Ética e Nicômaco de Aristóteles. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/gpforma/2senafe/PDF/069e4.pdf>> Acesso em 03 de dez de 2010.

MARCÃO, Renato. **Prisões cautelares, Liberdade Provisória e medidas cautelares restritivas**. São Paulo: Saraiva, 2012

MARTELETO FILHO, Wagner. **O direito à não autoincriminação no Processo Penal Contemporâneo**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **Prisão provisória: medida de exceção no direito criminal brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2006.

MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução do Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 2012.

MATHIESEN, Thomas. **Caminho do séc. XXI- Abolição: um sonho impossível?** Disponível em > <http://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/viewFile/4964/3512><. Acesso em dez 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Notícias: Para Gilmar Mendes, já é hora de discuir de maneira franca o sistema carcerário brasileiro.** Disponível em:>http://www.gilmarmendes.com.br/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=58&Itemid=71< . Acesso em 25 de nov de 2013.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares**. São Paulo: Método, 2011.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2004

MISCIASCI, Elizabeth. **A Primeira Prisão e Como Surgiram os Presídios**. Disponível em: < http://www.eunanet.net/beth/news/topicos/nasce_os_presidios.htm> Acesso em 13 de out de 2013

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional em vigor**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: Análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

NORONHA, Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. 19ª edição, São Paulo: Saraiva, 1981.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 2ª edição. São Paulo: Método, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade. As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011.** São Paulo: RT, 2011.

_____. **Código de Processo Penal Comentado.** São Paulo: RT, 2006.

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PALAO, Julio Banacloche, **La libertad Personal y sus Limitaciones.** Madrid: McGraw-Hill, 1996.

PIERANGELI, José Henrique, ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** 6ª Ed. Vol. 01 São Paulo: RT, 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários à Constituição de 1967, t.5.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

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, 2012.

QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi. **Flagrante: Pode a autoridade policial relaxá-lo? E outros temas polêmicos de polícia judiciária.** São Paulo: Iglu, 1994.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 6. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal.** Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do Direito Penal.** São Paulo: RT, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal.** 1ª edição – segunda tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SILVA, A. M.; PINHEIRO, M. S. F.; FRANÇA, M. N. **Guia para normalização de trabalhos técnicos-científicos:** projetos de pesquisa, trabalhos acadêmicos, dissertações e teses. 5. ed. Uberlândia: UFU, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Mônica Paraguassu Correia da. **Presunção de Inocência. Uma questão de princípio de vingança e de princípio de justiça.** Niterói: Editora da UFF, 2011.

SOARES, Luiz Eduardo. **PEC-51: revolução na arquitetura institucional da segurança pública.** Boletim IBCRIM. Ano 21. Nº 252.NOVEMBRO/2013 – ISSN 1676-3661.

SUANNES, Adauto. **Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal.** São Paulo: RT, 1999.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal.** São Paulo: Saraiva, 2007.

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do Direito Processual Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VARALDA, Renato Barão. **Restrição do Princípio da Presunção de Inocência. Prisão Preventiva e Ordem Pública.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2007.

VILLA, Marcelo Alberto Chaves. **Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal.** Disponível em: >
http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/4/medidas_cautelares_289.pdf> Acesso em 15 de dez. de 2013.

ZEIDAN, Rogério. **Ius puniendi, Estado e Direitos Fundamentais. Aspectos de legitimidade e Limites da Potestade Punitiva.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.