

4

A prisão provisória de acordo com a teoria processual

4.1

Jurisdição como poder e instrumentalidade do processo

A jurisdição é, antes de mais nada, manifestação do poder estatal, o que conseqüentemente, impõe que todo sistema processual seja um instrumento do Estado para a realização dos objetivos por ele traçados¹. É necessário, portanto, expurgar o preconceito, próprio de ideologias conservadoras, de que o processo é um mero instrumento técnico e o direito processual uma ciência neutra em face das opções axiológicas do Estado.

Etimologicamente, o termo jurisdição vem do latim *jus dicere*, que significa a atividade de “dizer o direito”. Com a proibição da autotutela e da vingança privada nas sociedades modernas, o Estado assumiu o monopólio da atividade e do poder de ditar soluções para os conflitos entre as pessoas, fazendo atuar de forma imperativa e em substituição a estas, o direito material. Diz-se então, conforme ensinamento de Chiovenda, que o escopo (jurídico) da jurisdição é o cumprimento, a realização das normas de direito substancial². Por sua vez, o processo é o meio ou o instrumento através do qual a jurisdição é exercida.

A história do direito processual evidencia três fases metodológicas fundamentais³, donde se pode perceber a evolução do conceito de processo. Até meados do século XIX, perdurou uma fase de sincretismo, onde o processo era considerado um simples meio de exercício de direitos, uma vez que se considerava a ação como o próprio direito subjetivo material pleiteado. Não se considerava a relação jurídica processual autônoma em face da relação jurídica de direito material, e o direito processual, conseqüentemente, não era considerado ramo autônomo do direito.

A segunda fase caracterizou-se pela afirmação da autonomia científica do direito processual, onde tiveram lugar as construções teóricas sobre a natureza

¹ DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 70.

² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 131.

³ *Ibid.*, pp. 42-45.

jurídica da ação e do processo, sobre as condições da ação e os pressupostos processuais. Destaque-se aqui a teoria do processo como relação jurídica, teoria que hoje predomina e cuja elaboração doutrinária foi levada a efeito pelos processualistas no final do século XIX, a partir das descobertas do alemão Oskar Von Bülow sobre os pressupostos necessários à existência da relação processual. A teoria da relação jurídica sublinha o vínculo jurídico de direitos e deveres entre os atores processuais, o que determinou uma verdadeira transformação em matéria de processo penal. Ela rompeu a idéia do processo penal de tipo inquisitivo, que considerava o acusado mero objeto de investigação e, como tal, sujeito à tortura e a todo tipo de tratamento desumano no decorrer do processo, assim como às penas mais cruéis. Com a definição do processo como relação jurídica, o réu passa a gozar do *status* de sujeito de direitos da relação processual, elemento científico fundamental para a consolidação do processo acusatório e para o banimento do arbítrio no processo.

No entanto, este período autonomista do direito processual assinalava uma visão simplesmente técnica do processo, de forma que

“faltou, na segunda fase, uma postura crítica. O sistema processual era estudado mediante uma visão puramente introspectiva, no exame de seus institutos, de suas categorias e conceitos fundamentais; e visto o processo costumeiramente como mero *instrumento técnico* predisposto à realização da ordem jurídica material, sem o reconhecimento de suas conotações deontológicas e sem a análise dos seus resultados na vida das pessoas ou preocupação pela justiça que ele fosse capaz de fazer”.⁴

A terceira fase, em curso, é eminentemente instrumentalista e crítica. A partir de uma sensibilidade aos problemas jurídicos, sociais e políticos de nosso tempo, é necessário que os institutos, princípios e regras do direito processual sejam estudados, mais do que do ponto de vista conceitual e técnico já largamente investigados e consolidados, pelo seu espectro teleológico. É chegada a hora de analisar o sistema processual a partir de uma nova perspectiva: a perspectiva externa dos objetivos a perseguir e dos resultados com os quais o sistema há de estar permanentemente comprometido⁵. Trata-se, em verdade, de encarar o sistema processual a partir de um ângulo externo, mas sem prejuízo de sua

⁴ Ibid., p. 43.

⁵ DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*, p. 09.

introspecção⁶. Para tanto, é necessária uma abertura do sistema processual aos influxos do pensamento vindos da ciência política e da sociologia, através do fio condutor da instrumentalidade: “instrumentalidade do processo ao direito e do sistema jurídico aos valores sociais da nação”⁷, de forma que o processo seja entendido como “instrumento eficaz para o acesso à ‘ordem jurídica justa’”⁸, ou seja, a provimentos jurisdicionais que produzam resultados socialmente equânimes, mediante igualdade de armas entre as partes no decorrer de todo o processo. A instrumentalidade nesse sentido mais amplo invoca a necessidade de se desmitificar as regras e as formas do processo, uma vez que suas teorias e sua técnica “têm sua dignidade e o seu valor dimensionados pela capacidade, que tenham, de propiciar a pacificação social, educar para o exercício e o respeito aos direitos, garantir as liberdades e servir de canal para a participação democrática”⁹.

É necessário ter em vista a instrumentalidade do processo enquanto categoria jurídica (aspecto interno) e a instrumentalidade do processo enquanto expressão do próprio sistema processual, enquanto análise do sistema sob o ângulo externo na sua inserção na ordem jurídica, política e social. A instrumentalidade, neste segundo sentido, impõe a percepção de que as formas e a técnica processuais consistem num instrumento a serviço de objetivos mais amplos, ou seja, de objetivos externos ao processo mesmo. A instrumentalidade conduz à idéia de efetividade do processo, ou seja, à capacidade do sistema processual exaurir aqueles objetivos que o legitimam no contexto jurídico, social e político¹⁰.

A visão instrumental do processo compreende a abertura do sistema para a infiltração dos valores tutelados na ordem político-constitucional. Assim, é fundamental a visão analítica entre processo e Constituição. A Constituição estabelece regras e princípios para o processo, de forma que este deve refletir as bases do regime democrático proclamados na Carta magna. Por outro lado, o processo é instrumento para a preservação da ordem constitucional e de seus valores, através da chamada jurisdição constitucional, direcionada ao controle de constitucionalidade das leis e dos atos administrativos e à preservação das

⁶ Ibid., p. 442.

⁷ Ibid., p. 10.

⁸ Ibid., p. 442.

⁹ Ibid., p. 11.

¹⁰ Ibid., p. 379.

garantias contempladas na Constituição. Assim, temos que o procedimento, enquanto elemento do processo, é legítimo na medida em que é apto a proporcionar às partes a efetividade da participação em contraditório, observada a “paridade em armas”, exigências do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/88).

Portanto, o sistema processual guarda estreita correspondência com a ordem constitucional e, conseqüentemente, com os valores ou opções políticas nela contidos. Mas isso não quer dizer que o sistema processual não incorpore as mutações por que passa a ordem constitucional e se apegue eternamente às opções do constituinte. O processo contemporâneo há de ser visto como salvaguarda dos valores individuais e coletivos cultuados pela ordem constitucional vigente, com vistas a alcançar os objetivos do Estado social de buscar justiça de modo substancial e efetivo, e do Estado de direito, mediante a observância da legalidade e do banimento do arbítrio. A instrumentalidade consiste no núcleo e na síntese dos movimentos pelo aprimoramento do sistema processual, sendo premissa daqueles que defendem a garantia da ampla defesa no processo criminal, ou a igualdade em todo e qualquer processo, o alargamento do acesso ao judiciário e a eliminação das diferenças de oportunidades em função da situação econômica dos sujeitos.

No entanto, não se pode pensar que a legitimidade do processo e do exercício da jurisdição esteja apenas na compatibilidade do sistema processual com a Constituição, sendo necessário, além de confrontar o processo com a Carta magna, projetar esse confronto até os valores da sociedade:

“Enquanto se pensasse somente na observância dos ditames constitucionais como exigências positivadas em patamar hierarquicamente superior às leis estruturadoras do sistema processual, ter-se-ia uma acanhada e frágil visão legalista do problema, própria do positivismo jurídico, restrita às dimensões do direito e carente de raízes profundas. A compatibilidade constitucional do sistema, assim, é forte indicador de sua legitimidade, mas não é em si mesma fator de legitimação, tanto quanto legitimidade não se reduz à legalidade; aliás, para a própria descoberta do significado substancial dos dispositivos constitucionais mostra-se indispensável a permanente referência ao complexo axiológico da sociedade, neles espelhado”.¹¹

A afirmação de que o processo é instrumento deverá ser acompanhada da indicação dos objetivos ou fins a que se destina. Em outras palavras, é essencial

¹¹ Ibid., p. 195.

ao método teleológico a idéia do processo como instrumento predisposto à realização dos escopos da jurisdição – políticos, sociais e jurídicos – eleitos¹². Assim, a partir da idéia central de que a jurisdição é expressão do poder estatal, não se pode pensar que seus escopos são simplesmente jurídicos (atuação da vontade concreta do direito), sendo essencialmente políticos e também cambiantes no tempo e no espaço.

A jurisdição não tem um fim apenas, mas é possível afirmar que, “assim como o fim último do Estado social contemporâneo é o bem-comum, é a *justiça* o escopo-síntese da jurisdição”¹³, enfatizando sua importância no plano social, ainda que se saiba que bem-comum e justiça são conceitos plásticos e, portanto, somente determináveis a partir das premissas culturais e necessidades de cada sociedade¹⁴. Assim, é fundamental para se determinar os escopos da jurisdição ter em vista as aspirações e as necessidades da sociedade no tempo presente. Existem, no entanto, tendências universais quanto aos escopos do processo e do exercício da jurisdição: o abandono das fórmulas exclusivamente jurídicas; a destinação liberal da jurisdição como meio de tutela do indivíduo em face de possíveis abusos ou desvios de poder pelos agentes estatais, como elemento de equilíbrio entre os valores poder e liberdade; e o reconhecimento do dever do Estado de, mediante o processo, interferir na vida da sociedade e nas relações sociais em busca da paz social¹⁵. Acrescenta-se ao escopo social magno da jurisdição – a pacificação com justiça – outro escopo social: a educação, no sentido de conscientização dos membros da sociedade de seus direitos e obrigações.

São escopos políticos da jurisdição a afirmação da capacidade estatal de decidir imperativamente (poder), bem como a limitação do exercício deste poder com base na liberdade e dignidade dos indivíduos sobre os quais ele se exerce. Além disso, a jurisdição também tem como fim político fundamental assegurar a participação dos cidadãos nos destinos da sociedade política¹⁶. Em síntese, o

¹² Ibid., pp. 206-207.

¹³ Ibid., p. 453. No mesmo sentido, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p.25.

¹⁴ DINAMARCO, Cândido R. A instrumentalidade do processo, p. 215.

¹⁵ Ibid., p. 219.

¹⁶ Consoante Alberto Binder, “*Los sistemas judiciales son nuevos espacios de lucha política en América Latina*. No porque debemos esperar todo de ellos, tampoco porque todo se solucionará a través de las leyes, mucho menos porque puedan reemplazar a los lugares centrales del debate político (los parlamentos, los partidos políticos, los espacios públicos, etc.) sino porque la ley es un instrumento necesario para la profundización de la democracia y ésta, a su vez, es una

Estado deve buscar, através da função jurisdicional, promover a efetividade desses três valores fundamentais do Estado e da democracia: poder (autoridade) e liberdade, enquanto pólos de equilíbrio que o Estado procura manter através da jurisdição, e participação enquanto valor democrático inalienável para a legitimidade do processo político¹⁷.

Entende-se que o processo penal, em consonância com a visão metodológica instrumentalista própria do garantismo, além da finalidade jurídica de fazer atuar o direito penal nos estritos limites da legalidade, presta-se fundamentalmente ao objetivo de assegurar o respeito às liberdades individuais contempladas na Constituição, ou melhor, ao objetivo político de proteger os direitos fundamentais dos suspeitos, investigados e acusados contra o erro e o arbítrio estatal, através do devido processo, com ampla defesa, contraditório efetivo, decisão judicial motivada e imparcial e em estrito cumprimento do princípio de presunção de inocência enquanto regra de tratamento do imputado e como regra de juízo, a fim de conferir efetividade ao escopo social de pacificar com justiça, buscando superar as desigualdades sociais e econômicas que se refletem no processo penal com uma amplidão absurdamente maior do que no processo civil.

Esse entendimento é diametralmente oposto àquela visão também instrumentalista e eficientista do processo penal que, ao contrário do modelo garantista, estabelece, como um dos escopos políticos da atividade jurisdicional do Estado Social intervencionista, a busca pela segurança pública contra os riscos da criminalidade. É possível então constatar que a idéia de instrumentalidade do processo no âmbito penal dá margem a duas visões de processo penal paradigmáticas, que refletem opções políticas divergentes.

O modelo de processo penal eficientista, muito em voga nos dias atuais, ao ser encarado como instrumento de segurança pública, supervaloriza o escopo jurídico da repressão penal, mas não apenas no sentido de fazer atuar o direito penal de forma eficaz: o processo penal passa a ser o instrumento para a aplicação do direito penal de modo “eficiente”, o que conseqüentemente, acrescenta uma

condición indispensable para su legitimidad y permanencia en el tiempo”: BINDER, Alberto M. Entre la democracia y la exclusión: la lucha por la legalidad en una sociedad desigual. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 8, n. 29, janeiro-março de 2000, p.25.

¹⁷ DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*, p. 234.

nova finalidade ao processo penal – a prevenção¹⁸–, que justifica e defende medidas restritivas dos direitos e garantias individuais, como as modalidades de prisão provisória que prescindem do caráter cautelar. No Estado intervencionista-eficientista em matéria penal, os direitos fundamentais passam a ser vistos como obstáculo à segurança, como entrave para a luta eficaz contra a criminalidade¹⁹. Winfried Hassemer concluiu que, tendo como base essa idéia de eficiência, o direito processual penal na Alemanha transfigurou-se num modelo de polícia, onde os fins de prevenção integraram-se aos objetivos puramente repressivos, de maneira que o que importa agora não é propriamente a identificação do culpado, mas a demonstração da efetividade do sistema²⁰.

Essa política criminal da segurança que se transforma gradativamente num instrumento de guerra aos preceitos dos direitos fundamentais, é, consoante Juarez Tavares, velha conhecida da América Latina e do Brasil²¹. Na síntese de Dornelles, “o efficientismo penal busca dar celeridade à resposta penal para os conflitos sociais, renunciando às garantias legais processuais da tradição do direito penal liberal e presentes nos princípios constitucionais modernos e nos tratados internacionais.”²²

Por outro lado, o modelo de processo penal garantista pretende compatibilizar o seu objetivo jurídico de apuração dos crimes e de aplicação das penas com o seu objetivo político e social – atuar como instrumento de tutela dos direitos e garantias fundamentais, em especial da liberdade individual, contra o arbítrio e o abuso de poder estatal – de forma a buscar um equilíbrio entre poder e liberdade. O modelo garantista resgata uma compreensão da jurisdição como instrumento de libertação e de civilidade democrática, conquista liberal inarredável do processo penal. Essa finalidade processual “no processo penal, é o que convencionamos chamar de *instrumentalidade garantista*, ou seja, o processo

¹⁸ Conforme se verá nos próximos itens, ainda que a processualística veja na prevenção um terceiro escopo do processo, ao lado da cognição e da execução, admitir tal entendimento sem restrições no processo penal, importa em subverter a tradição liberal de tutela dos direitos fundamentais dos suspeitos, acusados e processados de uma maneira geral. Alerta-se para o perigo da importação selvagem de conceitos da teoria geral do processo, em regra voltada para a processualística civil. A prevenção de crimes, segundo a tradição liberal, não é escopo do processo penal.

¹⁹ HASSEMER, Winfried. Processo penal e direitos fundamentais, p.74.

²⁰ TAVARES, Juarez. A globalização e os problemas da segurança pública. In: *Estado e sociedade civil no processo de reformas no Brasil e na Alemanha*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 62.

²¹ *Ibid.*, p. 62-63.

²² DORNELLES, João Ricardo W. *Conflito e segurança (entre pombos e falcões)*, p. 49.

enquanto instrumento a serviço da máxima eficácia dos direitos fundamentais do débil a ele submetido”.²³

Conforme assevera Ada Pellegrini Grinover,

“(…) os valores fundamentais do moderno processo penal são o *garantismo* e a *efetividade*. *Garantismo*, visto tanto no prisma subjetivo dos direitos das partes, e sobretudo da defesa, como no enfoque objetivo da tutela do justo processo e do correto exercício da função jurisdicional. *Efetividade*, na visão instrumental do sistema processual, posto a serviço dos escopos jurídicos, sociais e políticos da jurisdição, que são o de atuação da vontade concreta da lei penal, de pacificação com justiça e de abertura à participação, dentro do processo e pelo processo”.²⁴

4.2

A tutela cautelar para a teoria geral do processo

O processo é, no plano jurídico, instrumento de atuação do direito material. Especificamente, o processo cautelar caracteriza-se, na lição consagrada de Piero Calamandrei, uma instrumentalidade qualificada, elevada ou ao quadrado, porque consiste num meio para assegurar o melhor resultado do provimento definitivo, que, por sua vez, é meio para a atuação do direito material, de forma então que os provimentos cautelares são, em relação à finalidade última da atividade jurisdicional, *instrumentos do instrumento*, ou seja, instrumentos do processo principal²⁵.

Assim, enquanto o processo de conhecimento e o processo de execução visam à tomada de providências capazes de preservar ou reintegrar em termos definitivos a ordem jurídica e o direito subjetivo ameaçado ou lesado, o processo cautelar tem como objetivo assegurar a eficácia prática²⁶ de providências cognitivas e executivas, uma vez que a atividade jurisdicional tem de dispor de mecanismos adequados para contornar os efeitos deletérios do tempo sobre o processo. Portanto, enquanto o conhecimento e a execução consistem em

²³ LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*, p. 32.

²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. A reforma do processo penal: adendo ao relatório das atividades da comissão de reforma do Código de processo penal. In: www.tj.ro.gov.br/emeron, acesso em 30-05-2007.

²⁵ CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Trad. Carla Roberta Andreasi Bassi da edição italiana de 1936. Campinas: Servanda, 2000, p. 42.

²⁶ *Ibid.*, p. 42: “Há, portanto, nos procedimentos cautelares, mais do que o objetivo de aplicar o direito, a finalidade imediata de assegurar a eficácia do procedimento definitivo que servirá por sua vez a exercer o direito. A tutela cautelar é, em comparação ao direito substancial, uma tutela mediata: mais do que fazer justiça, serve para garantir o eficaz funcionamento da justiça.”

modalidades de tutela jurisdicional imediata ou satisfativa, o processo cautelar é, em relação às duas outras espécies de processo, apenas instrumental, ou seja, trata-se de modalidade de tutela jurisdicional mediata²⁷.

Assim é que Frederico Marques define as medidas cautelares como “as ações em que se pede uma prestação jurisdicional de caráter instrumental tendente a garantir o resultado profícuo a processo de outra natureza,”²⁸ e, para Liebman, a ação cautelar consiste no direito de assegurar que o processo possa conseguir um resultado útil²⁹.

No mesmo sentido de sua instrumentalidade, Antônio Magalhães Gomes Filho assevera que

“na técnica processual, as providências cautelares constituem os instrumentos através dos quais se obtém a antecipação dos efeitos de um futuro provimento definitivo, exatamente com o objetivo de assegurar os meios para que esse mesmo provimento definitivo possa vir a ser conseguido e, principalmente, possa ser eficaz.”³⁰

A tutela cautelar justifica-se pela sua necessidade de fazer frente ao perigo iminente a que a ordem jurídica é exposta, de maneira que o emprego de outras formas de atividade jurisdicional provavelmente não seria eficaz para impedir a consumação da ofensa ou para repará-la de modo satisfatório. Assim, é possível definir a cautelaridade como técnica processual destinada a superar os riscos inerentes à estrutura do processo³¹.

Na processualística civil, essa situação de risco sério e iminente à ordem jurídica explica o caráter de *urgência* da providência cautelar, assim como a exigência somente de uma averiguação superficial e provisória acerca da *probabilidade de existência do direito alegado*, a fim de se conferir ao procedimento a agilidade necessária a conjurar o perigo³².

Para Calamandrei, a tutela cautelar representa

²⁷ Ibid., p. 42. No mesmo sentido: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 301.

²⁸ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 56.

²⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

³⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*, p. 01.

³¹ Ibid., p. 55.

³² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, p. 301.

“(…) um daqueles casos (a disciplina dos quais constitui talvez o mais antigo e mais difícil problema prático de cada legislação processual) em que a necessidade de ser breve debate-se contra a necessidade de fazer bem-feito: a fim de que o procedimento definitivo nasça com maiores garantias de justiça, este deve ser precedido do regular e ponderado desenvolvimento de toda uma série de atividades, ao cumprimento das quais é necessário um período, muitas vezes não breve de espera; mas essa *mora* indispensável ao cumprimento do ordinário *inter* processual ameaça tornar praticamente ineficaz o procedimento definitivo, o qual parece destinado, por amor à perfeição, a alcançar muito tarde, como a medicina longamente elaborada para um doente já morto”³³.

A cautelar é, portanto, medida excepcional, uma vez que antecipa um resultado que normalmente seria obtido mediante um procedimento mais longo e menos célere, capaz de permitir uma cognição mais completa e aprofundada mediante um amplo debate entre as partes³⁴. A providência cautelar, ainda que na medida da necessária celeridade, condensa num só procedimento as funções de conhecimento (para verificar as condições impostas pela lei para a concessão do provimento cautelar) e execução (para atuar a medida nos casos em que tal atividade ulterior é necessária para atingir o escopo do processo)³⁵.

É corrente entre os doutrinadores da teoria geral do processo o entendimento de que a tutela cautelar exige dois requisitos: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*³⁶.

O *fumus boni iuris* consiste na razoável probabilidade de existência do direito material que se pretende acautelar. Portanto, não é necessário demonstrar cabalmente a existência do direito material em risco: exige-se apenas um juízo de

³³ CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*, p. 39.

³⁴ É o que Garcez Ramos denomina “sumariedade procedimental”, que autorizaria a atenuação efetiva ou a postergação do direito de defesa, como operação legítima: RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*, p.88. Acredita-se que esse cerceamento de defesa não é legítimo nos provimentos cautelares penais.

³⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*,. 317. Idem: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 360.

³⁶ *Ibid.*, p. 316. Não existe, no entanto, um uníssono na doutrina quanto à categoria jurídica a que pertencem o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*: como se verá ao longo do texto, para alguns são requisitos específicos do provimento cautelar, ao lado das condições gerais de toda ação (legitimidade *ad causam*, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido); para outros, eles se confundem com as próprias condições da ação; outros ainda entendem que dizem respeito ao próprio mérito da cautelar. Opta-se por não entrar aqui em tal discussão de forma mais aprofundada, por tratar-se de tema da teoria geral do processo que não interessa diretamente ao objetivo do presente trabalho. Opta-se então, na linha de Antonio Magalhães Gomes Filho, por denominá-los genericamente como **requisitos** das medidas cautelares (ob. cit, p. 54), já adiantando, no entanto, que, entendemos que, com relação à prisão cautelar, o *periculum libertatis* não é somente um requisito, mas verdadeiro **fundamento** da necessidade da medida.

probabilidade e não de certeza³⁷. O *periculum in mora* é o perigo de insatisfação do direito em face da demora na prestação jurisdicional definitiva. Ao contrário do *fumus boni iuris*, é exigível, na maioria dos casos, que o perigo não se baseie em probabilidades, mas seja constatado de forma plena e aprofundada, antes da concessão da medida cautelar. O perigo há de ser, portanto, grave e fundado em fatos concretos. Como explica Humberto Theodoro Júnior,

“receio fundado é o que não decorre de simples estado de espírito do requerente, que não se limita à situação subjetiva de temor ou dúvida pessoal, mas se liga a uma situação objetiva, demonstrável através de algum fato concreto”³⁸.

Para o citado processualista, o perigo de dano refere-se ao interesse processual da parte em obter a justa composição do litígio, constituindo, portanto, o interesse de agir, verdadeira condição da ação cautelar³⁹. Já para Cândido Rangel Dinamarco, o *periculum in mora* diz respeito ao próprio mérito da ação cautelar⁴⁰.

A atividade cautelar é, na lição de Carnelutti, auxiliar e subsidiária, porque visa a assegurar o êxito das atividades de conhecimento e execução⁴¹. Além disso, a doutrina majoritária entende que existe uma verdadeira ação cautelar, autônoma em relação aos processos de conhecimento e de execução. Seguindo o entendimento de Francesco Carnelutti, a doutrina vê no processo cautelar um *tertium genus*, ou seja, vislumbra na prevenção um terceiro escopo do processo, de forma que a jurisdição compreende então três espécies de atividades e fins jurídicos: a cognição, a execução e a cautela⁴². Nas palavras do processualista milanês,

³⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 371.

³⁸ *Ibid.*, p. 372. No mesmo sentido: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*, pp. 54-55.

³⁹ *Ibid.*, p. 373. No mesmo sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1977, p. 124: a situação de perigo é “fato constitutivo do interesse de agir”.

⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Malheiros, 1987, p. 352.

⁴¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 316.

⁴² CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. Vol. I. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 323. Em posição contrária: CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 317: no processo cautelar há um único e indivisível procedimento, onde se aglutinam as atividades de conhecimento (para a apuração das condições exigidas pela lei para a concessão

“(…) juntamente à jurisdição e à execução apresenta-se a prevenção (dos danos do litígio), como uma terceira finalidade do processo. Geralmente, costuma-se falar, mais do que *prevenção*, de assecuramento dos Direitos (*rectius*, das pretensões)”.⁴³

Para Liebman, a tutela cautelar é autônoma em relação ao processo de conhecimento e de execução, e destina-se a garantir a eficácia, os resultados e os objetivos da jurisdição, seja no processo cognitivo seja no executório⁴⁴. Também na lição de Chiovenda,

“o poder jurídico de obter uma das medidas assecuratórias (...) é por si próprio uma forma de ação, e é mera ação, que não se pode considerar como acessório do direito acautelado, porque existe como poder atual, quando ainda não se sabe se o direito acautelado existe”.⁴⁵

Seguindo tal entendimento, a legislação processual civil pátria considera o processo cautelar um *tertium genus* ao lado do processo de conhecimento e de execução (art. 270, Código de Processo Civil Brasileiro). Os arts. 813 a 889 deste Código dispõem sobre as medidas cautelares específicas do processo civil: arresto, seqüestro, caução, busca e apreensão, exibição, produção antecipada das provas, arrolamento de bens, justificação etc. Além disso, o art. 798 do mesmo diploma legal prevê um poder geral de cautela do juiz, que pode conceder medidas cautelares não previstas em lei (cautelares atípicas ou inominadas) segundo a necessidade de cada caso concreto.

Os provimentos cautelares caracterizam-se ainda por sua provisoriedade e revogabilidade. A situação preservada mediante o provimento cautelar não se reveste de caráter definitivo, mas destina-se a durar por um espaço de tempo

da cautelar) e de execução (para fazer atuar a medida nos casos em que tal atividade ulterior é necessária para atingir o escopo do processo), de maneira que não é possível a sua distinção em fases, uma vez que é indivisível o interesse de agir. Diante disso, alega-se que o processo cautelar não é um *tertium genus* ao lado dos processos de conhecimento e de execução e sim variedade de um e outro: há um processo de conhecimento ou de execução, cautelar, e um processo de conhecimento ou de execução, definitivo. Também no sentido de a tutela cautelar não ser *tertium genus*: CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*, p. 203.

⁴³ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*, p. 322.

⁴⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, p.216.

⁴⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil, apud THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, p. 366.

delimitado, até e enquanto perdurarem os motivos que o ensejaram⁴⁶. Cessados os motivos, impõe-se a revogação da medida, que poderá ser novamente decretada se sobrevier a situação de risco. Assim, a decisão que decreta um provimento cautelar é sempre mutável no tempo e, por isso, é incompatível com a coisa julgada material, que significa a imutabilidade dos efeitos da decisão judicial. Além disso, as medidas cautelares são facultativas, não existindo qualquer tipo de imposição legal que torne obrigatória a sua decretação.

A doutrina da teoria geral do processo adverte que não se deve confundir a tutela cautelar com a tutela antecipatória, que tem natureza satisfativa e que antecipa total ou parcialmente os efeitos da sentença de mérito (lei 8952/94, que deu nova redação ao art. 273 do Código de Processo Civil Brasileiro). Consoante Antonio Carlos de Araújo Cintra et alli, são de natureza antecipatória no processo penal as liminares de *habeas corpus* e de mandado de segurança⁴⁷.

Por fim, cabe assinalar que, segundo Calamandrei, a instrumentalidade da tutela cautelar explícita, de maneira proeminente e exacerbada, o objetivo publicístico de sua função: mais do que defender os direitos subjetivos, garantir a eficácia e a seriedade da jurisdição⁴⁸. Neste sentido, Calamandrei compara as medidas cautelares às medidas de polícia, tendo-se em vista a linha tênue que as separa:

“As medidas cautelares são predispostas, mais do que pelos interesses dos indivíduos, pelo interesse da administração da justiça, da quais garantem o bom funcionamento e, também se poderia dizer, o bom nome. Se a expressão ‘polícia judiciária’ não tivesse já no nosso ordenamento um exato significado, ela poderia parecer singularmente adequada para designar a tutela cautelar: nesta encontram-se de fato, colocados ao serviço da função jurisdicional, aqueles poderes de prevenção, exercitados com urgência e com base em um juízo provisório no qual

⁴⁶ O significado de provisoriedade não coincide com o de temporariedade ou, como coloca Calamandrei, de temporaneidade: “É oportuno no entanto advertir que o conceito de *provisoria* (e como aquele, coincidentemente de *interinidade*) é um pouco diferente, e mais restrito, que aquele de *temporaneidade*. *Temporâneo* é, simplesmente aquilo que não dura para sempre, aquilo que, independentemente da superveniência de outro evento, tem por si mesmo duração limitada; *provisório* é por sua vez, aquilo que é estabelecido para durar até quando não sobrevenha um evento sucessivo, em vista e na espera do qual o estado de provisoriedade permanece no *interim*. Nesse sentido, *provisório* equivale a *interino*: ambas as expressões indicam aquilo que é estabelecido para durar somente aquele tempo *intermediário* que precede o evento esperado”: CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*, p. 26.

⁴⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 317.

⁴⁸ CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*, p. 209.

têm parte extensa as considerações de oportunidade, que são sem dúvida características de verdadeira e própria função de polícia. Poderia se dizer, aliás, que *mesmo a matéria dos procedimentos cautelares constitui a área-limite entre a função jurisdicional e aquela, administrativa, de polícia.*⁴⁹

4.3

A prisão como medida cautelar

A doutrina processual penal entende que, em geral, a cautelaridade como técnica de superação dos riscos inerentes ao processo, tem inteira aplicação ao processo penal, sendo a prisão a sua modalidade mais usual e também a de maior gravidade. Os riscos aí se referem ao processo enquanto atividade jurisdicional direcionada ao escopo de fazer atuar o direito penal, ou seja, ao fim de apuração de crimes e de aplicação de penas, persecução e punição.

No tratamento da cautelaridade no âmbito penal deixa-se de lado, ou melhor, ignora-se, o escopo político do processo penal desde uma perspectiva garantista, uma vez que, para o garantismo, os riscos maiores no processo penal e que, em consequência, deveriam ser primeiramente considerados tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, são aqueles riscos de arbitrariedade e de abuso de poder estatal nas atividades de persecução e punição de delitos, determinante de uma restrição de direitos fundamentais dos indivíduos processados e julgados criminalmente. Essa finalidade de acautelar o processo penal contra o abuso e o erro, ou seja, de garantia dos direitos fundamentais dos suspeitos, indiciados e acusados, revela uma nova face do risco no âmbito do processo penal, que, se não elimina a técnica da cautelaridade como fundamento da prisão provisória, ao menos a coloca num patamar diferente de raciocínio: o raciocínio crítico e questionador de sua necessidade, de seus fundamentos, de sua aplicação em observância das garantias inerentes ao devido processo, enfim, de sua justificação. Assim, é imperioso que à cautelaridade seja acrescentada outro critério que deverá nortear todo o tratamento da prisão provisória: a proporcionalidade. Em face do princípio de presunção de inocência, a prisão provisória exige a cautelaridade e a proporcionalidade como pressupostos de sua estrita necessidade.

⁴⁹ Ibid., p. 210.

É de acordo com essa linha de pensamento que se analisará a prisão como medida cautelar, dando especial ênfase ao estudo das prisões provisórias no plano teleológico. Em outras palavras, o estudo não tem como objetivo a análise pormenorizada da dogmática das várias espécies de prisão provisória previstas no ordenamento jurídico brasileiro, mas se restringe à análise dos requisitos legais apontados pela doutrina e pela jurisprudência pátrias como pressupostos e como fundamento da prisão provisória enquanto medida cautelar, de maneira a confrontar o meio (encarceramento antes da condenação definitiva) e seus fins⁵⁰.

Consoante João Gualberto Garcez Ramos, a tutela de urgência no ordenamento processual penal brasileiro é mais abrangente do que a tutela cautelar: ela abarca, além das medidas cautelares, medidas antecipatórias e medidas meramente administrativas, “tomadas pela autoridade judiciária, e baseadas no seu poder de polícia”⁵¹. Por outro lado, as medidas de urgência em matéria penal também podem ser classificadas de acordo com o seu objeto: são instrutórias as medidas que tem como objetivo a proteção do conjunto probatório, como os depoimentos antecipados; são patrimoniais aquelas que visam garantir ao ofendido ou seus sucessores o ressarcimento do dano causado pela infração penal, como as medidas de seqüestro, arresto e hipoteca legal; e são pessoais aquelas que recaem sobre o *status libertatis* do acusado, quer restringindo-o através das prisões provisórias, quer protegendo-o, através das modalidades de liberdade vinculada, com ou sem fiança⁵².

A prisão provisória é toda forma de privação da liberdade que não decorre de sentença penal condenatória definitiva (transitada em julgado), englobando assim, todas as espécies de prisão que ocorrem no decorrer do processo ou mesmo na fase do inquérito policial previstas em lei⁵³. São, portanto, modalidades de

⁵⁰ Segundo Faggioni, o fundamento para a compatibilização da prisão cautelar com o princípio de presunção de inocência encontra-se na finalidade da primeira como garantia do resultado útil do processo penal: FAGGIONI, Luiz Roberto Cicogna. *Prisão preventiva, prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e prisão decorrente de pronúncia – Considerações*, p.133. Acrescente-se que também é necessário confrontar o meio com o seu fim, de forma que o primeiro seja proporcional em relação ao segundo.

⁵¹ RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*, p 39. O objetivo do autor nesta obra é identificar a natureza jurídica das medidas de urgência no processo penal brasileiro. Percebe-se que o autor entende que a prisão cautelar pode ter natureza de polícia. Ver ainda MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pp. 59-74.

⁵² *Ibid.*, pp. 39-78.

⁵³ Utiliza-se aqui, conforme justificado alhures, o termo genérico “prisão provisória” apenas no sentido oposto ao de prisão definitiva, sem adiantar qual seria a sua natureza jurídica.

prisão provisória contempladas no ordenamento processual penal brasileiro: a prisão em flagrante, a prisão preventiva, a prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível e a prisão decorrente de decisão de pronúncia, todas elas previstas no Código de Processo Penal, além da prisão temporária, contemplada na lei 7960/89.

O entendimento quase unânime na doutrina processual penal é que as prisões provisórias são medidas cautelares, e que, como tais, elas devem ser sempre instrumento para a realização do processo penal ou para garantir a realização dos seus objetivos⁵⁴.

A cautelaridade afasta a idéia da tutela antecipatória no âmbito das prisões provisórias, uma vez que a admissão de verdadeira antecipação do provimento final condenatório (execução da pena) através de prisão antes de condenação definitiva, ofenderia o princípio de presunção de inocência.

É corrente então definir a prisão provisória nos moldes do tratamento empreendido pela teoria geral do processo para o processo cautelar, inclusive invocando os requisitos *fumus boni iuris* e *periculum in mora* para aplicá-los no tratamento das prisões provisórias. No entanto, o que se percebe é que a teoria geral do processo apenas estende ao processo penal categorias e definições elaboradas *a priori* para o processo civil, o que, especialmente no âmbito das prisões cautelares, determina uma inadequação de conceitos e definições que se refletem não apenas na doutrina, mas também na interpretação jurisprudencial, com graves conseqüências. É assim urgente a necessidade de uma revisão da teoria geral do processo aplicável às prisões provisórias enquanto medidas cautelares, uma vez que o processo penal possui categorias jurídicas próprias, adequadas às particularidades de seu objeto⁵⁵.

Primeiramente, cumpre observar que os pressupostos e as finalidades ou fundamentos de toda e qualquer prisão provisória, em obediência ao princípio da legalidade, deverão estar previstos expressamente em lei. Assim, não se pode cogitar no âmbito penal de um poder geral de cautela como no processo civil (art.

⁵⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*, p. 383: “(...) toda prisão anterior ao trânsito em julgado deve *também* ser considerada uma prisão *cautelar*. Cautelar no que se refere à sua função de instrumentalidade, de acautelamento de determinados e específicos interesses de ordem pública. Assim, a prisão que não decorra de sentença passada em julgado, será, sempre, cautelar e *também* provisória”.

⁵⁵ LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*, p. 193.

798, Código de Processo Civil), autorizando o juiz a decretar medidas cautelares inominadas, ou seja, não previstas expressamente em lei porque

“tratando-se de limitação da liberdade, é indispensável a expressa permissão legal para tanto, pois o princípio da legalidade dos delitos e das penas não diz respeito apenas ao momento da cominação, mas à “legalidade da inteira repressão”, que põe em jogo a liberdade da pessoa desde os momentos iniciais do processo até a execução da pena imposta.”⁵⁶

Consoante entendimento consagrado na doutrina e na jurisprudência brasileiras, os pressupostos fundamentais à necessária cautelaridade de todas as modalidades de prisão provisória são aqueles requisitos legais impostos no art. 312 do Código de Processo Penal para a prisão preventiva, considerada a mais genuína das prisões cautelares⁵⁷, a medida cautelar típica⁵⁸. Este dispositivo legal é considerado assim a espinha dorsal de todo o sistema cautelar⁵⁹, ou seja, é a matriz de interpretação do caráter cautelar de toda e qualquer prisão decretada antes da sentença condenatória definitiva, e não apenas da prisão preventiva, uma vez que especifica os requisitos que devem ser aferidos pelo juiz para a decretação de todas as espécies de prisão provisória. Este entendimento advém de uma interpretação coerente e sistemática do citado dispositivo legal com a exigência constitucional de que toda prisão, à exceção do flagrante delito, seja decretada mediante ordem escrita e fundamentada do juiz competente (art. 5º, LXI, CFBR/88), consagrando o princípio da jurisdicionariedade em sentido lato em matéria de prisão. Assim, no curso do processo, toda prisão provisória somente poderá ser decretada ou mantida através de decisão judicial fundamentada⁶⁰ no art. 312 do Código de Processo Penal, ou seja, se e enquanto estiverem presentes os pressupostos e fundamentos autorizadores da prisão preventiva.

Além disso, é importante asseverar aqui que o juiz, em observância ao princípio acusatório, não pode decretar *ex officio* a prisão provisória, seja qual for

⁵⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*, p. 57.

⁵⁷ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Vol IV. Campinas: Bookseller, 1997, p. 57.

⁵⁸ BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo Penal Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 184.

⁵⁹ LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*, p. 193.

⁶⁰ “A ausência de fundamentação conduzirá à nulidade absoluta do decreto de prisão preventiva, porquanto se trata de violação de formalidade estabelecida pela própria Constituição (arts. 5º, LXI, e 93, IX) para garantia do direito de liberdade”: GRINOVER et alli. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 239.

a sua modalidade. Assim, os legitimados a requerer prisões cautelares são os encarregados da investigação ou o titular do direito de ação – Ministério Público, Polícia, ofendido nos crimes de ação penal de iniciativa privada – e não o juiz de ofício, sob pena de quebra da imparcialidade da decisão e, conseqüentemente, do processo penal⁶¹. Não obstante, o art. 311 do Código de Processo Penal autoriza o juiz a decretar a prisão preventiva *ex officio* em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, em descompasso com o devido processo penal e com o princípio acusatório, exigências constitucionais. A função do juiz criminal no processo penal acusatório e no Estado de Direito Democrático é bem diferente dessa postura parcial:

“No Estado de Direito, Juiz Criminal não é policial de trânsito; não é vigia de esquina; não é zelador de patrimônio alheio; não é guarda do sossego de cada um; não é um sentinela do Estado leviatânico. Não tem o encargo de bloquear a maré montante da violência ou de refrear a criminalidade agressiva e ousada (...). A missão do Juiz Criminal é bem outra: é exceder a função criativa nas balizas da norma incriminadora, é infundir, em relação a determinadas normas punitivas, o sopro do social; é zelar para que a lei ordinária nunca elimine o núcleo essencial dos direitos do cidadão; é garantir a ampla e efetiva defesa do contraditório e a isonomia de oportunidades, favorecendo o concreto exercício da função de defesa; (...) é livrar-se do círculo fechado do dogmatismo conceitual, abrindo-se ao contato das demais ciências humanas e sociais; é compatibilizar o Estado de Direito com o Estado Social que lhe é subjacente; é, em resumo, ser o garante da dignidade da pessoa humana e da estrita legalidade do processo.”⁶²

No que tange aos requisitos necessários para a decretação da prisão enquanto medida cautelar, é fundamental uma revisão da teoria geral do processo. A disciplina da tutela cautelar no processo penal há de ser muito mais limitada do que no processo civil, notadamente no tratamento da prisão provisória, que atinge a liberdade e a dignidade do imputado. Portanto, se a tutela cautelar em geral é sempre excepcional porque restringe a cognição mais aprofundada, a prisão cautelar deve ser excepcionalíssima, uma vez que sacrifica o direito fundamental da liberdade, confrontando a presunção de inocência enquanto princípio orientador do processo penal. Conseqüentemente, a avaliação dos pressupostos das cautelares penais devem ser submetidas a um rigor muito maior.

⁶¹ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*, pp. 181-182. E nem se diga, conforme assevera Geraldo Prado, que neste caso “o juiz penal dispõe de um poder geral de cautela, que o autoriza a, *ex officio*, promover as providências cautelares que julgue pertinentes, pois tal poder, como no processo civil, não se exercita sem provocação da parte no feito cautelar”.

⁶² FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 45.

A teoria geral do processo indica de forma genérica o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* como pressupostos de todo provimento cautelar⁶³ que, assim, são impropriamente aplicados ao processo penal no que tange às prisões cautelares.

Ora, não se pode afirmar que para a decretação de uma prisão de natureza cautelar seja necessário o requisito *fumus boni iuris*, definido como probabilidade de existência do direito material alegado, pois em matéria processual penal, tal probabilidade diz respeito à ocorrência de um delito, de um ilícito penal, antítese do direito. Assim, no processo penal, é exigível para a decretação de uma prisão de natureza cautelar o requisito *fumus commissi delicti*, que significa a probabilidade de o indiciado ou acusado ter praticado um ilícito penal.

O art. 312 do Código de Processo Penal exige como *fumus commissi delicti* “a prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”. Isto quer dizer que, com relação à existência do crime, a lei exige prova material, ou seja, a certeza do delito devidamente demonstrada no processo ou no inquérito. No entanto, com relação à autoria, não é exigível um juízo de certeza, mas de probabilidade razoável da prática de um delito por uma pessoa determinada que é o significado que se deve conferir a expressão “indício suficiente”. Na lição de Basileu Garcia, “pode-se não saber, com inteira segurança, se o indiciado é o seu autor, mas a demonstração de que existe um fato delituoso, perfeitamente enquadrável na lei penal, é indeclinável”⁶⁴. Assim, com relação à autoria, ainda que não se exija um juízo de certeza, não é suficiente um juízo de mera possibilidade. O juízo de possibilidade da prática de crime, suficiente para o indiciamento de um suspeito e da correlata investigação dos fatos, é aquele em que existe uma relação de equivalência entre as razões positivas ou favoráveis à hipótese da autoria do delito e as razões negativas ou contrárias a tal hipótese.⁶⁵ Já para o recebimento da denúncia ou queixa e para a decretação de prisão cautelar, é necessário mais do que possibilidade de ocorrência do fato delituoso; é necessário um juízo de probabilidade, que importa num predomínio das razões positivas

⁶³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 316.

⁶⁴ BASILEU GARCIA, apud MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão cautelar e liberdades fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 129.

⁶⁵ Conforme lição de Carnelutti citada por LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*, p. 197.

acerca da autoria do crime sobre as razões negativas, bem como da inexistência de causas de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade.

A prisão provisória enquanto medida cautelar também está condicionada a algumas outras particularidades dispostas no artigo 313 do Código de Processo Penal, que estão atreladas à exigência do *fumus commisi delicti*. A melhor doutrina entende que este dispositivo legal referente à prisão preventiva, também se aplica às demais prisões provisórias, com exceção da prisão temporária, tratada de forma específica na lei 7960/89.

Assim, de acordo com o artigo 313, a prisão provisória será admitida em três hipóteses: nos crimes dolosos punidos com reclusão; nos crimes dolosos punidos com detenção, quando se verificar que o indiciado é vadio ou se, havendo dúvida sobre a sua identidade, ele não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la; nos crimes dolosos, se se constatar que o réu é reincidente em crime doloso⁶⁶.

Primeiramente, só é admissível a prisão preventiva nos crimes dolosos, excluindo-se de seu âmbito de incidência os crimes culposos e as contravenções penais. Trata-se de regra lógica que leva em conta o critério da proporcionalidade⁶⁷ correlato à excepcionalidade da medida cautelar, de maneira que a prisão provisória deverá ser decretada somente para os crimes mais graves, em que exista probabilidade de posterior condenação à pena privativa de liberdade. Assim, é necessário que o juiz, no momento de averiguação dos requisitos legais da prisão provisória, pondere se a infração penal, em tese, pode ou não receber uma pena substitutiva da pena privativa de liberdade (restritiva de direitos e/ou multa)⁶⁸, pois em caso positivo, não poderá ser decretada a prisão

⁶⁶ Considera-se reincidente, nos termos do disposto no art. 313, III do Código de Processo Penal, o réu que tiver sido condenado por outro crime doloso em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do art. 64 do Código Penal.

⁶⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*, pp. 384-385: Ainda que o Código de Processo Penal brasileiro não faça expressa referência à necessidade de adoção de critérios de proporcionalidade na fixação de prisões cautelares, ele utiliza esse critério ao determinar no artigo 313 a impossibilidade legal de decretação da prisão preventiva para os crimes culposos e para as contravenções penais. No mesmo sentido: FAGGIONI, Luiz Roberto Cicogna. *Prisão preventiva, prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e prisão decorrente de pronúncia – Considerações*, p.135: “A prisão preventiva somente pode ser decretada se o crime imputado for doloso (art. 313 do CPP). Isto é, se a criação ou aumento do risco ou a lesão ao objeto jurídico tutelado tenham sido livre e intencionalmente praticadas. Trata-se de aplicação do princípio da proporcionalidade. Somente nos crimes mais graves (dolosos) é que a medida mais dolorosa (privação da liberdade) pode ser decretada”.

⁶⁸ O artigo 44 do Código Penal Brasileiro enumera os requisitos cumulativos para a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos: pena aplicada não superior a 4 (quatro)

cautelar em observância ao princípio da proporcionalidade. Em outras palavras: se não existir *in casu* a probabilidade de condenação à pena privativa de liberdade e o perigo de o infrator colocar em risco a ordem jurídica, é inadmissível a prisão cautelar por faltar-lhe fundamento legal e constitucional, ou seja, por que não há legitimidade político-jurídica para restrição da liberdade antecipada⁶⁹. Conclui-se portanto que

“com efeito, a *prisão processual*, que já era restrita por sua excepcionalidade, está completamente afastada naquelas infrações penais que, teoricamente, podem receber uma pena alternativa. (...) Enfim, com a possibilidade de ser aplicada *pena restritiva de direitos* para condenações de até quatro anos, hoje, mais do que nunca, impõe-se o exame cauteloso da provável pena que, na hipótese de condenação, poderá ser aplicada. Essa prognose em benefício do cidadão é perfeitamente possível em razão do princípio da reserva legal, que possibilita saber antecipadamente a provável pena aplicável”⁷⁰.

Também por razões de proporcionalidade, não será admissível a prisão processual nos crimes dolosos cuja pena máxima cominada não seja superior a dois anos, pois são consideradas infrações penais de menor potencial ofensivo⁷¹, sujeitas ao procedimento determinado pela lei dos Juizados Especiais Criminais, e portanto, à transação penal, medida que possibilita a aplicação imediata de uma pena não-privativa de liberdade. Da mesma forma, entende-se que o juiz deverá

anos se o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, ou em caso de crime culposos, independentemente do *quantum* de pena aplicada; réu não reincidente em crime doloso; a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que a substituição seja suficiente. Se a pena cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a 1(um) ano, a substituição poderá ser por uma pena restritiva de direito e multa, ou por duas penas restritivas de direitos.

⁶⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: Parte geral*, vol. I. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 505. No mesmo sentido: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*, p. 385: “Com efeito, a prisão cautelar é utilizada, e somente aí se legitima, como *instrumento* de garantia da eficácia da persecução penal, diante de situações de risco real devidamente previstas em lei. Se a sua aplicação pudesse trazer conseqüências mais graves que o provimento final buscado na ação penal, ela perderia sua justificação, passando a desempenhar função exclusivamente *punitiva*. **A proporcionalidade da prisão cautelar é, portanto, a medida de sua legitimação, a sua ratio essendi**” (grifos nossos).

⁷⁰ *Ibid.*, p. 505.

⁷¹ *Ibid.*, pp. 578-585: Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, de competência dos Juizados Especiais Criminais, todas as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima cominada não seja superior a 2 (dois anos), independentemente de sua natureza dolosa ou culposa, ou de sua forma qualificada, simples ou privilegiada, ou ainda da previsão de procedimento especial. Trata-se de interpretação sistemática do autor dos artigos 61 da lei 9099/95 (Juizados especiais no âmbito da Justiça Estadual) e 2º, parágrafo único da lei 10.259/2001 (Juizados especiais no âmbito da Justiça Federal).

averiguar se, em tese, não seria o caso de suspensão condicional do processo (artigo 89, lei 9099/95) e de *sursis* (suspensão condicional da pena – artigo 77, Código Penal).

O art. 313 especifica nos incisos de I a III as hipóteses em que se admite a decretação da prisão processual nos crimes dolosos. Entende-se que apenas o inciso I contempla hipótese razoável de prisão cautelar: para os crimes dolosos punidos com reclusão. Os dois últimos incisos não justificam o encarceramento.

O inciso II prevê a prisão processual para os crimes dolosos punidos com detenção e acrescenta-lhe ainda duas outras hipóteses: quando se apurar que o réu é vadio, ou quando houver dúvidas quanto à sua identidade. Primeiramente, é ver que os crimes punidos com detenção são, em sua maioria, cominados com pena máxima não superior a dois anos, e que, portanto, serão, em regra, considerados infrações penais de menor potencial ofensivo sujeitas à aplicação de pena não-privativa de liberdade e, logo, não lhes deverão aplicar prisão cautelar por razões de proporcionalidade. Além disso, a execução da pena de crimes punidos com detenção se faz, de acordo com o artigo 33 do Código Penal, em regime semi-aberto e aberto, o que também torna desproporcional o emprego de prisão provisória.

A vadiagem – contravenção penal prevista no artigo 59 do decreto-lei 3688/1941⁷² – é critério valorativo estigmatizante e discriminatório, baseado em condição subjetiva pessoal do acusado. Trata-se de critério de definição da infração penal que adota uma concepção ontológica ou substancialista, onde o objeto de conhecimento não é o delito como conduta formalmente descrita na lei, mas sim a conduta do agente em si mesma imoral ou anti-social⁷³. Como tal, a contravenção penal de vadiagem ofende o princípio da estrita legalidade porque configura uma norma de caráter constitutivo, não-regulativo do fato punível, que pretende punir o indivíduo não diretamente pelo que ele fez, mas pelo que ele é⁷⁴, pelo seu *status* social e econômico. É ver que o artigo 14 da Lei de Contravenções

⁷² Artigo 59: “Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover a própria subsistência mediante ocupação ilícita:

Pena – prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses.”

⁷³ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 42.

⁷⁴ *Ibid.*

Penais presume o “vadio” como indivíduo perigoso⁷⁵. Ao criminalizar a conduta ociosa de quem não tem trabalho ou meios de se sustentar, ou de quem provém a sua subsistência mediante ocupação ilícita, em verdade, se está *criminalizando a pobreza*, ou seja, a situação de milhares de brasileiros que não têm a oportunidade de emprego lícito, que vivem sem trabalho e sem renda debaixo dos viadutos ou pedindo esmolas nas ruas, ou ainda daqueles que trabalham sem autorização competente ou regularização profissional, como os vendedores ambulantes⁷⁶.

É um completo absurdo que, nos dias atuais, ainda esteja em vigor o artigo 59 da Lei de Contravenções Penais, e mais absurda ainda a possibilidade de se decretar a prisão processual mediante alegação de vadiagem. Constata-se nessa questão como o esquema substancialista de direito penal autoritário é também decisionista em matéria de direito processual penal: compromete, ao mesmo tempo, as garantias penais da estrita legalidade, da materialidade e da lesividade, e as garantias processuais da presunção de inocência e da verificação e confrontação empírica da prova⁷⁷. O citado dispositivo legal não foi recepcionado pela Constituição Brasileira de 1988, que proclama, no *caput* do artigo 5º, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, e esta é a leitura que deve conduzir a interpretação do art. 313, inciso II do Código de Processo Penal, de forma a não admitir a prisão provisória com tal desiderato, que, além de discriminatório, não tem natureza cautelar.

A segunda hipótese do inciso II diz respeito à dúvida sobre a identidade do acusado ou indiciado, que não é fundamento proporcional à severidade da prisão como medida cautelar. Ora, na era tecnológica globalizada em que vivemos, não

⁷⁵ Artigo 14, decreto-lei 3688/41: “Presumem-se perigosos, além dos indivíduos a que se referem os ns. I e II do art. 78 do Código Penal:

(...)

II- o condenado por vadiagem ou mendicância.

⁷⁶ Sobre a contravenção de vadiagem: “Trata-se de uma norma legal draconiana, injusta e parcial. Destina-se apenas ao pobre, ao miserável, ao farrapo humano, curtido vencido pela vida. O pau-de-arara do Nordeste, o bóia-fria do Sul. O filho do pobre que pobre é, sujeito está à penalização. O filho do rico, que rico é, não precisa trabalhar, porque tem renda paterna para lhe assegurar os meios de subsistência. Depois se diz que a lei é igual para todos! Máxima sonora na boca de um orador, frase mística para apaixonados e sonhadores acadêmicos de Direito. Realidade dura e crua para quem enfrenta, diariamente, filas e mais filas na busca de um emprego. Constatação cruel para quem, diplomado, incursiona pelos caminhos da justiça e sente que os pratos da balança não têm o mesmo peso.” (Sentença de 27 de setembro de 1979 preferida pelo Exmo. Juiz de Direito da 5ª Vara Criminal de Porto Alegre, RS, Moacir Danilo Rodrigues). In: <http://www.aurylopes.com.br/art0017.html>, acesso em 07-05-2007.

⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 101.

se pode admitir que o Estado tenha que prender uma pessoa por que não possui meios hábeis para identificá-la.

A hipótese do inciso III diz respeito à reincidência do imputado em crime doloso. Considera-se reincidente, para tal hipótese, o acusado ou indiciado pelo cometimento de crime doloso que já tiver sido condenado anteriormente por outro crime doloso através de sentença penal com trânsito em julgado, e se, entre a data do cumprimento ou extinção da pena e o crime doloso posterior, não tiver decorrido tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação⁷⁸.

A reincidência é instituto que foi criado juntamente com os antecedentes criminais pela Escola Positivista no século XIX, como elemento característico de uma transformação da cultura penalista no sentido de, cada vez mais, rotular o infrator da lei penal como indivíduo perigoso que precisa ser controlado, disciplinado, transformado. Assim como os antecedentes, a reincidência não é circunstância objetiva relativa ao fato delituoso que se pretende punir; ela é circunstância pessoal, referente a fato ocorrido anteriormente, que é erigida como pressuposto de medidas preventivas, como nas hipóteses de prisão decorrente de pronúncia, de sentença penal condenatória recorrível e na prisão preventiva, além de ser também utilizada como circunstância que agrava a pena (artigo 61, I, Código Penal), e que impede a concessão de benefícios penais, como a suspensão condicional da pena (artigo 77, I, Código Penal), o livramento condicional (artigo 83, I, Código Penal), e a suspensão condicional do processo (artigo 89, lei 9099/95). É instituto que estigmatiza o réu, rotulando-o como indivíduo criminoso, e portanto, perigoso. No âmbito das prisões provisórias, ela determina uma presunção de periculosidade do indiciado ou acusado sem qualquer fundamento, uma vez que não se pode concluir que uma pessoa ofereça real perigo à sociedade simplesmente por que cometeu um crime anterior e que, em geral, não tem relação com o fato delitivo que lhe é imputado no presente, uma vez que a reincidência exige que a condenação pelo crime anterior já tenha passado em julgado. Logo, a necessidade de se decretar a prisão preventiva por que o réu é reincidente é simplesmente presumida pela lei, o que é inconstitucional face ao princípio de presunção de inocência.

⁷⁸ Em conformidade com o disposto nos artigos 63 e 64 do Código Penal.

Conclui-se, portanto, que o *fumus commissi delicti* deverá referir-se somente à existência de provável autoria de crime doloso punido com reclusão.

Com relação ao segundo requisito das medidas cautelares, também é errôneo afirmar que é exigível para a decretação de prisão cautelar o *periculum in mora*, definido correntemente como o perigo ou risco de, em razão do decurso do tempo, ou seja, da demora da prestação jurisdicional definitiva, o direito não mais existir ou não poder mais ser satisfeito. Esse conceito consolidado na processualística civil é adequado às medidas cautelares reais do processo penal, em que a demora da prestação jurisdicional pode acarretar a dilapidação do patrimônio do acusado, mas no tocante às cautelas pessoais privativas da liberdade, o perigo adquire outro caráter⁷⁹.

O perigo que faz necessário o emprego de prisões cautelares não diz respeito diretamente ao fator tempo, mas é provocado pela própria conduta do imputado em liberdade⁸⁰: diz-se então, com lastro na lei (art. 312 do Código de Processo Penal), que existe risco ou perigo para a ordem pública, ou para a ordem econômica, ou de o acusado fugir e frustrar a futura execução da condenação, ou ainda de destruir provas da acusação ou causar prejuízos ao normal andamento do processo. Diante desse pretense risco que decorre de uma *conduta concreta* do suspeito, indiciado ou acusado em liberdade e que, no entendimento majoritário, justifica o seu encarceramento antecipado, o correto é a utilização do termo *periculum libertatis* como *fundamento* da prisão cautelar⁸¹ e não simplesmente como seu requisito. Em outras palavras: o *periculum libertatis* é mais do que requisito da prisão cautelar; ele é a própria razão da necessidade de antecipação de uma medida extremamente gravosa, que importa na privação da liberdade de quem ainda não foi julgado definitivamente. O *periculum libertatis* é, portanto, o grande fator de legitimação da prisão cautelar.

O art. 312 do Código de Processo Penal elenca as hipóteses legais de *periculum libertatis*. Assim é que, na redação do citado dispositivo legal, a prisão provisória poderá ser decretada “como garantia da ordem pública, da ordem

⁷⁹ LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*, p. 195.

⁸⁰ *Ibid.*, pp. 195 e 196. Acrescente-se que, ainda que o *periculum libertatis* decorra do caráter de urgência da medida e, portanto, não possa ser dissociado do fator tempo, este é de segunda ordem, uma vez que o perigo decorre imediatamente da conduta do imputado em liberdade.

⁸¹ *Ibid.*, p. 195.

econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal”.

O rigor na análise do *periculum libertatis* exige que se esteja diante de *uma situação concreta* de perigo grave e fundado. Assim, ao contrário da averiguação do *fumus commissi delicti*, onde cumpre ao juiz verificar se existem nos autos provas da existência do crime e somente indícios que sinalizem a probabilidade da autoria, no que diz respeito ao *periculum libertatis*, o juiz não pode contentar-se com um juízo meramente probabilístico, sendo necessária uma avaliação mais aprofundada sobre os fatos e as circunstâncias que irão demonstrar a necessidade da medida. É, portanto, indispensável que sejam demonstrados cabalmente nos autos os fatos concretos que indiquem o perigo, e conseqüentemente, a necessidade da prisão cautelar. É nesse sentido que se pode afirmar que “a legitimidade da excepcional prisão provisória ou processual condiciona-se, portanto, à concreta demonstração do contexto fático revelador de sua necessidade”⁸².

Nas palavras de Aury Lopes Jr., “as medidas cautelares são, acima de tudo, situacionais, na medida em que tutelam uma situação fática”⁸³. Portanto, desaparecendo a situação concreta de perigo, ou seja, o motivo concreto que a legitimava, a prisão cautelar deverá ser revogada. O art. 316 do Código de Processo Penal dispõe que, nesta hipótese, a prisão “poderá” ser revogada, no sentido da facultatividade da prisão cautelar tanto no que diz respeito à sua decretação quanto no que diz respeito à sua revogação. Entende-se, no entanto, que a facultatividade da medida diz respeito apenas à sua decretação. No momento em que se verifica que não mais subsistem os motivos que ensejaram a prisão cautelar, ou seja, que não mais existe a situação fática determinante do *periculum libertatis*, cumpre ao juiz obrigatoriamente mandar soltar o imputado, pois, em matéria penal, a dúvida deverá ser interpretada sempre em prol do réu. Ora, a prisão cautelar é medida excepcionalíssima; a regra é a liberdade de quem não foi definitivamente julgado. Cumpre assim, no momento da decretação da medida cautelar, o máximo rigor na análise dos seus pressupostos e fundamentos,

⁸² KARAM, Maria Lúcia. Garantia do estado de inocência e prisão decorrente de sentença ou acórdão penais condenatórios recorríveis. In: *Revista de Estudos Criminais*, ano 3, 2003, n. 11, parecer, p. 167.

⁸³ LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*, p. 197.

assim como no decorrer do processo, a fim de se verificar se eles subsistem. Como na prisão cautelar exige-se apenas um juízo meramente probabilístico acerca da autoria do delito e não um juízo de certeza, não se pode exigir do juiz a obrigatoriedade de decretação de uma medida tão gravosa. Além disso, conforme será exposto de maneira mais detalhada no próximo capítulo, o juiz tem que se valer de um critério de proporcionalidade para averiguar a necessidade do encarceramento provisório, o que importa numa investigação aprofundada acerca de concreta situação de *periculum libertatis*.

Para que a prisão provisória tenha natureza cautelar, é fundamental analisar os seus fundamentos legais, ou seja, as hipóteses de *periculum libertatis* elencadas na lei, a fim de verificar se elas se revestem da função instrumental indispensável a toda medida cautelar. Conforme já citado alhures, o provimento cautelar é sempre instrumental na medida em que, consoante a lição consagrada de Piero Calamandrei, ele é um instrumento a serviço do instrumento. Assumindo o processo sempre uma função instrumental em relação ao direito material (escopo jurídico do processo), o provimento cautelar, por sua vez, assume juridicamente a instrumentalidade qualificada de tutelar o processo e a eficácia de um futuro provimento definitivo. De acordo com esse entendimento, é possível então concluir que, no âmbito penal, são cautelares as medidas destinadas a tutelar o processo penal, garantindo o seu regular desenvolvimento e também a eficaz aplicação do *jus puniendi*, ou em outras palavras, quando houver

“comprovação de duas situações fundamentalmente processuais: toda vez que a liberdade do acusado puser em risco o conteúdo de verdade que o processo penal terá que buscar, ou vier a inviabilizar a aplicação da lei penal, deixando em perigo a efetivação da sanção criminal”⁸⁴.

Portanto, a prisão provisória só terá natureza cautelar se assume essa restrita função de servir como instrumento para a realização do processo ou para garantia de seus resultados, não devendo jamais assumir uma função penal de punição.

No entanto, o art. 312 do Código de Processo Penal, ao elencar as hipóteses de *periculum libertatis*, não confere à prisão provisória apenas

⁸⁴ PRADO, Geraldo. *Prisão e liberdade no Processo Penal Brasileiro*. In: www.direitosfundamentais.com.br, acesso em 02-02-2005.

finalidades instrumentais. Ao estabelecer que a prisão preventiva poderá ser decretada “por conveniência da instrução criminal” e “para a aplicação da lei penal”, o legislador certamente assegura à prisão objetivos instrumentais, o que confere, em tese, cautelaridade à mesma.

No entanto, quando prevê a possibilidade de prisão “para garantia da ordem pública ou da ordem econômica”, os objetivos deixam de ser instrumentais e a prisão provisória assume fins extraprocessuais. Além disso, na prática, a distinção entre prisão como sanção e prisão como instrumento processual não é em geral visível tanto que o legislador prevê a detração do tempo da prisão provisória (Código Penal Brasileiro, art. 42) e determina a aplicação das normas de execução ao preso provisório (lei 7210/84, art. 2º, parágrafo único).

A prisão provisória com a finalidade de garantir a instrução criminal tem, em tese, finalidade instrumental. A doutrina e a jurisprudência entendem que quando existe o perigo de o acusado ou indiciado causar prejuízos ao regular andamento do processo penal, seja intimidando ou ameaçando testemunhas, seja destruindo provas documentais ou os vestígios do crime, a prisão é necessária para acautelar a persecução penal e o material probatório da acusação. Também se alega que a prisão “por conveniência da instrução criminal” se encaixa na hipótese de risco de não comparecimento do réu aos atos instrutórios. Nessas hipóteses, a prisão assumiria a natureza de medida cautelar instrumental.

Da mesma forma, a prisão provisória para garantia da aplicação da lei penal também tem, em tese, objetivo instrumental, assumindo a natureza de medida cautelar final, uma vez que visa acautelar a eficácia de uma futura sentença condenatória. A hipótese encaixa-se no perigo de fuga do imputado, tendo, pois, o objetivo de evitar que o imputado frustrasse a execução da pena.

Nestas duas hipóteses legais de prisão cautelar – como cautela instrumental e como cautela final –, impõe-se o máximo rigor na verificação dos fatos concretos, notadamente da conduta do agente, que determinem verdadeiro e sério risco da liberdade do imputado para a efetividade da jurisdição penal (*periculum libertatis*), de forma que, conjuntamente à existência de provas materiais do crime e de indícios da autoria (*fumus commissi delicti*), a prisão cautelar seja decretada como verdadeira medida cautelar excepcional, ou seja, para que ela deixe de ser hipoteticamente instrumental e passe a sê-lo também concretamente.

No entanto, o que se vê no Brasil é uma banalização das prisões cautelares e não a sua decretação de forma excepcional, de maneira que se consagra “o absurdo primado das hipóteses sobre os fatos, pois prende-se para investigar, quando, na verdade, primeiro se deveria investigar, diligenciar, para somente após prender, uma vez suficientemente demonstrados o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.”⁸⁵. É ver que, assim, a prisão perde a sua natureza cautelar de instrumento do processo e torna-se uma medida de polícia inadmissível no ordenamento jurídico-constitucional pátrio.

Por outro lado, a prisão provisória para “garantia da ordem pública ou da ordem econômica” não tem, nem mesmo hipoteticamente, natureza cautelar. Tais fundamentos deslegitimam a prisão enquanto medida cautelar, uma vez que sua finalidade não é instrumental. A doutrina e a jurisprudência identificam frequentemente com os objetivos de garantia da ordem pública ou da ordem econômica, as mais variadas finalidades: de imediata reação ao delito (prisão como exemplo); para satisfazer o sentimento de justiça da sociedade; para aplacar o alarme social provocado pelo crime, contribuindo para a credibilidade da justiça; por que o réu é perigoso; para evitar que o réu pratique novos delitos.

Conforme será melhor explicado no capítulo 5, a prisão nas hipóteses supra-indicadas não é cautelar, mas sim uma antecipação da punição ditada por razões de ordem substancial e não instrumental, pressupondo um reconhecimento da culpabilidade do imputado contrária à garantia constitucional da presunção de inocência. É alarmante constatar ainda que a previsão legal de prisão processual para garantia da ordem pública e da ordem econômica dá margens para que ela seja utilizada, em conformidade com uma tendência mundial, para a finalidade política, simbólica e imediata de combater a criminalidade, transformando a prevenção de delitos numa regra comum e ordinária do processo penal.

Pode-se então concluir que

“Situando-se, assim, nos limites entre o direito processual e o direito material, a prisão cautelar constitui, na verdade, um poderoso instrumento a serviço do aparato punitivo estatal, refletindo quase sempre uma opção deliberada do

⁸⁵ LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*, pp. 42 a 43, onde se relata a existência no Brasil de mais de 75 mil pessoas presas aguardando julgamento.

legislador pelo emprego de instrumentos processuais com finalidades intimidatórias e repressivas.”⁸⁶

4.4

Considerações sobre a cautelaridade nas modalidades de prisão provisória previstas no ordenamento jurídico brasileiro

O objetivo do presente trabalho é especificamente a análise crítica dos requisitos e fundamento das prisões provisórias, o que, conseqüentemente, implica em conferir especial ênfase ao estudo dos pressupostos e, principalmente, dos fundamentos da prisão preventiva contemplados no artigo 312 do Código de Processo Penal. No presente capítulo, tais pressupostos e fundamentos foram delineados enquanto requisitos necessários à cautelaridade das prisões provisórias, e que serão objeto de análise mais aprofundada no capítulo seguinte.

Não obstante, existem determinadas particularidades de cada espécie de prisão provisória contemplada no ordenamento jurídico brasileiro que não podem deixar de ser discutidas aqui, dada a relevância de questões que dizem respeito diretamente à discussão do tema no plano teleológico, ou seja, de sua natureza e finalidade cautelar, e também à luz dos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal.

i) A prisão em flagrante

Os aspectos da prisão em flagrante que serão analisados aqui se restringirão àqueles que dizem respeito à sua caracterização como medida cautelar, de forma que não será objeto de estudo as demais particularidades de seu tratamento legal e doutrinário.

De acordo com o artigo 302 do Código de Processo Penal, considera-se em flagrante delito o indivíduo que é surpreendido cometendo a infração penal, ou acabando de cometê-la. A primeira hipótese caracteriza realmente a situação de flagrância – a palavra flagrante vem do latim *flagrans, flagrantis*, que significa ardente, crepitante – ou seja, de “visibilidade incontestável da prática do fato

⁸⁶ Ibid., p. 60.

delituoso”⁸⁷. No entanto, ambas as hipóteses são consideradas situações de flagrante próprio, pois há, entre a prática da infração e a prisão uma relação de quase absoluta imediatidade⁸⁸.

O artigo 302 considera ainda outras duas hipóteses de flagrante delito, que são classificadas como flagrante impróprio: quando o indivíduo é perseguido, logo após o cometimento da infração, pela autoridade policial, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser o autor do delito; e quando o indivíduo é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser o autor da infração. É ver que as hipóteses de flagrante impróprio baseiam-se em fatos – a fuga e a posse dos instrumentos do crime ou outros objetos a ele relacionados – que a lei indica como situações em que se presume a autoria delitiva.

O ato de prender em flagrante não passa de simples ato administrativo levado a efeito, em geral, pela Polícia Judiciária incumbida de zelar pela ordem pública, e, ainda que seja efetivada por particular⁸⁹, ela continua tendo esta natureza administrativa, pois o cidadão estará exercendo um direito público subjetivo de natureza política⁹⁰.

A partir do momento em que o juiz, comunicado em 24 (vinte e quatro) horas do ato de prisão flagrante, resolve manter o encarceramento, a prisão, de ato administrativo, deverá assumir a natureza de prisão cautelar, e, para tanto, será imprescindível justificar a necessidade de sua manutenção. É quando a prisão em flagrante convola-se em prisão preventiva, que deverá ser fundamentada pelo juiz nos artigos 311 e 312 do Código de Processo Penal⁹¹.

Em relação ao *fumus commissi delicti*, em geral a flagrância é idônea a evidenciar a existência do crime e a autoria. Ainda que as hipóteses de flagrante impróprio não sejam aptas a determinar precisamente a autoria delitiva, os fatos que a lei descreve como indicadores de uma presunção de autoria, são suficientes para fornecer o juízo de probabilidade acerca da mesma, que é o exigível em matéria cautelar.

⁸⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*, p. 394.

⁸⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Vol 3. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 387.

⁸⁹ O artigo 301 do Código de processo Penal dispõe que “qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”.

⁹⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, p. 379.

⁹¹ Assim exige o artigo 310, parágrafo único do Código de Processo Penal com redação determinada pela lei 6416/1977.

No entanto, é difícil identificar a cautelaridade desta espécie de prisão no que tange ao *periculum libertatis*. Assim, ainda que esteja presente o *fumus commissi delicti*, nem sempre estará justificada a prisão⁹². É imprescindível que o juiz justifique a prisão na estrita e inequívoca necessidade do encarceramento como instrumento para a realização do processo penal ou para garantir a realização dos seus objetivos, baseando-se, para tanto, em fatos concretos que demonstrem efetivamente que a situação de liberdade do indiciado ou acusado durante o processo ou inquérito oferece grave perigo para a persecução penal ou para a efetivação do provimento final. Do contrário, a prisão não terá natureza cautelar, constituindo uma modalidade arbitrária e abusiva de manutenção automática do ato administrativo da prisão em flagrante.

ii) A prisão decorrente de pronúncia, de sentença penal condenatória recorrível e como condição para apelar

O artigo 408 do Código de Processo Penal determina que, uma vez terminada a primeira fase do procedimento dos crimes contra vida, se o juiz estiver convencido da existência do crime e de indícios de sua autoria, deverá pronunciar o réu de maneira fundamentada a fim de se dar início à segunda fase do procedimento (Júri). O citado dispositivo, em seu §2º, exige como corolário da decisão de pronúncia, a decretação da prisão do réu ou a manutenção desta, exceto se o mesmo for primário e de bons antecedentes, quando então poderá deixar de decretar a prisão ou revogá-la.

Da mesma forma, o artigo 393, inciso I, do mesmo diploma legal impõe que a prisão ou a sua manutenção (nas infrações inafiançáveis como nas afiançáveis, enquanto não prestar fiança) é efeito da sentença condenatória recorrível, e o artigo 594 determina que o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, ou condenado por crime de que se livre solto⁹³.

⁹² FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*.

⁹³ O artigo 321 do Código de Processo Penal determina quais são as hipóteses em que o réu se livra solto após a sentença condenatória, independentemente de fiança:

“I – no caso de infração, a que não for, isolada, cumulativa ou alternativamente, cominada pena privativa de liberdade;

II – quando o máximo da pena privativa de liberdade, isolada, cumulativa ou alternativamente cominada, não exceder a 3 (três) meses”.

As citadas normas prevêem hipóteses de prisão provisória *obrigatória* em decorrência de pronúncia e de sentença condenatória recorrível, vinculadas aos critérios subjetivos da reincidência e dos maus antecedentes. É ver que a redação do artigo 408, *caput* e §2º e do artigo 594 foi determinada pela lei 5941/1973, a denominada Lei Fleury, responsável pela introdução dos conceitos de primariedade e de bons antecedentes na disciplina da prisão processual, o que, embora possa a princípio parecer benéfico, foi notoriamente ditado por momentânea conveniência ditada por interesses de funcionários de alta hierarquia policial acusados de homicídio⁹⁴.

A doutrina e jurisprudência pátrias têm firmado entendimento de que as prisões decorrentes de pronúncia e de sentença condenatória recorrível são cautelares, desde que no momento da sua decretação estejam presentes aqueles requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal para a prisão preventiva. No entanto, pela leitura dos dispositivos legais supracitados, verifica-se que não há qualquer previsão expressa de vinculação da prisão decorrente de pronúncia e de sentença condenatória recorrível aos requisitos do artigo 312⁹⁵ ou qualquer alusão à necessidade cautelar dessas modalidades de prisão⁹⁶. Como já observado alhures, é fundamental a observância do princípio da estrita legalidade em matéria de prisão, de maneira que todas as hipóteses de encarceramento, como pena ou não, deverão ser determinadas de forma expressa, determinada e clara.

O que se depreende dos artigos mencionados é que os requisitos para a decretação das prisões citadas são os maus antecedentes e a reincidência (ou “não-primariedade”) do réu pronunciado ou condenado por sentença recorrível, que não são critérios idôneos para determinar a existência ou não da necessidade cautelar⁹⁷. Os critérios subjetivos dos maus antecedentes e da reincidência do réu não conferem à prisão natureza cautelar porque não são elementos objetivos baseados em fatos concretos verificáveis nos autos como capazes de por em risco a instrução criminal ou a aplicação da lei penal. São dados subjetivos, que não são

⁹⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*, p. 62.

⁹⁵ Ao contrário da manutenção da prisão preventiva, cuja norma inserida no parágrafo único do artigo 310 do Código de Processo Penal exige expressamente a presença de “qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312)”.

⁹⁶ FAGGIONI, Luiz Roberto Cicogna. *Prisão preventiva, prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e prisão decorrente de pronúncia – Considerações*, p. 146.

⁹⁷ *Ibid.*, p.147.

definidos expressamente pela lei, mas somente indicados por ela, e que determinam a estigmatização do réu.

Consoante César Roberto Bitencourt, deve-se entender por antecedentes os fatos anteriores praticados pelo réu, que podem ser bons ou maus⁹⁸. Como a expressão é fluida, aberta, indeterminada, a jurisprudência indica hipóteses absurdas de “maus antecedentes” como “inquéritos instaurados e processos criminais em andamento”, “absoluções por insuficiência de provas”, “prescrições abstratas, retroativas e intercorrentes”⁹⁹, que são hipóteses inadmissíveis, uma vez que violam o princípio constitucional de presunção de inocência. Assim, em respeito à presunção de inocência, só podem ser considerados “maus antecedentes” as decisões condenatórias irrecorríveis¹⁰⁰, ainda que se entenda que tal critério jamais deveria existir como pressuposto de medida cautelar. Por outro lado, é primário o réu que não é reincidente, ou seja, aquele indivíduo que, ainda que tenha respondido a inquéritos criminais, sido processado criminalmente, e até mesmo condenado, não o tenha sido por sentença condenatória irrecorrível, de acordo com o que prescreve os artigos 63 e 64 do Código Penal¹⁰¹.

Ainda que no momento da decretação da pronúncia e especialmente da sentença condenatória recorrível, já exista mais do que *fumus commissi delicti*, ou seja, mais do que probabilidade da autoria da infração penal¹⁰², não se pode

⁹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: Parte geral*, vol. I. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 554.

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ Ibid., p. 555: “Com efeito, sob o império de uma nova ordem constitucional, e ‘constitucionalizando o direito penal’, somente podem ser valoradas as ‘maus antecedentes’ decisões condenatórias irrecorríveis. Assim, quaisquer outras investigações preliminares, processos criminais em andamento, mesmo em fase recursal, não podem ser valorados como maus antecedentes”. No mesmo sentido: GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 617.

¹⁰¹ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Direito Penal – Parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 716: “A noção de primariedade que, na legislação anterior, colocou-se da mesma forma relevante, em face da nova parte geral perdeu toda a sua importância. Interpretando os dispositivos legais mencionados, chega-se à conclusão de que primário é o indivíduo que não é reincidente. (...) A prática de vários crimes em curto espaço de tempo, via de regra, não gera reincidência, já que não há tempo útil para que ocorra decisão condenatória com trânsito em julgado antes da reiteração da conduta delitiva”.

¹⁰² Como explica Maria Lúcia Karam, na prisão processual decorrente de sentença condenatória, não há mais que se falar do requisito *fumus boni iuris*, que aqui denominamos *fumus commissi delicti*, uma vez que a cognição realizada até a condenação não mais expressa um juízo de verossimilhança acerca da existência do direito alegado pelo autor da ação penal condenatória, ou, como preferimos, de verossimilhança da autoria do crime. No entanto, a autora conclui que a prisão cautelar não pode estar vinculada à superveniência da sentença condenatória, “mas sim à permanência ou não da situação de risco à realização ou satisfação da pretensão veiculada no processo principal”: KARAM, Maria Lúcia. *Garantia do estado de inocência e prisão decorrente de sentença ou acórdão penais condenatórios recorríveis*, p. 169.

simplesmente presumir a partir dos maus antecedentes ou da reincidência do réu pronunciado ou condenado, que exista perigo de o mesmo empreender fuga (hipótese de *periculum libertatis*)¹⁰³, uma vez que o perigo deverá basear-se em fatos concretos e não em meras presunções. A única presunção admitida no processo penal cautelar é a de inocência¹⁰⁴ que, em verdade, é uma garantia processual, ou ainda, um princípio orientador de todo o processo penal. E nem se diga que o réu pronunciado ou sentenciado deve ser preso porque seus maus antecedentes ou reincidência indicam que o mesmo em liberdade poderá reiterar a prática de crimes, pois as prisões cautelares não se destinam à prevenção especial de infrações penais.

Como fica evidente que tais prisões obrigatórias, da forma como estão previstas do Código de Processo Penal, não têm natureza cautelar, é manifesta a sua incompatibilidade com o princípio de presunção de inocência enquanto regra de juízo e principalmente enquanto regra de tratamento do imputado, sendo inarredável concluir que os artigos 393, inciso I, 408 e 594 do Código de Processo Penal não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988. Conseqüentemente, não se pode decretar prisão cautelar com fundamentos nos artigos 408, §2º e 594, mas *somente* no artigo 312¹⁰⁵, de maneira que, se no momento da pronúncia ou da decisão condenatória recorrível, o magistrado verificar que fatos concretos demonstram sério risco para a realização futura da pretensão punitiva, a prisão daí decorrente será cautelar¹⁰⁶. O que se deve ter em vista é que toda e qualquer prisão antes da decisão condenatória com trânsito em julgado só será cautelar se baseada na estrita necessidade de acautelar uma situação concreta de perigo para a eficácia do processo penal, e os antecedentes ou a reincidência do réu não são idôneos para esta averiguação.

Por outro lado, além da necessidade de desvincular a prisão cautelar dos requisitos subjetivos dos antecedentes e da reincidência, também é fundamental

¹⁰³ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. O recolhimento à prisão como pressuposto de admissibilidade do recurso – art. 594 do CPP – e sua alegada inconstitucionalidade. Jurisprudência comentada. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 1, n. 4, outubro-dezembro de 1993.

¹⁰⁴ KARAM, Maria Lúcia. Garantia do estado de inocência e prisão decorrente de sentença ou acórdão penais condenatórios recorríveis, p. 168.

¹⁰⁵ Assim, a correta interpretação que se deve dar à Súmula 09 do Superior Tribunal de Justiça – “a exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência” – é de que só não haverá tal ofensa se estiverem presentes no caso concreto os requisitos que autorizam a prisão preventiva – artigo 312 do Código de Processo Penal.

¹⁰⁶ GOMES, Luis Flávio. *Direito de apelar em liberdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

desvincular a prisão cautelar do direito de apelar ou de aguardar o julgamento do júri em liberdade¹⁰⁷. A prisão cautelar não pode ser uma condição para tais direitos. Estabelecer que a prisão é condição para o pronunciado aguardar em liberdade o julgamento pelo Tribunal do Júri ofende o princípio de presunção de inocência. Condicionar o direito de apelar à prisão significa violar o direito constitucional de ampla defesa, com os meios e *recursos* a ela inerentes¹⁰⁸, que inclui, portanto, o direito ao acesso ao duplo grau de jurisdição, expressão do devido processo legal¹⁰⁹. Sendo a apelação um direito constitucional impostergável¹¹⁰, o artigo 594 do Código de Processo Penal deveria ser revogado por sua manifesta incompatibilidade com a Lei Maior. Portanto,

“definitivamente devemos admitir a separação, por força da legislação em vigor, entre a prisão cautelar e os direitos de aguardar o julgamento em liberdade, de apelar ou de recorrer para Tribunais Superiores. A prisão cautelar tem disciplina jurídica específica, pode ser decretada em qualquer fase do processo, desde que necessária para garantia do seu resultado, mas não pode ser ‘condição’ de nenhum direito público subjetivo do acusado previsto irrestritamente na Constituição Federal”.¹¹¹

Posição muito discutida e polêmica é a de Afrânio Silva Jardim, que entende que a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível não tem natureza cautelar e sim de execução provisória da pena.

Uma execução é provisória quando pendente uma impugnação da sentença mediante recurso recebido apenas em seu efeito devolutivo¹¹². No Código de Processo Penal atribui-se, em regra, ao recurso de apelação apenas o efeito devolutivo, uma vez que os artigos 393, I e 669 do citado diploma legal

¹⁰⁷ Ibid., pp.104 e segs.

¹⁰⁸ Artigo 5º, LV, Constituição Federal de 1988: “Aos litigantes, em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Artigo 8, 2, “h”, Pacto de São José da Costa Rica: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

(...) h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”.

¹⁰⁹ GOMES, Luis Flávio. *Direito de apelar em liberdade*, pp. 104 e segs. No mesmo sentido KARAM, Maria Lúcia. *Garantia do estado de inocência e prisão decorrente de sentença ou acórdão penais condenatórios recorríveis*, p. 170.

¹¹⁰ GOMES, Luis Flávio. *Prisão cautelar versus direito de apelar* (STJ assume importantíssima posição garantista). In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 61, ano 5, dezembro de 1997.

¹¹¹ Ibid.

¹¹² Artigo 587 do Código de Processo Civil Brasileiro (lei 5869/1973): “A execução é definitiva, quando fundada em sentença transitada em julgado ou em título extrajudicial; é provisória, quando a sentença for impugnada mediante recurso, recebido só no efeito devolutivo”.

determinam que a prisão é efeito imediato da sentença condenatória recorrível, e o artigo 594 determina, como exceção, as hipóteses em que a apelação tem eficácia suspensiva (quando o réu for primário e de bons antecedentes)¹¹³. Com base nesses dispositivos, tem-se entendido que a sentença condenatória por conter um juízo positivo sobre a consistência da acusação, teria como consequência natural a prisão do réu para execução provisória da pena privativa de liberdade imposta¹¹⁴. Nas palavras de Afrânio Silva Jardim,

“Tal entendimento em nada prejudica o réu, muito pelo contrário. Ao concebermos que a sua prisão, na hipótese estudada, não tem a natureza cautelar, mas sim de execução provisória da pena, permitimos que todos os benefícios da nova Lei de Execução Penal lhe sejam aplicados, inclusive a incidência imediata do regime aberto de cumprimento de pena, se assim estiver previsto na sentença, que já estará sendo executada”¹¹⁵.

No entanto, este entendimento colide frontalmente com o princípio constitucional de presunção de inocência, que determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Admitir que a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível pode ser executada, é admitir que antes do trânsito em julgado, ou seja, da definitividade da sentença condenatória, já existe uma pena e não uma medida cautelar, e, conseqüentemente, que o princípio de presunção de inocência só tem incidência no campo probatório, ou seja, para determinar os ônus probatórios e no momento da sentença para dirimir dúvida em prol do réu. Isso é inadmissível, uma vez que o princípio de presunção de inocência não é apenas regra de juízo, mas regra de tratamento do imputado durante todo o processo penal, determinando que ele não poderá ser equiparado ao culpado até a sentença definitiva¹¹⁶.

Com razão argumenta Francis Beck que qualquer que seja o benefício da Lei de Execuções Penais, não poderá compensar a privação da liberdade antes da condenação definitiva. Além disso, sempre existe uma grande possibilidade de tal

¹¹³ KARAM, Maria Lúcia. Garantia do estado de inocência e prisão decorrente de sentença ou acórdão penais condenatórios recorríveis, p. 171.

¹¹⁴ Ibid.

¹¹⁵ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*.

¹¹⁶ Conforme bem explica Faggioni, a presunção de inocência como princípio constitucional “deve determinar toda a produção legislativa e atuação do operador do sistema penal. Daí não é admissível, por se tratar de reducionismo incompatível com a idéia de princípio, ser ele tido como mera regra de distribuição dos ônus e da análise da prova”: FAGGIONI, Luiz Roberto Cicogna. Prisão preventiva, prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e prisão decorrente de pronúncia – Considerações, p.149.

modalidade de prisão não ser considerada *in casu* pelo juiz como execução provisória da pena, hipótese em que

“ao não incidirem os dispositivos da LEP, poderá ainda restar violado o princípio da proporcionalidade, sempre que o réu for preso em virtude do cometimento de delitos que, pela graduação da pena, permitiriam o início de cumprimento da pena em regime aberto ou semi-aberto, ou ainda, ensejassem a possibilidade de *sursis* ou substituição da pena privativa de liberdade.”¹¹⁷

Existem ainda outros dispositivos legais inseridos nas leis 8072/90 (crimes hediondos), 9.034/95 (crime organizado) e 9613/98 (crimes de lavagem de dinheiro e contra o sistema financeiro), que vedam a liberdade provisória do réu condenado por sentença recorrível ou que vedam o direito do réu a apelar em liberdade¹¹⁸, sem estabelecer quais seriam os fundamentos para tais vedações, a não ser a gravidade óbvia das infrações penais. No entanto, a gravidade do crime não pode ser o único critério para aferir a necessidade da prisão provisória, uma vez que tal necessidade surge diretamente através do comportamento do réu ensejador de *periculum libertatis* no presente, e não com base na infração penal cometida no passado¹¹⁹. Logo, tais dispositivos legais afrontam o princípio de presunção de inocência, e portanto, são inconstitucionais¹²⁰. Embora em sede de tutela antecipada, o Supremo Tribunal Federal tem sinalizado a inconstitucionalidade dos artigos das apontadas leis 9034/95 e 9613/98¹²¹.

¹¹⁷ BECK, Francis. Apontamentos críticos sobre a prisão provisória no direito processual penal brasileiro. In: *Revista de Estudos Criminais*, ano 1, 2001, n. 04, p. 86.

¹¹⁸ Lei 8072/90, artigo 2º - “Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: (...) II – fiança e liberdade provisória”.

Lei 9034/95, artigo 7º - “Não será concedida liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa”; artigo 9º - “O réu não poderá apelar em liberdade nos crimes previstos nesta Lei”.

Lei 9613/98, artigo 3º - “Os crimes disciplinados nesta Lei são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória e, em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade”.

¹¹⁹ CASTRO, Élcio Pinheiro de. Prisão cautelar. In: *Revista dos Tribunais*, ano 95, volume 844, fevereiro de 2006, p. 728.

¹²⁰ KARAM, Maria Lúcia. Garantia do estado de inocência e prisão decorrente de sentença ou acórdão penais condenatórios recorríveis, p. 170.

¹²¹ CASTRO, Élcio Pinheiro de. Prisão cautelar. In: *Revista dos Tribunais*, ano 95, volume 844, fevereiro de 2006, p. 729: “Recentemente, o STF, por sua nova composição, retomou o julgamento da questão suscitada pelo Min. César Peluzo na Rcl. 2391 em medida cautelar do Paraná, onde se discute (em face do princípio de presunção de inocência) a constitucionalidade dos arts. 9º da apontada Lei 9034/95 (...) e 3º da Lei 9613/98 (...). O Min. Gilmar Mendes, acompanhando os votos dos Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluzo, proferiu voto vista favorável à concessão do *habeas corpus* de ofício e **declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 9º da lei 9034/95, emprestando ao art. 3º da lei 9613/98 interpretação conforme a Constituição**, no

iii) A prisão temporária

A lei 7960/1989 contempla modalidade de prisão provisória a ser decretada pelo juiz nos termos do artigo 1º : I – quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II – quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento da sua identidade; III – quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: homicídio doloso, seqüestro ou cárcere privado, roubo, extorsão mediante seqüestro, estupro, atentado violento ao pudor, raptó violento, epidemia com resultado de morte, envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte, quadrilha ou bando, todos do Código Penal, além dos crimes de genocídio, tráfico de drogas e contra o sistema financeiro¹²².

A prisão temporária foi instituída através de medida provisória baixada pelo Presidente da República e depois convertida na lei 7960/89, e daí advém a primeira crítica ao instituto. Tratando-se de diploma normativo que cuida de restrição ao direito de liberdade, impõe-se que o início do processo legislativo se dê através de projeto de *Lei*, elaborado de acordo com as formas e o processo constitucionalmente estabelecidos, e não de Medida Provisória, de competência do Chefe do Poder Executivo. Sobre a inadmissibilidade de Medida Provisória em matéria penal e processual penal, leciona com propriedade Alberto Silva Franco:

“Se o Estado Democrático de Direito, criado pela CF/88 (art. 1º), é um Estado de Direitos e Garantias Fundamentais; se, entre tais garantias, se inclui a de que todo cidadão só poderá ser despojado de sua liberdade pessoal se, *por lei*, sua conduta for anteriormente prevista e sua pena previamente cominada; se, também deve ser regrado, *por lei*, todo mecanismo de coerção pessoal no processo; se se considera *lei* o ato normativo procedente do Poder Legislativo, elaborado segundo a forma e o processo constitucionalmente prescritos, a medida provisória, que verse sobre a matéria penal ou a respeito de limitações da liberdade pessoal, no curso do processo ou fora dele, constitui instrumento totalmente inadequado para tais

sentido de que o juiz, na hipótese de sentença condenatória, fundamente sobre a existência ou não dos requisitos para a prisão cautelar, ou seja, diga se está ou não presente qualquer dos pressupostos do apontado art. 312 do CPP”(grifos nossos).

¹²² Discute-se na doutrina e na jurisprudência se a prisão temporária seria cabível em qualquer das hipóteses elencadas nos incisos do artigo 1º, aplicados, portanto, de forma alternativa, ou se os incisos deverão, ao contrário, ser aplicados de forma cumulativa. O entendimento mais racional é o de que é sempre necessária a presença do inciso III, que trataria do requisito *fumus commissi delicti*, cumulado com qualquer um dos outros, que explicitam as razões do *periculum libertatis*. No entanto, entende que tais requisitos não são, nem alternados nem cumulados, fundamentos de medida cautelar.

finalidades e sua adoção atrita, de modo manifesto, com as normas constitucionais ensejando uma insuportável violação ao Estado Democrático de Direito”¹²³.

Não obstante, ainda que bastasse esse vício de origem para que se declarasse a inconstitucionalidade da prisão temporária, constata-se que o instituto se afasta da necessária natureza cautelar que deverá revestir-se toda prisão antes de condenação definitiva, inobservando princípios e regras constitucionais¹²⁴.

Primeiramente, verifica-se que a prisão temporária impõe-se a indivíduos simplesmente *suspeitos* da prática de crimes graves, uma vez que, em regra, na fase de inquérito policial ainda não existe imputação¹²⁵, mas apenas um juízo de mera *possibilidade* da materialidade e autoria delitivas, e que por isso mesmo serão investigadas. Ora, o *fumus commissi delicti* exige mais do que mera *possibilidade* da autoria de crime; exige um juízo de *probabilidade* acerca da mesma e que só poderá ser realizado ao menos, no momento em que, findo o inquérito, o Delegado de Polícia possa então fornecer ao Ministério Público informações que lhe dê condições de imputar ao pretense suspeito a autoria do fato delitivo descrito nos autos do inquérito. O artigo 1º, inciso III menciona a necessidade de “fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação” nos crimes ali elencados, mas isso não é, em regra, possível durante o inquérito policial, até porque a busca de tais razões é a finalidade do mesmo. Ainda que a autoridade policial antes mesmo de proceder a maiores investigações, tenha em mãos elementos objetivos suficientes para requerer ao juiz a prisão como cautela, não será necessária decretação de prisão temporária, haja vista que o Código de Processo Penal, no artigo 311, já prevê hipótese de prisão preventiva também na fase do inquérito policial¹²⁶.

Há então que se perguntar quais são as finalidades da prisão temporária a ser decretada na fase de inquérito policial uma vez que, para que seja de fato necessária, terá que se fundar em motivo sério e grave ensejador de *periculum*

¹²³ FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, pp. 22-25.

¹²⁴ KARAM, Maria Lúcia. Prisão e liberdade processuais, p. 89.

¹²⁵ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Considerações sobre a prisão cautelar. In: *Revista dos Tribunais*, ano 89, vol.773, março de 2000, p. 465: falta à prisão temporária, segundo o autor, “o pressuposto material de toda medida cautelar, a imputação”.

¹²⁶ Artigo 311, Código de Processo Penal: “Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial”.

libertatis não contemplado no Código de Processo Penal para a prisão preventiva. Os incisos II e III do artigo 1º da lei 7960/89 determinam que caberá prisão temporária quando imprescindível para as investigações do inquérito policial e quando o indiciado não tem residência fixa ou não fornece elementos necessários à sua identificação. Ora, nenhum desses motivos é razoável para se decretar a prisão antes da condenação definitiva. Primeiramente, não se pode decretar a prisão de um suspeito com o fim de obrigá-lo a colaborar com as investigações do inquérito policial, uma vez que, em decorrência do seu direito ao silêncio constitucionalmente assegurado, o indiciado ou o mero suspeito também não pode ser compelido ao interrogatório ou a participar de acareações e reconstituições. Se o indiciado ou suspeito estiver obstaculizando a produção de provas, já existe a previsão de “prisão preventiva por conveniência da instrução criminal”. A hipótese de o réu não ter residência fixa ou não fornecer elementos para a sua identificação não são obviamente motivos razoáveis de *periculum libertatis*, pois em verdade, não indicam, como pode superficialmente parecer, perigo de que o suspeito ou indiciado possa fugir¹²⁷. Além disso, as pessoas não podem ser presas simplesmente porque o Estado não tem competência para identificá-las.

O que se pode concluir é que a prisão temporária é modalidade de encarceramento que se afasta da necessária natureza cautelar, só podendo servir mesmo ao fim de *averiguações policiais*, procedimentos arbitrários muito comuns ao tempo da ditadura militar. Assim, além da ausência da cautelaridade, a prisão temporária dá margens a toda sorte de arbitrariedades e abusos de poder por parte das autoridades policiais, muitas vezes chegando a graves violações aos direitos humanos, como a prática da tortura. Apesar de exigir a fundamentação do juiz competente (artigo 2º, § 2º, lei 7960/89), repetindo a exigência constitucional, a previsão legal de prisão temporária poderá ainda permitir o seu deferimento com base exclusiva na afirmação de imprescindibilidade feita pela autoridade policial¹²⁸.

¹²⁷ Há ainda que considerar que tais “argumentos são por demais frágeis, especialmente em um país desigual – em que muitos sequer dispõem de uma residência – e extremamente lento, arcaico e burocratizado no que tange aos serviços públicos de identificação”: BECK, Francis. Apontamentos críticos sobre a prisão provisória no direito processual penal brasileiro, p. 85.

¹²⁸ CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar. Prisões cautelares – o uso e o abuso. In: *Revista do Tribunal*, ano 83, vol. 703, maio de 1994, p. 268.