



Yegros Martins Malta

**Prisões cautelares numa visão garantista
da presunção de inocência**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. João Ricardo W. Dornelles

Rio de Janeiro
Abril de 2014.



Yegros Martins Malta

**Prisões cautelares numa visão garantista
da presunção de inocência**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof. João Ricardo Wanderley Dornelles
Orientador
Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof^a. Victoria-Amália de Barros Carvalho Gozdawa de Sulocki
Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Pedro Cláudio Cunha Brando Bocayuva Cunha
UFRJ

Prof^a. Mônica Herz
Vice-Decana de Pós-Graduação do Centro de
Ciências Sociais – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 15 de abril de 2014.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador

Yegros Martins Malta

Graduado em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos (2004). Especialista em Direito Público pela Newton Paiva. Atualmente é professor titular do Instituto Ensinar Brasil (DOCTUM), Campus Leopoldina - MG, Foi Coordenador de Ensino do Curso de Direito Doctum Leopoldina, período de agosto de 2011 a agosto de 2012. Foi professor titular por seis anos das Faculdades SUDAMÉRICA, em Cataguases - MG. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal e Processual Penal, Teoria Geral do Processo, e Prática Processual Penal. Foi, por anos, orientador de Núcleo de Prática Jurídica das duas instituições acima identificadas. Tem uma visão da constitucionalização do Direito, com ênfase no garantismo penal, buscando ensinar ao discente o dia-dia forense, com utilização de exemplos práticos, incentivando o estudo direcionado e a pesquisa.

Ficha Catalográfica

Malta, Yegros Martins.

Prisões cautelares numa visão garantista da presunção de inocência / Yegros Martins Malta; Orientador: João Ricardo Wanderley Dornelles. Rio de Janeiro. PUC – Departamento de Direito, 2014.

v., 106f. ; 30cm

1.Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2014.

Inclui Referências Bibliográficas

1. Direito – Teses. 2. Garantismo. 3. Prisões Cautelares. 4. Presunção de Inocência. 5. Decisões. 6. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 7. Supremo Tribunal Federal. I. Dornelles, João Ricardo Wanderley Dornelles. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD:340

Agradecimentos

Primeiramente agradeço a Deus, por minha vida, por ter chegado a este momento.

Meu falecido pai, José Clair (JOCLAMAL), que infelizmente não está mais conosco, mas que muito se orgulhava desta batalha. Certamente onde estiver está orgulhoso. Minha mãe, Cleusa que sempre foi o suporte da família e agora com a função de *pãe* tem conseguido bravamente prosseguir. Aos meus irmãos, Ivo e Igor, obrigado pela força. A minha esposa Amanda, agradeço pela paciência e principalmente peço desculpas pelas ausências, nesses anos de distância e viagens. Participou comigo de todos os momentos difíceis, sempre incentivando. Sem seu apoio não seria possível chegar a este final. Minha filha Clarissa, que está quase uma moça, obrigado por estar sempre ao meu lado, pelo carinho. Agradeço ao cuidado que sempre teve com o *papai* e principalmente por sua amizade.

Ao José Lúcio e Iana, agradeço pela hospedagem em sua residência. Sem vocês não seria possível a conclusão deste mestrado. Ganharam um hóspede durante o período das aulas.

O meu aluno Wesley, pelas várias trocas de ideias, pelas discussões, leituras e releituras do texto.

Agradeço ainda ao João Fernando, amigo e que pacientemente me orientou sobre textos para leitura. É um mestre do saber e do educar.

Ao meu orientador. Obrigado pela sapiência e demonstração dos caminhos a seguir.

Agradeço à Mel, Pretinha e Flor, minhas cachorrinhas, que sempre me alegram e fazem com a vida fique mais fácil. À Gabi, por não deixar nenhum rato chegar próximo às apostilas e textos deste mestrado.

A todos os meus amigos e familiares que direta ou indiretamente contribuíram para a realização desse trabalho.

Resumo

Malta, Yegros Martins; Dornelles, João Ricardo Wanderley. **Prisões cautelares numa visão garantista da presunção de inocência** - Rio de Janeiro, 2014. 106p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

O garantismo penal busca a interpretação do Direito Penal e Processual Penal em consonância com a Constituição, assegurando a todos os cidadãos, inclusive aqueles que respondem a processos, os direitos e garantias individuais, limitando o poder estatal. O direito penal deve ser fulcrado em princípios como legalidade estrita (devendo ser feita a análise da tipicidade de forma conglobante), materialidade e lesividade dos delitos, responsabilidade pessoal, contraditório, a presunção de inocência dentre outros, não podendo intervir de forma violenta contra o acusado, sob pena de estar contribuindo para o aumento da violência. Prisão não é solução contra crimes. Deve-se investir mais em políticas públicas efetivas. A liberdade é a regra. Prisão, exceção. Deve o magistrado, quando a prisão não for adequada e necessária, aplicar outras cautelares. As prisões cautelares devem servir ao processo, observando-se as regras processuais e princípios constitucionais. Na ‘garantia da ordem pública’, deve-se demonstrar o perigo na liberdade de forma concreta. As decisões do Tribunal de Justiça de Minas devem estar em consonância com as decisões garantistas do Supremo Tribunal Federal.

Palavras chave

Garantismo; Prisões Cautelares; Presunção de Inocência; Decisões; Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais; Supremo Tribunal Federal.

Abstract

Malta, Yegros Martins; Dornelles, João Ricardo Wanderley (Advisor) **The precautionary arrests in a protective perspective of presumption of innocence** - Rio de Janeiro, 2014. 106p. . MSc. Dissertation – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

The Penal Guaranteeism pursues the Criminal Law and Procedures interpretation in line with the Constitution, assuring all the citizens, including the ones whom respond to proceedings, the rights and individual guarantee, limiting the State power. The criminal law must be established to principles such as strict legality, (must be made the analysis of the typical features in an encompass way), materiality and how the offences prejudice, personal responsibility, contradictory, the presumption of innocence among others, do not taking part in a violent way against the accused, under penalty of being contributing to the violence increase. Arrest is not the solution against crimes. It must be more invested in effective public policies. Freedom is the rule. Arrest, an exception. The magistrate must apply interim measures when the arrest is not suitable or necessary. The interim measures must serve the proceeding, taking into account the procedural rules and the constitutional principles. In the 'public order assurance' statement, it must be shown the danger in freedom in a concrete way. Court of Justice of the Estate of Minas Gerais decisions must be in line with the decisions from the garantists of the Supreme Court.

Keywords

Protection of Civil Liberties; Precautionary Arrests; Presumption of Innocence; Decisions; Court of Justice of the Estate of Minas Gerais; Federal Court of Justice.

Sumário

Introdução	8
1 O Garantismo Penal	12
1.1 Garantismo Penal	12
1.2 Garantismo x Impunidade:	20
1.3 Liberdade, sistema constitucional-penal brasileiro, legalidade e tipicidade	27
2 Cautelares no Sistema Processual PENAL Brasileiro Atual	33
2.1 Aspectos gerais das cautelares	33
2.2 Cautelares em processo penal: espécies diversas da prisão	41
2.3 A prisão cautelar no processo penal brasileiro: requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal	50
2.3.1 Garantia da Ordem Pública	57
2.3.2 Garantia da Ordem Econômica	69
2.3.3 Conveniência da Instrução Criminal	71
2.3.4 Assegurar a Aplicação da Lei Penal	72
2.4 A prisão temporária	74
2.5 A presunção de inocência	79
3 A Prisão Preventiva. Uma Análise Crítica de Decisões Judiciais à Luz do Garantismo Penal	84
3.1 Aspectos Gerais	84
3.2 Decisões do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais	85
3.3 Decisões do Supremo Tribunal Federal	94
4 Conclusão	100
5 Referências Bibliográficas	103

Introdução

O presente trabalho objetiva demonstrar ao leitor uma visão geral do quadro das prisões cautelares no ordenamento brasileiro, resguardando ao acusado ou processado todos os direitos e garantias individuais consagrados no texto constitucional.

No primeiro capítulo trata-se do garantismo penal, defendendo o direito penal mínimo, com intervenção na esfera do indivíduo apenas em casos relevantes, limitando o poder punitivo estatal, permitindo o maior gozo possível da liberdade, devendo ser excluída qualquer privação de liberdade fundada em movimentos como da *Lei e da Ordem*.

O Estado Democrático tem o dever de submeter o poder às regras do direito, atuando dentro da legalidade estrita, subordinando as regras à Constituição Federal. O direito penal não pode agir de forma violenta, pois se assim agir, estará fomentando o crescimento da violência.

Após conceituar garantismo como um modelo normativo de direito, inserindo critérios de nacionalidade e civilidade na intervenção estatal, por se tratar a liberdade de direito indisponível, passa-se a demonstrar que ser garantista não é ser partidário da impunidade.

É preciso garantir os meios necessários para a defesa e respeito ao processado/acusado, sem extrapolar os limites da razoabilidade ou defesa de benesses sem razões lógicas e legais. Não há qualquer arbitrariedade em se decretar a custódia cautelar de um agente quando preenchidos e justificados os requisitos legais para a decretação da prisão.

Será demonstrado que o encarceramento não reduz taxas de criminalidades ou violência, restando claro que a intervenção mínima não é sinônimo de impunidade. É uma garantia de liberdade.

Em seguida trata-se da liberdade, como sendo a regra, por ser o segundo maior bem jurídico do indivíduo, tratando das garantias constitucionais que devem fulcrar o processo penal, como devido processo legal e legalidade, tipicidade, trazendo ainda o conceito de tipicidade conglobante, ocorrendo quando a conduta praticada for considerada antinormativa e não fomentada ou permitida

por outro ramo do direito, vindo a lesar bem jurídico relevante. Não há tipicidade sem antinormatividade.

Findado o primeiro capítulo, inicia-se o estudo das prisões cautelares, trazendo primeiramente a análise dos requisitos gerais das cautelares no processo penal.

Por se tratar de prisão cautelar deve servir exclusivamente ao processo, não podendo ser utilizada como início de cumprimento de pena. Demonstra-se as recentes alterações trazidas pela Lei número 12.403/2011, que majorou as possibilidades cautelares diversas da prisão, devendo tais formas serem utilizadas sempre quando não necessária e adequada a prisão.

Grande é o número de presos provisórios no Brasil, sendo demonstrado como se prende neste país.

Os requisitos *fumus comissi delicti* e *periculum in libertatis* devem estar demonstrados concretamente para que alguém seja acautelado, sempre observando os requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, quais sejam, risco a ordem pública, ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, se comprovada a materialidade e indícios suficientes de autoria.

A privação da liberdade não pode ser injusta, devido aos sérios problemas trazidos com tal atitude violenta estatal, sendo já rechaçada por nossa Corte Suprema a possibilidade de execução provisória da pena, vez que somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória que se tem a formação da culpa, por expressa regra constitucional.

Posteriormente demonstra-se as cautelares diversas da prisão, que estão previstas expressamente no artigo 319 do Código de Processo Penal, que devem ser utilizadas quando não necessária e adequada a prisão.

Mais adiante trata-se dos requisitos específicos do artigo 312 do Código de Processo Penal, dando maior ênfase à problemática conceituação do conceito ‘garantia da ordem pública’ e principalmente os equivocados conceitos trazidos pelos julgadores para dentro desta garantia, como por exemplo pressão popular, mídia, gravidade em abstrata do delito, se solto voltará a delinquir (chamada futurologia perigosista), tudo sem demonstração de ocorrência no caso concreto.

Sabe-se que o tema é tormentoso, pois todos os dias são noticiados graves delitos pela TV, onde demonstra-se um grande aumento da violência, sendo que

alguns problemas televisivos apelam para o lado emocional para incitar na população o ódio e a vontade da utilização da *Tolerância Zero*. Entretanto, dentro de nossa ordem democrática, tais apelos não podem interferir na análise dos requisitos para a decretação ou não da prisão provisória de alguém, haja vista se tratar de direito fundamental constitucionalmente consagrado e basilar do Estado Democrático de Direito.

Mais adiante traz-se a prisão temporária e seus requisitos. Tal prisão serve apenas para o inquérito policial, sendo criada pela Lei número 7.960/89. Demonstra-se a controvérsia constitucional existente sobre a referida Lei, bem como sua aplicação excessiva, sem preenchimento dos requisitos legais, atuando o Estado muitas vezes em desrespeito às regras jurídicas.

Finca o segundo capítulo com a presunção de inocência. Direito fundamental consagrado no ordenamento jurídico, insculpido no artigo 5, LVII da Constituição Federal. Está prevista tal presunção também no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948 e no Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, em seu artigo 8º, I, que possui valor de norma constitucional, face a regra do parágrafo segundo do artigo 5º de nossa *Lex Legum*.

A presunção de inocência é garantia a todos que são investigados, acusados ou réus, mesmo que confessos ou presos em flagrante, sendo que o ônus processual de comprovação da autoria é imputado ao órgão acusador. É direito irrenunciável, não sendo o agente obrigado a fazer prova contra si mesmo.

Por fim, chega-se ao terceiro capítulo. Neste faz-se uma análise crítica da atuação do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e do Supremo Tribunal Federal na matéria prisão cautelar.

Analisa-se três decisões do Tribunal de Justiça de Minas, que fundamenta a prisão na repetição isolada da expressão *garantia da ordem pública*, sem demonstração no caso concreto do referido risco. Fundamenta ainda nos anseios da sociedade, face a repercussão dos crimes junto a população. Infelizmente o Tribunal utiliza-se da prisão provisória como meio satisfativo da sociedade.

Há crítica a uma decisão que fundamenta na *futurologia perigosista*, utilizando-se a expressão que *se solvo, voltará a delinquir* em total desrespeito ao princípio da presunção de inocência.

A última decisão criticada do Tribunal Mineiro, fundamenta a custódia

cautelar na gravidade abstrata do delito. Sabe-se que tal requisito, por si só, não pode ser como fundamentador da privação da liberdade.

As críticas são fundamentadas com argumentos fortes e decisões do Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, nem todas as decisões do Supremo Tribunal Federal estão imunes às críticas.

Critica-se a decisão do Habeas Corpus número 89973/São Paulo, que negou a ordem e fundamentou na grande repercussão do crime perante a sociedade. Tal requisito não está previsto na legislação como risco à ordem pública.

Deve ocorrer a demonstração, no caso concreto, dos requisitos capazes de sustentar o decreto prisional, sob pena de afronta ao texto constitucional.

Prisão provisória não resolve o problema da violência e da impunidade. Deve-se investir mais em políticas públicas, como geração de empregos, saúde, educação, moradia, dentre outras. A prisão cautelar por servir ao processo, deve a este se ater e só. Ao final do processo, se restar comprovada autoria e materialidade e se houver previsão da pena privativa de liberdade como reprimenda, aí sim deverá ter a constrição corporal.

1

O Garantismo Penal

1.1

Garantismo Penal

Vivemos num Estado Democrático de Direito criado a partir da Constituição Federal de 1988, que garantiu a todos a presunção de inocência e a dignidade da pessoa humana como princípios fundamentais. Busca-se com a instituição deste Estado Democrático de Direito limitar a atuação estatal em face das liberdades individuais.

No tocante ao Estado Democrático de Direito, colaciona-se a lição de José Afonso da Silva¹, que esclarece sobre os fundamentos do Estado Democrático de Direito:

[...] é um tipo de Estado que tende a realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo, superando o Estado capitalista para configurar um Estado promotor de justiça social que o personalismo e o monismo político das democracias populares sob o influxo do socialismo real não foram capazes de construir.

A defesa do direito penal mínimo e do garantismo no processo penal consiste na defesa dos próprios direitos e garantias insculpidos na Constituição. Ante tal modelo constitucional, não há qualquer presunção senão a de inocência.

Apesar de tal garantia expressa na Carta Política, tem-se verificado a não observância do sistema constitucional garantista, isto porque, no ordenamento jurídico há a possibilidade de ocorrerem prisões cautelares, como a prisão temporária² e a prisão preventiva³, durante o processo ou durante o inquérito policial. Estas cautelares devem ser vistas sempre dentro de uma lógica garantista, adotando a concretude como marco, contudo, mesmo sendo cautelares

¹ DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 124.

² Nesse ponto merece afirmar que a temporária não está dentre as prisões cautelares, mas trata-se, na realidade, de uma prisão administrativa, pois presente na fase de investigação. No Capítulo II falaremos especificamente sobre tal modalidade de prisão.

³ Após a edição da Lei 12.403/2011, a prisão em flagrante, para ser mantida a privação de liberdade, deverá ser convertida em prisão preventiva, conforme reza artigo 310 do Código de Processo Penal.

(excepcionais), infelizmente vêm sendo usadas indiscriminadamente pelos magistrados, conforme se verá no decorrer deste trabalho.

A teoria do Garantismo Penal iniciou-se no Iluminismo, conjuntamente com o Estado de Direito, através de estudos de filósofos, juristas e políticos. No garantismo, princípios como legalidade, materialidade, lesividade, responsabilidade pessoal, contraditório e presunção de inocência são fundamentais e inafastáveis.

Tem como um de seus precursores Luigi Ferrajoli. No garantismo, as normas devem ser compatíveis com a Constituição, tanto materialmente, quanto formalmente. As normas, não obstante serem vigentes, podem não ser válidas, uma vez que materialmente não se coadunam com a Norma Fundamental.

Segundo Kelsen para que uma norma seja válida, tem apenas que ter vigência formal, ou seja, deve estar em vigor. Kelsen preocupa-se tão somente com o fundamento constitucional da norma em seu âmbito formal. Assim descreve:

O sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico. Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela via de um raciocínio lógico do conteúdo de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada de uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito⁴.

Ferrajoli utiliza-se da divisão das normas em vigentes, válidas e eficazes⁵. As normas processuais penais inválidas, posto que contrastantes com os direitos e garantias individuais – ou quaisquer outros dispositivos constitucionais - não devem ser aplicadas. Devem ser analisadas de maneira que sua interpretação seja a adequada a conformar o texto infraconstitucional com o constitucional - *interpretação conforme a constituição*. O que não se permite é o desrespeito aos citados direitos e garantias individuais do cidadão.

Alexandre Rosa assim entende:

Nesta esfera do indecidível encontram-se justamente os direitos fundamentais,

⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 210.

⁵ Sendo que a eficácia, no sentido que lhe é dado, significa ser ou não observada pela coletividade.

funcionando como verdadeiras fronteiras impeditivas de avanço do Poder Legislativo. Com efeito, o legislador encontra limitações substanciais no tocante à matéria a ser objeto da legislação. Consequência dessa supremacia constitucional é que se deve efetuar juízos de validade em face do ordenamento infraconstitucional, espraiando, assim, o reconhecimento da invalidez derogativa⁶.

Esta teorização da vigência, validade e eficácia também pode ser encontrada em Miguel Reale, já que há muito lecionava sobre a norma evidenciando seu conteúdo em validade formal ou técnico-jurídica (vigência), da validade social (eficácia ou efetividade) e o da validade ética (fundamento ou conteúdo)⁷.

Nestes breves apontamentos, vê-se que a visão filosófica de Reale ia mais além do que a singela confrontação da eficácia formal da norma com a Carta Magna, indo à frente, buscando uma conformação material – de conteúdo – entre o dispositivo inferior e a Constituição.

Esta construção, prelecionada por Ferrajoli, é que faz do processo penal, aplicado sob a ótica garantista, mais seguro e consentâneo à atual Constituição da República. Todas as normas que contrárias, ou não compatíveis com os atuais direitos fundamentais, são por si só inválidas, devendo ter sua aplicabilidade afastada.

Esta afastabilidade da norma positivada, mas contrária à Constituição, pode ser justificada pelo fato de uma norma imoral ou injusta, mesmo que seja juridicamente válida não deve ser obedecida porque imoral e injusta⁸. Tal injustiça, no caso concreto, justifica a afastabilidade da norma, em prol da justiça.

Para Carlos Santiago Nino,

o princípio moral de que as normas jurídicas vigentes devem ser obedecidas e aplicadas é um princípio plausível, visto que está vinculado a valores como segurança, ordem, coordenação de atividades sociais etc. Mas é absurdo pretender que ele seja o único princípio moral válido. Há outros princípios igualmente válidos, como os que consagram o direito à vida, à integridade física, à liberdade

⁶ ROSA, Alexandre. *O Juiz (garantista) e a Execução Penal por uma racionalidade consequencialista (MacCormick)*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 19 de outubro de 2004, utilizado para estudos já remotos sobre o tema garantista para o autor deste trabalho. Tal fato justifica a utilização do termo na escrita das palavras no texto original.

⁷ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 105.

⁸ STRUCHINER, Noel e outros. *Teoria do Direito Constitucional. Separação ou reconstrução do positivismo jurídico*. São Paulo: editora Método, p. 332.

etc. Em certas circunstâncias excepcionais, a violação desses últimos princípios, em que se incorreria se fossem respeitadas as regras jurídicas, seria tão drástica e grosseira que justificaria a desobediência ao princípio moral que prescreve ater-se ao direito vigente⁹.

Continua Nino,

se não nos deixarmos seduzir a pretensão de determinar a verdadeira essência do direito e nos preocuparmos, por outro lado, em definir como a expressão 'direito' é usada na linguagem corrente de leigos e juristas, veremos, sem dúvida, que, em muitos contextos ela é aplicada para denominar sistemas normativos que não satisfazem as mínimas exigências de justiça¹⁰.

O garantismo busca um direito penal mínimo, devendo o direito penal agir somente em caso de lesão a bem jurídico relevante, sendo uma resposta a problemas sociais gerais. Abomina-se o direito penal de exceção ou de emergência, pois violadores dos direitos humanos. Não se admite *Movimentos como da Lei e Ordem* que outrora serviram como forma de mitigação dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Segundo estudiosos da teoria garantista *o poder deve ser limitado a fim de permitir a cada um o gozo da maior liberdade compatível com a igual liberdade dos demais*¹¹. É a garantia do direito à liberdade do indivíduo, pois esta é um dos alicerces do Estado de Direito. É a busca da máxima felicidade possível aos não transgressores. O Estado Democrático de Direito pressupõe a existência de freios ao governo em prol da liberdade individual.

Não se pode deixar de citar o ensinamento de Luigi Ferrajoli para quem o Estado de Direito não é simplesmente um Estado *regulado por leis*, mas um modelo de Estado nascido com as modernas Constituições. Não existe, em tal modelo, poderes desregulados e atos de poder sem controle; todos os poderes são limitados por deveres jurídicos¹².

Para Lopes Júnior, deve existir a utilização do processo penal como uma forma de limitação do poder punitivo, servindo como uma garantia negativa, como um instrumento com dupla função, tornando viável a aplicação da pena e

⁹ NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 29.

¹⁰ NINO, Carlos Santiago. *Op. cit.*, p. 27.

¹¹ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 73.

¹² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 790.

servindo como efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais resguardando os indivíduos contra atos abusivos por parte do Estado¹³.

Estado Democrático de Direito é o que busca a efetivação do bem estar social sob a batuta de uma legislação constitucional, limitando o poder, com sua regulamentação e garantindo o respeito de direitos fundamentais.

Assim, em se tratando de liberdade, deve ser o Estado garantista.

Vários são os conceitos de garantismo penal.

O garantismo é um sistema sócio-cultural que estabelece instrumentos jurídicos para a defesa dos direitos e consequente defesa do acesso aos bens essenciais à vida dos indivíduos ou de coletividades, que conflitem com interesses de outros indivíduos, outras coletividades e/ou, sobre tudo, com interesses do Estado. Esses instrumentos jurídicos são as garantias, as armas jurídicas que visam proteger os cidadãos que abrem mão de parcela de sua autonomia em benefício da coletividade, entregando ao Estado o poder para que ele lhes propicie segurança, saúde, trabalho, etc.. Para estar seguro da realização desse desiderato por parte do Estado, as constituições do Estado de Direito prevêm instrumentos jurídicos expressos em limites, vínculos e obrigações impostos ao poder estatal, a fim de maximizar a realização dos direitos e minimizar suas ameaças. O garantismo se vincula, portanto, ao conceito de Estado de Direito, modelo jurídico destinado a limitar e evitar a arbitrariedade do poder estatal¹⁴.

O garantismo é um modelo jurídico que busca limitar e evitar a arbitrariedade estatal. É um modelo indissociável ao Estado Democrático de Direito. É a evolução das ideias de Locke e Montesquieu, sendo necessário assegurar as garantias como liberdade, mitigando a violência exercida pelo *jus puniendi*. Objetiva acentuar e assegurar as garantias formais ao indivíduo que se encontra processado/investigado ou condenado, como resposta ao exacerbado poder punitivo conferido ao Estado.

O Estado de Direito tem intuito de submeter o poder político às regras do direito, limitando e direcionando o poder dos governantes, de modo que a administração de quem está no poder encontra no direito as balizas à ação do Estado em face dos direitos reservados aos cidadãos¹⁵.

O princípio da legalidade, condicionado à estrutura hierarquizada do ordenamento jurídico balizado pela Constituição, cuja primazia é inequívoca, é o ponto de partida na construção do modelo garantista.

¹³ LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 37.

¹⁴ STIPP, Álvaro. *Garantismo*. disponível em <http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Garantismo>, acessado dia 14 de março de 2013, às 11h28.

¹⁵ SBARDELOTTO, Fábio Roque. *Direito Penal no Estado Democrático de Direito: perspectivas (re) legitimadoras*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 30.

Para Ferrajoli,

Segundo um primeiro significado, ‘garantismo’ designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de ‘estrita legalidade’ SG, próprio do Estado de Direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, conseqüentemente, ‘garantista’ todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente¹⁶.

Saló de Carvalho e Hamilton Bueno de Carvalho assim conceituam garantismo penal:

A teoria do garantismo penal, antes de mais nada, propõe-se a estabelecer critérios racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo social maniqueísta que coloca a “defesa social” acima dos direitos e garantias individuais. Percebido desta forma, o modelo garantista permite a criação de um instrumental, prático-teórico idôneo à tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados. Os direitos fundamentais adquirem, pois, *status* de intangibilidade estabelecendo o que Elias Dias e Ferrajoli denominam de esfera do não-decidível, núcleo sobre o qual sequer a totalidade pode decidir. Em realidade, confronta uma esfera do inegociável, cujo sacrifício não pode ser legitimado sequer sob a justificativa da manutenção do ‘bem comum’. Os direitos fundamentais – direitos humanos constitucionalizados – adquirem, portanto, a função de estabelecer o objeto e os limites do direito penal nas sociedades democráticas¹⁷.

Portanto, são as garantias penais e processuais penais, numa leitura estritamente constitucional, que visam limitar o arbítrio punitivo do Estado, tanto na cominação, quanto na aplicação da pena e da prisão.

Segundo Saló de Carvalho,

o direito penal e o direito processual penal atuam como parâmetros de tutela à liberdade, sendo que os direitos políticos possibilitariam os canais de acesso do cidadão às decisões sobre as ‘regras do jogo’. Este rol de direitos e garantias asseguradas pelo pensamento ilustrado propiciou a noção contemporânea de direitos de primeira geração (direitos individuais), estruturando a base de legitimidade do garantismo jurídico¹⁸.

Ainda numa visão garantista, o Direito Penal tem a finalidade de proteger os bens mais importantes e necessários à manutenção da vida em sociedade. Visa tutelar os bens jurídicos mais relevantes à existência do corpo social, dos

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 684.

¹⁷ CARVALHO, Amílton Bueno. *Aplicação da pena e garantismo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2000, p. 19.

¹⁸ CARVALHO, Saló. *Penas e Garantias*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008, p. 1.

cidadãos. A sanção penal revela-se como a *ultima ratio* da política social, ou seja, define-se sua missão como a última proteção à salvaguarda de bens jurídicos. O direito penal tem que ser tolerante.

Um direito penal garantista deve ser pautado em princípios tais como: a legalidade estrita, materialidade e lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o contraditório entre as partes, a presunção de inocência dentre outros¹⁹.

Para Zaffaroni, *referir-se a um direito penal garantista em um Estado de direito é uma redundância grosseira, porque nele não pode haver outro direito penal senão o de garantias, de modo que se supõe que todo penalista, nesse marco, é partidário das garantias, isto é, garantias*²⁰.

Fica patente que é imprescindível num Estado Democrático de Direito, como o nosso, trabalhar-se o Direito Penal de forma garantista.

Concebe-se política-criminal minimalista como estratégia para maximizar os direitos e reduzir o impacto do penal perante a sociedade, mitigando o volume de pessoas no cárcere, restringindo a atuação penal através de processos de descriminalização e despenalização. O pressuposto básico do programa garantista é o princípio da legalidade, entendido como regra que identifica o direito vigente como objeto exaustivo e exclusivo da ciência penal, estabelecendo que somente as leis (e não a moral ou outras fontes externas) tipificam o crime, e que as leis dizem somente o que é crime (e não o que é pecado). O garantismo caracteriza-se como uma tecnologia dirigida à satisfação de valores substanciais, selecionando-os, explicitando-os e incorporando-os normativamente como condições de legitimação jurídica das proibições e das penas, com o escopo de minimizar o poder punitivo estatal²¹.

Nossa Constituição é cidadã, democrática, devendo o processo penal, ao menos, tender a ser também democrático posto que não poderá ir de encontro ao disposto na Carta Magna, sob pena de ser considerado inválido e arbitrário. É a supremacia constitucional, prelecionada por Canotilho e repetida e enquadrada ao nosso ordenamento constitucional por Bonavides²².

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 30.

²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. 2. ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 173

²¹ CARVALHO, Salo. *Penas e Garantias*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008, p. 86/87.

²² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004, p. 296/297.

Disso decorre que leis processuais penais – e obviamente quaisquer outras – devem ser aplicadas tendo sempre em vista os mais altos desígnios constitucionais, mormente os que garantem os Direitos Fundamentais dos cidadãos. Serve-se o processo, desta forma, de garantia mínima aos indivíduos.

Para Zaffaroni,

A relação do direito penal com o direito constitucional de ser sempre muito estreita, pois o estatuto político da Nação – que é a Constituição Federal – constitui a primeira manifestação legal da política penal, dentro de cujo âmbito deve enquadrar-se a legislação penal propriamente dita, em face do princípio da supremacia constitucional²³.

Segundo a já citada Supremacia Constitucional, todas as demais normas é que devem se adaptar à Constituição e em hipótese alguma o contrário. Neste sentido é o escólio de Aury Lopes²⁴:

E mais, é imprescindível termos em mente que o processo deve ser lido á luz da Constituição e não ao contrário. Os dispositivos do Código de Processo Penal (1941) é que devem ser objeto de uma releitura mais acorde aos postulados democráticos e garantistas na nossa atual Carta, sem que os direitos fundamentais nela insculpidos sejam interpretados de forma restritiva para se encaixar nos limites autoritários do Código de Processo Penal.

Podemos, analogicamente, comparar o garantismo com o patriotismo constitucional de Habermas, segundo o qual

(...) sem os direitos fundamentais que asseguram a autonomia privada dos cidadãos, não haveria tampouco um *médium* para a institucionalização jurídica das condições sob as quais eles mesmos podem fazer uso da autonomia pública ao desempenharem seu papel de cidadãos do Estado. Dessa maneira, a autonomia privada e a pública pressupõem-se mutuamente, sem que os direitos humanos possam reivindicar um primado sobre a soberania popular, nem essa sobre aquele²⁵.

Devemos, em matéria de liberdade, sermos garantistas, assegurando a todos o processo constitucional, com a limitação do poder no que tange ao cerceamento das liberdades, por ser esta um direito fundamental consagrando pelo Estado Democrático de Direito.

O processo penal justo é aquele que respeita as garantias do acusado, que

²³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 125.

²⁴ LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 46.

²⁵ HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro*. Estudos de teoria política. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 293.

também são garantias do processo e da jurisdição - faz-se uma leitura das normas processuais à luz da Constituição. *É vivificar os textos legais à luz da ordem constitucional*²⁶. Deve-se proceder à interpretação da lei não só em conformidade à letra constitucional, mas também em conformidade ao seu espírito.

O processo é a única estrutura que se reconhece para o exercício da imposição da privação da liberdade (de forma provisória, cautelar) e se o caso, aplicação da pena e, portanto, para que esta seja justa não se pode prescindir de um processo que também o seja. Deve haver uma persecução penal em que se garanta todas as oportunidades de defesa ao acusado.

Há um silogismo contundente na aplicabilidade do processo. Para que se aplique uma pena é necessário não somente um injusto típico. O processo não é somente decorrente do delito, mas também da necessidade de se impor uma pena, vez que não há delito sem pena, até mesmo porque, segundo Foucault, quando fala da prisão, afirma que a pena é uma reparação, não apenas para a vítima, mas para a sociedade inteira²⁷.

Essa a razão da instrumentalidade do processo penal em relação ao Direito Penal e à pena, *pois o processo é o caminho necessário para a pena*²⁸. Destarte, caso este não seja garantista, nunca se poderá afirmar que a privação da liberdade seja integralmente justa.

1.2

Garantismo x Impunidade:

Diferentemente do que se pode pensar, uma persecução penal garantista não significa, em nada, um sistema liberal ou falho, que incuta a impunidade na comunidade como um todo.

Garantir os meios necessários de defesa e respeito ao acusado não representa um prejuízo ao processo. No caso, mesmo que se representasse, este seria totalmente proporcional e necessário, posto que o respeito constitucional é uma imposição do Estado de Direito e um primado da justiça.

²⁶ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Editora RT, 2002, p. 16.

²⁷ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Tradução Raquel Ramallete, Petrópolis: Editora Vozes, 2012, p. 218.

²⁸ LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 4.

O legislador penal tem um dever de observância em relação ao texto constitucional. O que se verifica é a existência de critérios constitucionais que determinam o conteúdo dos bens jurídicos penalmente relevantes, constituindo, assim, o conteúdo material dos tipos penais. Dessa forma, a interpretação que se tem é que pelo fato de proteger os bens jurídicos mais importantes é que estão previstos constitucionalmente²⁹.

Não se olvide que há, como sempre, os que a pretexto da defesa de direitos constitucionalmente garantidos extrapolam os limites da razoabilidade e realmente tornam-se defensores de liberalidades descompassadas com o ideal de um garantismo sóbrio.

Uma coisa é desarrazoadamente defender benesses aos acusados, sem razões lógicas e com o nítido intuito da impunidade. Outra coisa é propugnar para que os direitos e garantias fundamentais, existentes em nossa Carta Magna sejam efetivamente cumpridos. Essa é a lógica que pretendemos com esse trabalho. Há plena compatibilidade em se cumprir às limitações estatais e conseguir, quando o caso, as condenações justas.

Tão pouco podemos confundir garantias com impunidade, como insistem alguns defensores do terrorismo penal, subvertendo o eixo do discurso. As garantias processuais defendidas aqui não são geradoras de impunidade, senão legitimantes do próprio poder punitivo, que fora destes limites é abusivo e perigoso³⁰.

Sinteticamente pode-se dizer que é absolutamente normal – e legal – em situações excepcionais, a prisão cautelar de acusados, estando presentes os pressupostos constitucionalmente autorizadores da medida. O que não se pode aceitar é que, sem o menor pudor, sem demonstração concreta, sem fundamento nos requisitos legais, indivíduos fiquem presos preventivamente sem razão legal. Caso isso ocorra, o que existe é uma verdadeira antecipação da pena imposta a uma pessoa que futuramente poderá até mesmo ser declarada inocente ou que não seja apenada com penas privativas de liberdade, o que é reconhecidamente vedado por nosso Supremo Tribunal Federal, conforme se verá mais adiante.

E neste caso, quem restituirá este período perdido no passado em que a pessoa, ilegalmente, foi trancafiada? Será que na situação em epígrafe o risco de

²⁹ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Teoria Constitucional do Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 36-37

³⁰ LOPES, Aury Jr. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 67.

um erro pode ser considerado proporcional? E o direito à liberdade? As respostas a estas indagações servem para verificar que garantismo de modo algum se confunde com impunidade, mas ao contrário, com segurança e aplicação da pena justa, não violenta.

Segundo Zaffaroni,

Se a intervenção do sistema penal é, efetivamente, violenta, e sua intervenção pouco apresenta de racional e resulta ainda mais violenta, o sistema penal nada mais faria que acrescentar violência àquela que, perigosamente, já produz o injusto jushumanista³¹ a que continuamente somos submetidos. Por conseguinte, o sistema penal estaria mais acentuando os efeitos gravíssimos que a agressão produz mediante o injusto jushumanista, o que resulta num suicídio. A clara conclusão disto é que o sistema penal deve corresponder ao princípio da intervenção mínima na América Latina, não somente pelas razões que se apresentam como válidas nos países centrais, mas também em face de nossa característica de países periféricos, que sofrem os efeitos do injusto jushumanista da violação do direito ao desenvolvimento³².

Fica patente que se o direito penal intervém de forma violenta contra o acusado, também estará contribuído para o aumento da violência.

Segundo Paulo Rangel, *não é a prisão cautelar que vai resolver o problema da violência nas ruas, mas sim a adoção de políticas públicas sérias de combate à violência pelo Executivo*³³.

Por essa razão é que acredita-se não ser a melhor forma de atuação estatal o direito penal do inimigo ou políticas como da lei e da ordem.

Tais movimentos, nitidamente populistas, influenciados pela mídia, conforme verificamos neste país, visam afastar alguns direitos fundamentais dos desviantes.

A argumentação é realizada através do sensacionalismo, com exibição de imagens violentas, que causam revolta e repulsa na sociedade. Homicídios cruéis, estupro de crianças, destruição de prédios públicos e particulares por manifestantes mascarados, corrupções, fazem com que a sociedade, amedrontada, acredite que o Direito Penal será a causa de resolução de todos os problemas sociais.

A sociedade acredita que o direito penal não possui outra eficácia senão a

³¹ Segundo Zaffaroni, jushumanista é toda agressão aos direitos humanos sofrida na América Latina, que vem a afetar nosso direito ao desenvolvimento consagrado no artigo 22 da Declaração Universal dos Direitos Humanos. ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Op. cit.*, p. 80.

³² ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 80/81.

³³ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, São Paulo: Atlas, 2013, p. 753.

de tranquilizar a opinião pública, possuindo um efeito simbólico, induzindo as pessoas a acreditar que um Direito Penal mitigador de Direitos seria a solução para todos os problemas sociais. Entretanto, sabe-se que na realidade a situação é diversa.

Viveu-se há pouco uma ditadura, com mitigação de Direitos, dentre os quais a liberdade, liberdade esta em sentido amplo, liberdade de ir e vir, de expressar opinião, liberdade de manifestação e viu-se que tal modelo, anti-democrático, não é a solução para os anseios sociais. Nesta época, prendia-se sem qualquer fundamento.

Admitir a prisão, sem demonstração da concretude do caso, desrespeitando os direitos constitucionalmente assegurados, seria contrariar até mesmo o afirmado por Foucault, pois para ele, *a prisão, em sua realidade e seus efeitos visíveis, foi denunciada como o grande fracasso da justiça penal*³⁴.

Tal crítica de Foucault é mais que atual no contexto brasileiro.

A crítica que faz-se aos movimentos como da Lei e da Ordem é que não se educa a sociedade por intermédio do Direito Penal. O raciocínio do Direito Penal Máximo nos conduz à falta de credibilidade. Quanto mais infrações penais, menores são as possibilidades de serem efetivamente punidas as condutas infratoras. O pensamento de Lei e Ordem de que o Direito Penal deve preocupar-se com todo e qualquer bem, não importando o seu valor, utilizando-se *prima ratio*, e não como *ultima ratio* da intervenção do Estado perante os cidadãos, cumprindo um papel de cunho eminentemente educador e repressor, não permitindo que as condutas socialmente intoleráveis, por menor que sejam, deixem de ser reprimidas, por mais que traga um falso conforto à sociedade, não pode prosperar. Isso porque a própria sociedade não toleraria a punição de todos os seus comportamentos anti-sociais, aos quais já está acostumada a praticar cotidianamente. O mais interessante desse raciocínio é que somente gosta-se da aplicação rígida do Direito Penal quando ela é dirigida a estranhos, melhor dizendo, somente concebe-se a aplicação de um Direito Penal Máximo quando tal raciocínio não é voltado contra nós mesmos, contra nossa família, contra nossos amigos, enfim, Direito Penal Máximo somente para os “outros”, e, se possível, nem o “mínimo” para nós. Os adeptos, portanto, do movimento de Lei e Ordem,

³⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Tradução Raquel Ramallete, Petrópolis: Editora Vozes, 2012, p. 250.

optando por uma política de aplicação máxima do Direito Penal, entendem que todos os comportamentos desviados, independentemente do grau de importância que se dê a eles, merecem o juízo de censura a ser levado a efeito pelo Direito Penal. Na verdade, o número excessivo de leis penais, que apregoam a promessa de maior punição para os delinquentes infratores, somente culmina por enfraquecer o próprio Direito Penal, que perde seu prestígio e valor, em razão da certeza, quase absoluta, da impunidade³⁵.

Lado outro, sabe-se que o encarceramento humano não reduz a taxa de violência. Foucault afirma que *as prisões não diminuem a taxa de criminalidade: pode-se aumentá-las, multiplicá-las ou transformá-las, a quantidade de crimes e de criminosos permanece estável, ou, ainda pior, aumenta*³⁶.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão³⁷, de 1789, já fez previsão da intervenção mínima em matéria penal, afirmando no artigo 8º que *a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada*.

O sistema garantista é entrelaçado com o denominado Direito Penal Mínimo, consagrado principalmente pelas teorias funcionalistas de Claus Roxin e Günther Jakobs.

Como se pode observar, o direito penal mínimo nada mais é do que a similitude garantista aplicada no âmbito do direito penal. Somente as condutas mais graves, as que realmente ofendam os bens jurídicos mais significativos, bens jurídicos relevantes, poderão ser tuteladas pelo Direito Penal. Este por sua vez, passa a ser subsidiário, somente utilizado quando outros ramos do direito não forem suficientes para a proteção dos bens jurídicos tutelados. Deve o Direito Penal ser a *ultima ratio*. A intervenção estatal deve ser mínima. A garantia do indivíduo deve ser máxima.

Deve ocorrer o menor número possível de intervenção estatal-penal na vida da sociedade. *O uso da força no interior de uma ordem jurídico-política*

³⁵ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Inimigo*, disponível em <http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1029>, acessado no dia 23 de outubro de 2013, às 10h53.

³⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Tradução Raquel Ramallete, Petrópolis: Editora Vozes, 2012, p. 251.

³⁷ Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão, disponível no site http://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_dos_Direitos_do_Homem_e_do_Cidad%C3%A3o, acessado em 21 de março de 2013, às 13h55.

*seria sempre limitado por regras e centralizado em organismos determinados, visto a sanção jurídico-penal ser sempre, independente da espécie de pena aplicada, um ato de violência*³⁸.

Segundo Bitencourt,

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanções ou outros meios de controle social revelam-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização será inadequada e desnecessária. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelaram-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade³⁹.

Desta forma garante-se a limitação punitiva do Estado em relação aos seus cidadãos, somente em casos realmente significativos e necessários. A punição penal, mais séria do que as demais, somente ocorrerá quando efetivamente necessária, quando haja lesividade ou lesão à sociedade.

Interligado à pena mínima está o princípio da proporcionalidade. Uma pena que seja mais grave que a conduta praticada gera insegurança na sociedade (é o contrário da intervenção mínima), afastando-se do objetivo do Direito. A pena deverá ser aquela imprescindível para a retribuição/ prevenção de delitos, delimitada pelas normas jurídicas constitucionais, após profunda análise e discussão do legislativo, adequando-se à realidade social geral e não apenas a casos específicos⁴⁰.

Os pressupostos de racionalidade e de humanização do sistema penal refletem o que foi definido como ‘substituição do Príncipe pelo princípio’ – com a passagem da forma estatal medieval para o Estado Moderno, na sua versão inicial absolutista, tem-se o início de um modelo de dominação racional legal. A autoridade ilimitada do Estado patrimonialista é sucedida por instrumentos jurídicos de contenção do poder (a Constituição). A estrutura principiológica apresentada, essencialmente restritiva do poder de punir e por isso garantista, tem

³⁸ CARVALHO, Salo. *Penas e Garantias*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008, p. 116.

³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Lições de Direito Penal – parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 32.

⁴⁰ Tal fato não vem sendo observado por nosso Legislativo, que não raramente edita leis para atender a situações pessoais, com por exemplo a recente Lei no. 12.737/12, apelidada de Lei Carolina Dieckmann, por fazer previsão de crimes cuja atriz foi vitimada, com a divulgação de fotos íntimas *pela internet*.

sua fundamentação externa no pacto social⁴¹.

A intervenção mínima nos leva a aceitar o princípio da insignificância, como asseverado por Assis Toledo:

Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve preocupar-se com bagatelas⁴².

A intervenção estatal somente deve procurar proteger bens jurídicos relevantes. Somente a lesão a estes é que deve justificar a interferência do direito penal.

Para Rogério Greco,

Os princípios da intervenção mínima e da lesividade são como duas faces de uma mesma moeda. Se, de um lado, a intervenção mínima somente permite a interferência do Direito Penal quando estivermos diante de ataques a bens jurídicos importantes, o princípio da lesividade nos esclarecerá, limitando ainda mais o poder do legislador, quais são as condutas que poderão ser incriminadas pela lei penal. Na verdade, nos orientará no sentido de saber quais são as condutas que não poderão sofrer os rigores da lei penal⁴³.

Não há como se falar que a intervenção mínima, seja sinônimo de impunidade. A intervenção mínima busca garantir aos cidadãos a liberdade de agir, com a certeza que somente condutas que causem efetiva lesão a bens jurídicos relevantes é que serão previstas como típicas pelo legislador.

A intervenção mínima é a tipificação de condutas transgressivas relevantes para toda a sociedade, pois o direito penal não deve interferir em todos os atos da sociedade, sob pena de torná-la engessada e totalmente tipificada, limitadora da liberdade, o que contradiz totalmente com os fundamentos de nossa Carta Política.

Findando este tópico, Beccaria demonstra que

É preferível prevenir os delitos a ter de puni-los; e todo legislador sábio deve antes procurar impedir o mal que repará-lo, pois uma boa legislação não é mais do que a arte de proporcionar aos homens a maior soma de bem-estar possível e livrá-los de todos os pesares que se lhes possam causar, conforme o cálculo dos bens e dos males desta existência⁴⁴.

Deve se investir mais em educação, com políticas sérias, melhoramento do

⁴¹ CARVALHO, Salo. *Penas e Garantias*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008, p. 117.

⁴² TOLEDO, Assis. *Princípios Básicos do Direito Penal*, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 133.

⁴³ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – parte geral*, Niterói: Impetus, 2009, p. 53.

⁴⁴ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*, Tradução Torrieri Guimarães, São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 101.

quadro de professores⁴⁵, melhora da qualidade física das escolas. Investimento em educação certamente é mais prazeroso e menos oneroso do que em presídios. A base de toda a sociedade é fincada na educação. Outras políticas como geração de emprego, lazer e saúde também são imprescindíveis para efetivar a dignidade humana e reduzir a taxa de criminalidade, pois com tais atitudes tere-se-á inclusão social de uma grande parcela da sociedade, que hoje vive à sua margem.

Assim, não há como se permitir argumentos tendenciosos no sentido do garantismo ser sinônimo de impunidade.

1.3

Liberdade, sistema constitucional-penal brasileiro, legalidade e tipicidade

Sabe-se que a liberdade é o segundo maior bem jurídico do ser humano.

Em nossa ordem constitucional, a liberdade é a regra, sendo o encarceramento apenas exceção, segundo a previsão no artigo 5º, LIV da Constituição Federal, que prevê que *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*.

Tal garantia do devido processo legal encontra-se sustentada também na assinatura do Pacto de São José da Costa Rica e pela incorporação ao direito nacional através do Decreto de número 678, de 06 de novembro de 1997, que assegura e amplia o rol de garantias processuais e processuais penais previstas em nossa Carta Política⁴⁶.

⁴⁵ Recentemente todos os dias assisti-se nos noticiários manifestações de professores por todo o Brasil, em busca de pagamento do piso salarial da categoria e melhora na estrutura de trabalhos. Na realidade, sabe-se que reivindicações são mínimas e totalmente possíveis de serem atendidas pelo Estado. O que falta é interesse.

⁴⁶ Pacto de São José da Costa Rica, Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal;

b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;

d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de

A garantia do devido processo legal é meio de freio ao poder estatal, para que os direitos humanos sejam respeitados, de forma que o Estado não usurpe a liberdade além daquela forma estipulada implicitamente e não se volte contra aqueles que tem o dever de respeitar e proteger. Deve prevalecer sempre o direito mais vantajoso à pessoa humana, conforme afirma Fábio Comparato⁴⁷. É uma espécie de escudo da personalidade, para resguardar a dignidade, a vida e a liberdade.

Nesta parte do trabalho não se traz quais são as condições de encarceramento provisório, pois será tratado em capítulo próprio, qual seja, o segundo capítulo.

Não há como se conceber, no sistema constitucional-penal brasileiro, a prisão provisória sem demonstração, no caso concreto, do preenchimento dos requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal⁴⁸. Tais requisitos previstos na lei processual são garantias constitucionais que não podem ser suprimidas ou desrespeitadas, sob pena de afronta à constituição.

O sistema adotado pela legislação foi o sistema acusatório, em que o juiz deve ser imparcial, agindo somente mediante provocação. As funções de acusação, defesa e julgamento são fincadas em pessoas distintas, sendo o processo, regra geral, público, com respeito ao contraditório e ampla defesa⁴⁹,

sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;

f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;

g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e

h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

⁴⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 365.

⁴⁸ CPP, Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). Obtido no endereço http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm, acessado em 01 de abril de 2013, às 10h48.

⁴⁹ Veja que estamos falando nesta parte em processo, pois no Inquérito Policial não existe contraditório. Vale ressaltar ainda que a ampla defesa na seara criminal é ampla mesma, inclusive

sendo o juiz imparcial, atuando segundo seu livre convencimento motivado/fundamentado. A fundamentação é princípio constitucional estatuído no artigo 93, IX da Carta Política⁵⁰.

Para Paulo Rangel,

Assim, sistema processual penal é o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelecem as diretrizes a serem seguidas para a aplicação do direito penal a cada caso concreto. O Estado deve tornar efetiva a ordem normativa penal, assegurando a aplicação de suas regras e de seus preceitos básicos, e esta aplicação somente poderá ser feita através do processo, que deve se revestir, em princípio, de duas formas: inquisitiva e a acusatória. Em um Estado Democrático, o sistema acusatório é a garantia do cidadão contra qualquer arbítrio do Estado⁵¹.

Nucci descreve as características do sistema acusatório,

(...) nítida separação entre o órgão acusador e o julgador; há liberdade de acusação, reconhecido o direito ao ofendido e a qualquer cidadão; predomina a liberdade de defesa e a isonomia entre as partes no processo; vigora a publicidade do procedimento; o contraditório está presente; existe a possibilidade de recusa do julgador; há livre sistema de produção de provas; predomina maior participação popular na justiça penal e a liberdade do réu é regra⁵².

Quando fala-se na interpretação garantista, afirmando que o juiz, ao decidir sobre cerceamento da liberdade, não pode deixar de afastar a aplicabilidade de normas processuais penais que contrariam a Constituição, vez que o Código de Processo Penal é de 1941 e nossa Constituição de 1988.

Maria Celina entende que deve-se utilizar uma interpretação extensiva das normas que atribuem liberdade e uma interpretação restritiva das normas que limitam⁵³.

Fica patente que não há como afastar direitos e garantias fundamentais de desviantes sob o fundamento de bem público ou interesse da sociedade.

É primordial a constitucionalização do processo penal num Estado Democrático de Direito, sob pena do poder punitivo estatal tornar-se instrumento de abuso contra a liberdade do cidadão.

Segundo Antonio Scarance Fernandes, *o princípio da imparcialidade*,

com permissão, em casos excepcionais, de utilização da prova ilícita *pro reo*, conforme já entendido pelo STF.

⁵⁰ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, São Paulo: Atlas, 2013, p. 50.

⁵¹ RANGEL, *Op. cit.*, p. 46/47.

⁵² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 116.

⁵³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana – estudos de Direito Civil-Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 190.

*deriva uma diretriz fundamental para os procedimentos processuais penais: quem julga não pode assumir as funções reservadas à acusação e à defesa*⁵⁴.

Deve o juiz ser um árbitro isento, que busca garantir às partes o contraditório. Assim é previsto pelo sistema processual-penal-constitucional. Não deve ficar em suas decisões trazendo conceitos pessoais, mas sim atuar dentro da legislação vigente, sob pena de desrespeito aos direitos fundamentais assegurados aos cidadãos, infringindo o princípio da legalidade, que paira sobre o direito penal.

Para José Afonso da Silva,

Trata-se também de garantia individual prevista no art. 5.º, XXXIX, segundo o qual *não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*, em que se consubstancia o princípio *nullum crimen nulla poena sine lege*. O dispositivo contém uma reserva absoluta de lei formal, que exclui a possibilidade de o legislador transferir a outrem a função de definir o crime e de estabelecer penas. Demais, a definição legal do crime e a previsão da pena hão que preceder o fato tido como delituoso. Sem lei que o tenha feito não há crime nem pena⁵⁵.

Atualmente, o Direito Penal, numa perspectiva garantista, não se preocupa tão somente com a perfeita adequação típica da conduta à letra fria da lei. Exige que a conduta seja lesiva a um bem jurídico relevante. Aplica-se então o garantismo processual juntamente com o Direito Penal Mínimo, que são paralelos. Somente há delito se a conduta ofender um bem jurídico tutelado-relevante.

Essa relevância deve ser observada pelo magistrado ao analisar o fato típico sujeito à sua apreciação.

No moderno estágio do direito penal, para existência da tipicidade penal deve ser a conduta típica formalmente e conglobantemente. Somente então pode-se dizer que houve fato típico⁵⁶.

Tipicidade conglobante existirá quando demonstrado, no caso concreto, que a conduta praticada e considerada antinormativa é contrária à norma penal e não fomentada ou permitida por ela e ainda ocorra ofensa a bens jurídicos relevantes para o direito penal.

É preciso, para falar em tipicidade penal, haver a fusão da tipicidade

⁵⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 44.

⁵⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 428.

⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.549 e seguintes.

formal com a tipicidade conglobante (que é formada pela antinormatividade⁵⁷ e pela tipicidade material), para que o fato seja considerado penalmente típico.

Para que a conduta seja considerada típica deve estar formalmente formatada ao tipo, lesando bem jurídico relevante. Neste análise da relevância nasce a teoria da bagatela ou insignificância, que excluem o tipo penal, pelo fato da conduta do agente não ter causado lesão a bem jurídico relevante. A comprovação da antinormatividade deverá englobar uma investigação sobre a afetação do bem jurídico.

Fica patente que a tipicidade penal é o resultado da afirmação da tipicidade legal, em conjunto antinormatividade. Não tem como ser um fato típico se a conduta não for antinormativa. Diante de tal fato, é inadmissível que uma norma permita o que outra proíba. Como exemplo pode-se citar as lutas de MMA (*Mixed Martial Arts* – artes marciais mistas). Verificando a tipificada isoladamente estariam os competidores cometendo lesões corporais mútuas. Entretanto, sabe-se que as normas do direito desportivo permitem tal prática, apesar da violência e lesões. Assim, não é possível dizer que estão os atletas praticantes de MMA agindo com a excludente de ilicitude exercício regular de um direito. Estão praticando um fato atípico, pelo fato da conduta não ser antinormativa.

Na formação da tipicidade não se pode considerar apenas a tipicidade legal, devendo ser considerada também a tipicidade conglobante, consistindo na averiguação da vedação através do alcance proibitivo da norma.

O garantismo não pode ser apenas uma ideologia que permeia o universo da utopia, que está voltado apenas no campo das discussões filosóficas e acadêmicas ou ainda de aplicação somente no universo do direito constitucional. Um sistema garantista, em se tratando de direito penal, é aquele que permite uma leitura no começo do apontamento criminal, logo, a tipicidade conglobante, é a primeira e necessária análise a ser feita, adotando uma lógica que permite a exclusão de diversos atos sociais como crimes, desafogando assim todo o sistema do *jus puniendi* estatal (Polícia, Ministério Público, Judiciário). Ademais, a exclusão da tipicidade e por via de consequência, a não criminalização de diversas condutas não lesivas ou permitidas, garante uma sociedade mais livre, menos engessada, menos intervencionista nas liberdades individuais.

⁵⁷ É preciso destacar que antinormatividade é a contrariedade do fato com uma específica norma jurídica.

Com a construção desta análise de tipicidade conglobante, muito mais afeta aos princípios constitucionais, tem-se por consequência uma releitura da legalidade. Legalidade em direito penal se desdobra em dois outros princípios; o da anterioridade da lei penal e o do princípio da reserva legal. Não basta, nesta nova leitura, que a lei penal já tenha sido criada e tenha criado formalmente um tipo penal. É necessário que este tipo atenda aos requisitos já discutidos, estando dentro o sistema constitucional-penal brasileiro. Com o respeito às garantias mais intrínsecas do sistema constitucional-penal brasileiro é que se consegue concretizar o direito a liberdade, e no caso da necessidade do cerceamento através do *jus puniendi* estatal, que este cerceamento seja dosado, razoável, proporcional e não venha a ferir os direitos fundamentais básicos do cidadão, pois ainda que preso, estes direitos, o assistem.

2

Cautelares no Sistema Processual Penal Brasileiro Atual

2.1

Aspectos gerais das cautelares

No ordenamento jurídico há a possibilidade de ocorrerem prisões cautelares, como a prisão temporária⁵⁸ e a prisão preventiva⁵⁹, durante o inquérito policial ou processo. Estas cautelares devem ser vistas sempre dentro de uma lógica garantista, sempre fundamentada, adotando a concretude como marco.

Apesar de serem cautelares (excepcionais), infelizmente vêm sendo usadas indiscriminadamente pelos magistrados, muitas vezes atendendo a pressões populares ou midiáticas, em total dissonância com o garantismo penal.

⁵⁸ Nesse ponto merece afirmar que a temporária não está dentre as prisões cautelares trazidas no Código de Processo Penal, mas foi regulada pela Lei no. 7.960/89. A prisão temporária tem sua cautelaridade voltada para a investigação policial e não para o processo. Há entendimento que deve ser classificada como subcautelar ou precautelar, antecipa uma medida cautelar posterior, tendo finalidade com prazo certo para seu término, somente ganhando sobrevida com a conversão em prisão preventiva. Esse é o escólio de CÂMARA, Luiz Antonio. *Medidas cautelares pessoais*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 198/207. Por fim, deve ressaltar ainda que há na Lei que trata da prisão Temporária o rol taxativo de crimes onde se admite o referido tipo de prisão: Art. 1º Caberá prisão temporária: I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º); b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º); c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º); e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único); i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285); l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas; n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976); o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

⁵⁹ Após a edição da Lei 12.403/2011, correndo a prisão em flagrante é necessário para que seja mantida a privação de liberdade, a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, por despacho judicial conforme reza artigo 310 do Código de Processo Penal.

CPP, Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

Sabido é que alterações vem sendo inseridas no texto processual penal, buscando adequação ao Estado de Direito vigente.

Com a edição mais especificamente da Lei número 12.403/2011, houve majoração das possibilidades do juiz decidir ao receber um auto de prisão em flagrante. Antes da publicação da referida lei, ou o juiz transformava a prisão em flagrante em prisão preventiva ou concedia a liberdade provisória.

Importante ressaltar que neste capítulo serão citados vários artigos do Código de Processo Penal e para facilitar a leitura/entendimento, sempre será trazida a legislação em sua redação atual, seja no corpo do próprio trabalho, seja através de nota de rodapé.

Atualmente, pela regra do artigo 319 do Código de Processo Penal⁶⁰, poderá o magistrado, fundamentadamente, aplicar outra medida cautelar diversa da prisão⁶¹.

Está o legislador ordinário, ainda que aos poucos, reconhecendo os males do cárcere, ainda mais o provisório.

É sabido que o Brasil possui um elevado número de prisões provisórias. Segundo o Portal do CNJ⁶², são 191.949 acautelados. Este número corresponde a 42,97% do total de presos. Os presídios estão superlotados, com um grande déficit de vagas nas penitenciárias, necessitando de uma urgente política de

⁶⁰ CPP, Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica.

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

⁶¹ Trata-se de aplicação na legislação ordinária de princípios constitucionais, haja vista que a regra é a liberdade, sendo a prisão exceção.

⁶² Informação obtida no Portal do CNJ, in <http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/eventos/encontros-nacionais/2-encontro-nacional-do-judiciario/96-noticias/6105-radiografia-do-sistema-carcerario-revela-numero-desproporcional-de-presos-provisorios>, acessado no dia 22 de outubro de 2013, às 10h29.

reestruturação do sistema carcerário.

Proporcionalmente, o Piauí é o Estado que lidera o ranking, com 65,7% de presos provisórios. Na sequência, aparecem Amazonas, com 62,7%; Pernambuco, 62,6%; Sergipe 62,5%; Minas Gerais, 58,1%; Maranhão, 55,1%; e Mato Grosso, 53,6%⁶³.

Com esses dados fica patente a crítica que se pretende neste trabalho: como se prende na Democracia brasileira. Existem bem mais presos provisórios neste Estado Democrático de Direito do que já houve em qualquer outro momento de nossa história, até mesmo nos momentos absolutistas.

Poucas são as políticas que buscam melhorar esta situação.

Pensa-se que prender provisoriamente está solucionando o problema. Entretanto tal pensamento é totalmente inverídico. Nada é solucionado com o acautelamento.

A prisão cautelar, conforme o próprio nome já informa, não pode servir como medida de cumprimento de pena. Possui natureza estritamente processual penal, visando resguardar/tutelar o curso do processo para que se houver condenação, seja possível cumprir o Estado seu *jus puniendi*.

Para decretação de uma cautelar, em matéria processual penal, é necessário a existência do *fumus commissi delicti* e o *periculum in libertatis*.

O *fumus commissi delicti* consiste na probabilidade de ocorrência de um delito. Pela regra do artigo 312 do Código de Processo Penal, consiste na *prova da existência do crime e indício suficiente de autoria*⁶⁴.

Já o *periculum in libertatis* é o perigo na permanência solto do agente.

Deverá o magistrado, no caso concreto, analisar os riscos de frustração da aplicação da pretensão punitiva, haja vista a possibilidade de fuga do agente. Deverá analisar ainda se há algum risco da permanência do agente em liberdade para a produção de provas. Tal requisito consiste no risco/perigo da permanência solto, seja para o processo, seja pela possibilidade de cometimento de novo crime.

⁶³ Notícias sobre o 7º Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, fornecidos pelo Depen (Departamento Penitenciário Nacional), <http://www.tribunahoje.com/noticia/82662/brasil/2013/11/06/sete-estados-tem-mais-presos-provisorios-que-condenados.html>, acessado no dia 07 de novembro de 2013, às 16h14.

⁶⁴ CPP, Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4o)

Quanto a esta possibilidade de cometimento de novo delito, será falado quando tratar especificamente do requisito do artigo 312 do Código de Processo Penal: manutenção da ordem pública. Nefasta é a questão da *futurologia perigosista*, haja vista que a única presunção admissível no texto constitucional é a de não-culpabilidade. Assim, como presumir que alguém, solto, voltará a delinquir?

A obediência estrita ao preenchimento dos requisitos é regra, é garantia.

Serve o processo penal como um limitador do *jus puniendi*, sendo a forma processual limitadora de poder e garantidora da liberdade.

Beccaria, já advertia das conseqüências de uma pena restritiva da liberdade injusta⁶⁵. Talvez por este motivo seu repúdio às prisões antes da definitiva condenação, momento em que se poderia aprisionar alguém que posteriormente se provaria inocente. E o que é pior do que a perda da liberdade de um inocente?

Vislumbrava o ideal garantista que vê a prisão antes do trânsito em julgado como *ultima ratio*. E mesmo ele não concebia esta perda da liberdade como pena, senão como *simples guarda de um cidadão até que ele seja considerado culpado*⁶⁶. Adverte ainda que esta medida, uma vez que por demais drástica, deve ser tomada somente quando estritamente necessária: *O tempo de recolhimento ao cárcere só pode ser o estritamente indispensável quer para impedir a fuga, quer para que não sejam escondidas as provas do delito*⁶⁷.

O Supremo Tribunal vem rechaçando a possibilidade de execução provisória ou antecipada da pena, independente se privativa de liberdade ou restritiva de direitos, somente podendo haver prisão antes do trânsito em julgado nos casos de cautelar, pois até mesmo os transgressores da norma são sujeitos de direito. Fundamenta-se na dignidade da pessoa humana e na presunção de inocência, garantias constitucional⁶⁸.

⁶⁵ Rememore-se que o autor foi preso antes de escrever seu livro.

⁶⁶ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*, Tradução Torrieri Guimarães, São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 71.

⁶⁷ BECCARIA, Cesare. *Op. cit.* p. 72.

⁶⁸ STF: Habeas Corpus número 84078/MG, de relatoria do Ministro Eros Grau, julgado em 05 de fevereiro de 2009: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988

Esse é o ponto da pesquisa para a redação do presente trabalho.

A restrição da liberdade é tema muito discutido em congressos e principalmente na mídia. Esta, infelizmente, muitas vezes deixa de informar ao cidadão para poder viciar seu entendimento.

Alguns programas televisivos são apelativos, incitam prisões sem observância de direitos fundamentais, denigrem imagens de pessoas presas ou acusadas, como se pelo fato de terem praticado, em tese, um crime, pudessem não ter dignidade.

Segundo Schreiber

(...) a atuação do Estado se dá também de outros modos. Compete-lhe não apenas

definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual.

garantir o pluralismo na comunicação social, mas também evitar que a liberdade de expressão (...) se converta em arma contra outros direitos fundamentais da pessoa humana, que a Constituição tutela em idêntica medida⁶⁹.

Sabe-se que no Estado Democrático de Direito todos são sujeitos de direito, até mesmo os transgressores.

O Estado garantista prevê limitações ao poder estatal. Não existe possibilidade de exclusão social de quem quer que seja. O direito penal é do fato e não do autor. Todos os seres humanos são portadores de dignidade, princípio constitucional irrenunciável e inafastável, seja desviante ou não o agente.

O processo é regido pela legalidade, sendo que qualquer restrição de liberdades individuais somente pode ocorrer se prevista expressamente em lei. Não há como se falar em matéria de prisões cautelares na expressão repetitiva *poder geral de cautela*, onde poderia o magistrado alegar que segundo a regra de experiência é melhor a decretação da preventiva, pois fere o princípio da legalidade.

Resta patente que as cautelares, seja a privação provisória da liberdade, sejam as que restringem outros direitos, devem estar primeiramente previstas abstratamente na legislação, para, de acordo com o caso concreto, serem aplicadas pelo magistrado.

Não está se dizendo que sempre serão aplicadas estas medidas, pois conforme já explanado neste trabalho, entende-se que é perfeitamente constitucional a prisão provisória, desde que analisada no caso concreto e presente o *fumus commissi delicti* e o *periculum in libertatis*. Vale ressaltar ainda que a legislação, no artigo 282, § 6º do Código de Processo Penal, ressaltou que a *prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)*.

Ante tal previsão legal, verifica-se que o legislador ordinário, valendo-se das regras e princípios constitucionais, determinou ao julgador que a prisão cautelar somente deve ser decretada se insuficiente as demais cautelares. Esta mesma regra está expressa na segunda parte do inciso II do artigo 310 do Código Penal, que afirma que o juízo ao receber o auto de prisão em flagrante, deve decretar a preventiva somente se *inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão*.

⁶⁹ SCHREIBER, Anderson. *Direito e Mídia*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 234.

É a prisão como medida excepcional. Toda prisão deve ser provisória, ainda que transitada em julgado, vez que há vedação de prisão perpétua em nossa legislação.

O cerceamento da liberdade deve ser visto como última forma de atuação estatal.

Segundo Beccaria,

somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela de sua liberdade; disso advém que cada qual apenas concorda em pôr (*sic*) no depósito comum a menor porção possível dela, quer dizer, exatamente o que era necessário para empenhar os outros em mantê-los na posse do restante.

A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. Todo o exercício do poder que deste fundamento se afastar constitui abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; constitui usurpação e jamais um poder legítimo⁷⁰.

Patente, pois, que a liberdade deve ser respeitada, podendo o Estado somente retirá-la através do devido processo legal, para os casos expressos em lei, observado o ordenamento jurídico constitucional, sob pena de abuso estatal, o que é inadmissível.

Há ainda de mencionar os requisitos trazidos pelo artigo 282, I e II do Código de Processo Penal⁷¹: necessidade para aplicação da lei penal, para investigação ou instrução processual e ainda, excepcionalmente, para evitar prática de novos delitos; adequação, considerando a gravidade do crime, circunstâncias que envolvem o delito e condições pessoais do agente. A adequação busca a medida de menor gravame possível ao agente, garantindo ao investigado/acusado o menor sofrimento possível.

O Estado somente deve intervir na liberdade das pessoas *quando houver risco, concreto e efetivo, ao regular andamento do processo, por ato imputável ao acusado*⁷². Somente nestes casos é que deve agir coercitivamente.

Deve ser expressado que as alternativas de cautelaridades diversas da prisão deve obedecer ao princípio da legalidade estrita.

⁷⁰ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*, Tradução Torrieri Guimarães, São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 19/20.

⁷¹ CPP, Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

⁷² PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*, São Paulo: Atlas, 2013, p. 498.

É certo ainda que toda e qualquer decisão deverá ser fundamentada, seja por garantia constitucional (CF, art. 93, IX)⁷³, seja pela regra do artigo 315 do Código de Processo Penal⁷⁴. Claro que a letra do artigo 315 do Código Processo Penal traz a expressão prisão preventiva, mas tem abrangência para toda e qualquer cautelar, mesmo que diversa da privação da liberdade.

As cautelares diversas da prisão podem ser deferidas independente de prisão anterior, conforme estatuído no artigo 282, § 2º do Código de Processo Penal⁷⁵. A decretação das cautelares pode ocorrer na fase administrativa ou judicial, podendo, inclusive, substituir a prisão em flagrante, quando esta for incabível ou inadequada. Nesta hipótese, o descumprimento destas cautelares pode ocasionar a prisão provisória.

Para decretação da medida cautelar, seja de prisão ou não, somente pode ocorrer se o crime em tela for apenado com pena privativa de liberdade (CPP, art. 283, §1º)⁷⁶. Incabível, pois, cautelar (seja prisão ou outra que não privação da liberdade) para crimes que admitem transação penal e no caso de cabimento de suspensão condicional do processo e aceite do mesmo pelo agente.

Para crimes culposos, segundo Pacelli

Em se tratando de crimes *culposos*, a imposição de medida cautelar, em princípio, não será admitida, em face do postulado da *proporcionalidade*; contudo, quando – e somente quando – se puder antever a possibilidade concreta de imposição de pena privativa de liberdade ao final do processo, diante das condições pessoais do agente, serão cabíveis, excepcionalmente para crimes culposos, as cautelares dos artigos 319⁷⁷ e 320⁷⁸, segundo a respectiva necessidade e fundamentação⁷⁹.

⁷³ CF, Art. 93 (...) IX. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (...).

⁷⁴ CPP, Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada.

⁷⁵ CPP, Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (...) § 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

⁷⁶ CPP, Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

§ 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

⁷⁷ CPP, Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

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

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias

Assim, o cabimento das cautelares em se tratando de crimes culposos dependerá do caso concreto. Como concretude do caso, podemos citar que durante o processo culposo o agente acusado/investigado venha a prejudicar a produção de provas ou a coagir testemunhas. Nestes casos, poderá o juízo, verificando todos os requisitos processuais para decretação da prisão preventiva, decretá-la, mesmo sendo o crime culposos.

Outra hipótese possível no caso de prática de crime culposos é a decretação da prisão preventiva fulcrada no artigo 313, II do Código de Processo Penal: *se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.*

Fica patente que sendo o agente reincidente em crime doloso antes da prática do crime culposos, é perfeitamente cabível a prisão preventiva.

2.2

Cautelares em processo penal: espécies diversas da prisão

Depois de uma análise geral das cautelares, discorre-se sobre as cautelares

relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

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

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

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

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; (

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

§ 1o (Revogado).

§ 2o (Revogado).

§ 3o (Revogado).

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

⁷⁸ CPP, Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

⁷⁹ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*, São Paulo: Atlas, 2013, p. 495/496.

específicas previstas em nossa legislação.

Estão previstas, conforme já visto, no artigo 319 do Código de Processo Penal.

Para maior clareza segue, na íntegra, o artigo 319 do Código de Processo Penal:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

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

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

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

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

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

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

§ 1o (Revogado).

§ 2o (Revogado).

§ 3o (Revogado).

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

Ante a inclusão das acima trazidas cautelares diversas da prisão, fica patente que o Magistrado hoje tem diversas formas de decidir diferentemente de manter alguém encarcerado preventivamente.

Sabe-se que deve agir de forma a adotar a medida menos gravosa ao agente, respeitando ao máximo os direitos e garantias fundamentais. Deve-se buscar um equilíbrio entre o meio empregado e o fim que se persegue. O mal infringido ao indivíduo no decorrer do processo não pode ser superior ao mal que poderá ser suportado em caso de condenação⁸⁰. É aplicação do princípio da proporcionalidade.

⁸⁰

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, São Paulo: Atlas, 2013, p. 872.

A redação do artigo 319 do Código de Processo Penal acima citado demonstra que o referido artigo é bem auto-explicativo.

A primeira cautelar visa o *comparecimento periódico em juízo* do agente para que o Estado possa aferir sobre suas atividades lícitas do indivíduo bem como para que mantenha atualizado o endereço. O comparecimento periódico do agente em juízo comprova a boa-fé em responder a todos os termos do processo quando intimado.

Deve comparecer pessoalmente mensalmente e, obrigatoriamente, no prazo, dia e condições fixadas pelo juízo.

É certo que inexistente possibilidade do Estado obrigar que o agente comprove vínculo empregatício formal, pois sabe-se que a realidade de nosso país impediria tal comprovação.

Entretanto, deverá ser o agente informado que *não se trata de comparecer em cartório e assinar um termo pronto e acabado, formalmente, mas, sim, demonstrar com provas idôneas suas atividades*⁸¹.

Não cumprindo tais exigências, será revogada a medida, decretando a prisão preventiva, se necessária e adequada.

Para aqueles que respondem a processos em uma comarca e residem em outra, poderá o juízo deprecar ao juízo da residência, que será o responsável por executar a medida. Tal possibilidade objetiva reduzir os sacrifícios com deslocamentos desnecessários.

O fato da não comprovação de trabalho não poderia nem pode ser motivo para revogação desta medida e decretação da cautelar de prisão, uma vez que, ninguém é obrigado a trabalhar. A boa-fé se prova no comparecimento em juízo para responder aos atos processuais e não constituindo emprego formal.

A segunda cautelar consiste em evitar que o agente freqüente determinados locais, visando evitar prática de novas infrações ou perturbações a outras pessoas.

Tal medida para ter efetividade é imprescindível que o juízo tenha como controlar e fiscalizar o cumprimento da medida, pois do contrário, pouca será a valia. Deverá, por exemplo, oficiar o magistrado à polícia para que tenha conhecimento da restrição aplicada ao agente, para que auxiliem na fiscalização do cumprimento da medida.

⁸¹ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, São Paulo: Atlas, 2013, p. 898.

Como meio de fiscalização, por exemplo, poderá tal cautelar ser cumulada com o monitoramento eletrônico.

A terceira cautelar busca impedir contato com pessoa determinada, que tenha relação com o fato praticado. Tal cautelar demonstra uma preocupação estatal com a vítima ou seus familiares, pois objetiva evitar novos conflitos.

Nesse ponto vale uma ressalva: o que se busca é evitar a procura de contato e não encontros ocasionais.

Faz imprescindível tal ressalva, pois aconteceu um caso em Cataguases – MG, em um processo de nosso escritório⁸², que houve determinação de afastamento entre autor do fato e vítima, tendo sido fixada distância mínima. Entretanto estava o autor do fato dentro de um colégio onde estudava e a vítima, sabendo de tal situação, aproximou-se dele, sem que o mesmo percebesse. O chamou e disse que estava chamando a polícia, pois o mesmo havia *desobedecido* a ordem judicial de não se aproximar dela.

Patente que não são situações forjadas como esta que o legislador busca evitar, mas evitar situações reais que possam trazer transtornos e problemas para a vítima ou seus familiares.

Deverá ainda ter o magistrado bom senso ao determinar a proibição, pois não é razoável determinar que uma pessoa, que resida próxima à vítima ou trabalhe no mesmo local, não se aproxime dela por menos de 300m. É totalmente desproporcional tal medida.

É certo, por fim, que a vítima auxiliará na fiscalização do cumprimento da presente cautelar.

A quarta medida prevista refere-se à ausentar-se da Comarca da instrução, quando conveniente ao processo.

É certo que tal proibição objetiva facilitar a investigação e a instrução, mas também garantir a aplicação da lei penal, em caso de condenação.

A fiscalização do cumprimento desta cautelar é realizada através dos atos processuais, como a intimação, pois se não atendê-la, por exemplo, para comparecer em um ato judicial, deverá ser tal medida revogada por

⁸² Processo crime distribuído sob o número 0808808-72.2008.8.13.0153, que tramitou perante a Vara Criminal da Comarca de Cataguases. O pedido neste feito foi de revogação da prisão preventiva. Após juntada aos autos de termo de declaração da escola onde o fato ocorreu restou demonstrado que o agente já estava no balcão da secretaria da escola quando a suposta vítima chegou houve a revogação da prisão preventiva decretada.

descumprimento.

A quinta cautelar prevista é a exigência *do recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos*. É limitador da liberdade de locomoção.

Não está expresso na norma a finalidade do recolhimento do agente, mas é certo que objetiva não só garantia de efetividade do provimento final, se condenatório, bem como garantia da ordem. A finalidade pode ser ainda, em alguns casos de grande comoção e revolta social, para garantia da integridade física do próprio agente.

O recolhimento ao domicílio pelo agente é infinitamente melhor que seu recolhimento ao cárcere. Tal medida é aconselhável a ser aplicada quando a prisão não é adequada, devendo se submeter o agente a tais condições.

Deve ser feita a ressalva que não se trata de prisão domiciliar, face a natureza cautelar da medida, mas sim de recolhimento cautelar.

Deverá o magistrado, no caso concreto, determinar qual é o horário noturno do recolhimento, vez que não houve fixação pelo legislador de horário certo e determinado.

A sexta possibilidade de cautelar diversa da prisão prevê a *suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais*.

Objetiva tal medida impedir que o agente possa, em virtude da função exercida, destruir provas imprescindíveis ao processo, influenciar testemunhas ou até mesmo dar continuidade à prática delituosa.

A função pública trazida tem sentido amplo⁸³, sendo toda atividade exercida perante a Administração Pública.

Vale uma observação quanto aos cargos eletivos: somente havendo condenação penal transitada em julgado é que poderá ocorrer o afastamento do cargo, mesmo que seja cabível, em tese, a decretação da prisão preventiva. Tal exceção se justifica face a natureza do cargo: eletivo.

Atividade financeira engloba a atuação perante bancos e outras instituições financeiras abrangidas pelo Sistema Nacional Financeiro, devendo ser considerada qual é a relação do agente com tal atividade, sendo certo que deverá ocorrer receio

⁸³ Incluindo neste conceito até mesmo o empregado público (agente público com vínculo celetista).

de utilização para prática de infrações penais.

Não há na legislação fixação de prazo para o afastamento, devendo o julgador, no caso concreto, fixar até quando durará tal cautelar, devendo ter duração suficiente para a realização dos atos processuais que poderiam ser prejudicados com o pleno exercício da função pelo agente. Findando a instrução, entende-se não haver mais motivos para manutenção da cautelar.

A sétima previsão do artigo 319 do Código de Processo Penal é quanto a possibilidade de se internar, provisoriamente, o inimputável ou semi-imputável, desde que o crime praticado seja com violência ou grave ameaça. Deve existir ainda a possibilidade de reiteração criminosa para o agente. Devem coexistir essas situações para que a cautelar seja deferida pelo Estado-juiz.

Tal medida deve ser antecedida por perícia médica, conforme disposto no artigo 149 do Código de Processo Penal⁸⁴.

Somente com a observância destes requisitos é que tal medida poderá ser decretada pelo juízo, que visa resguardar a ordem pública bem como a tranquilidade social.

Não houve fixação pelo legislador de prazo para a internação. É razoável que a internação permaneça pelo prazo que permaneceria caso fosse condenado.

Surge-se um problema: sendo o agente inimputável somente haveria internação se houvesse condenação. Tal condenação poderia perdurar por até 30 anos⁸⁵. A condenação somente é alcançada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, resguardado sempre o contraditório e ampla defesa.

Concluindo, entende-se que o prazo razoável para a fixação da cautelar seria o tempo de duração do processo. Se houver condenação, sendo inimputável, passasse para a medida de segurança. Se houver absolvição, haverá cassação da medida.

⁸⁴ CPP, Art. 149. Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal.

§ 1º O exame poderá ser ordenado ainda na fase do inquérito, mediante representação da autoridade policial ao juiz competente.

§ 2º O juiz nomeará curador ao acusado, quando determinar o exame, ficando suspenso o processo, se já iniciada a ação penal, salvo quanto às diligências que possam ser prejudicadas pelo adiamento.

⁸⁵ Não vamos adentrar em discussão neste ponto se há ou não limite temporal de trinta anos como prazo máximo para a internação do inimputável ou se a prisão acima dos trinta anos estaria contrariando a regra do artigo 5º, XLVII, *b* da Constituição Federal. Filiamos à corrente de Paulo Rangel que entende ser inconstitucional qualquer pena, inclusive para inimputáveis, acima de trinta anos.

A oitiva medida faz menção à fiança.

É preciso informar que a fiança já estava prevista no Código de Processo Penal, desde a promulgação da Lei no. 8.035/90, entretanto possuía pouca efetividade, face a possibilidade de concessão de liberdade provisória sem fiança.

Entretanto, a Lei no. 12.403/11 trouxe a fiança como uma medida cautelar diversa da prisão.

Tem objetivo patrimonial, exigindo prestação de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública ou hipoteca em primeira inscrição, conforme estatuído no artigo 330 do Código de Processo Penal⁸⁶.

A fiança tem como finalidade de pagamento das custas, da indenização do dano e da multa, se o réu for condenado⁸⁷. Em caso de absolvição, ser-lhe-á restituído o valor afiançado⁸⁸, atualizado.

Não são todas as infrações que permitem fiança. O delegado somente poderá arbitrar fiança nos crimes em que a pena privativa de liberdade não exceda a quatro anos. Demais hipóteses, somente poderá ser fixada pelo juiz, conforme artigo 322 do Código de Processo Penal⁸⁹.

Os artigos 323 e 324 ambos do Código de Processo Penal⁹⁰ trazem em

⁸⁶ CPP, Art. 330. A fiança, que será sempre definitiva, consistirá em depósito de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou em hipoteca inscrita em primeiro lugar.

§ 1o A avaliação de imóvel, ou de pedras, objetos ou metais preciosos será feita imediatamente por perito nomeado pela autoridade.

§ 2o Quando a fiança consistir em caução de títulos da dívida pública, o valor será determinado pela sua cotação em Bolsa, e, sendo nominativos, exigir-se-á prova de que se acham livres de ônus.

⁸⁷ CPP, Art. 336. O dinheiro ou objetos dados como fiança servirão ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado.

Parágrafo único. Este dispositivo terá aplicação ainda no caso da prescrição depois da sentença condenatória.

⁸⁸ CPP, Art. 337. Se a fiança for declarada sem efeito ou passar em julgado sentença que houver absolvido o acusado ou declarada extinta a ação penal, o valor que a constituir, atualizado, será restituído sem desconto, salvo o disposto no parágrafo único do art. 336 deste Código

⁸⁹ CPP, Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.

Parágrafo único. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.

⁹⁰ CPP, Art. 323. Não será concedida fiança:

I - nos crimes de racismo;

II - nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos;

III - nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

IV - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

V - (revogado). (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

quais crimes, não será possível a autoridade judiciária fixar fiança. São eles: racismo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo, hediondos, cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, aos que tiverem quebrado a fiança anteriormente concedida no mesmo processo, sem justo motivo, no caso de prisão civil ou militar e quando presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva e esta se mostrar adequada e incabível a substituição por outra cautelar.

Pela redação do inciso VIII do artigo 319 do Código de Processo Penal, ora comentado, verificamos que busca a fiança assegurar o comparecimento do acusado a atos processuais e evitar qualquer obstrução ao andamento do processo ou resistência sem justificativa a ordem judicial.

Apesar da norma prevê processo, é perfeitamente possível, por ausência de vedação legal, que seja concedida tal cautelar substituindo a prisão em flagrante, quando ainda estiver na fase administrativa. Junta-se a tal fato ainda a previsão do Delgado de Polícia fixar o afixamento.

Infelizmente a legislação trouxe para a fixação da fiança uma discricionariedade excessiva.

O artigo 325 do Código de Processo Penal traz que pode variar de um a cem salários mínimos vigentes, para crimes cuja pena privativa de liberdade máxima não superior a quatro anos. Sendo a pena máxima superior a quatro anos, o limite para a fiança passa a ser de dez a duzentos salários mínimos.

Para fixação de tais valores deverá ser observada além da natureza do delito as condições pregressa e financeira do agente, além da periculosidade⁹¹.

Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança:

I - aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328 deste Código;

II - em caso de prisão civil ou militar;

III (revogada); (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312)

⁹¹ CPP, Art. 325. O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder nos seguintes limites:

a) (revogada); (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

b) (revogada); (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

c) (revogada). (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 4 (quatro) anos;

II - de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for superior a 4 (quatro) anos.

Ora, na realidade tal fixação da fiança desta forma está levando a crer que a liberdade possui preço.

Quanto a expressão periculosidade do agente, as críticas são as mesmas feitas quanto a questão da *futureologia perigosista*.

Vagueza exagerada existe também na expressão resistência injustificada a ordem judicial. Sabe-se que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. É admissível ainda o direito ao silêncio, sendo o agente inocente até decisão condenatória transitada em julgado. Fica patente que inexistente qualquer obrigação processual, salvo aqueles atos, como reconhecimento de pessoas ou coisas, bem como identificação civil, que se exigirá a presença pessoal aos atos processuais. Entretanto mesmo assim sabe-se que a ausência do agente não lhe trará qualquer presunção prejudicial à defesa.

Assim, entendemos que é totalmente equivocada a expressão resistência injustificada a ordem judicial, pois a imposição de fiança não substituirá prova não produzida.

Somente pode surtir efeito essa determinação se tiver estrita ligação com as disposições dos artigos 327 e 328 do Código de Processo Penal⁹². Essas disposições são de efeito apenas processual, sem qualquer presunção ou confissão.

A última cautelar trazida no artigo 319 do Código de Processo Penal é o monitoramento eletrônico.

Segundo Paulo Rangel

§ 1º Se assim recomendar a situação econômica do preso, a fiança poderá ser:

- I - dispensada, na forma do art. 350 deste Código;
- II - reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços); ou
- III - aumentada em até 1.000 (mil) vezes.

§ 2º (Revogado): (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - (revogado). (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

Art. 326. Para determinar o valor da fiança, a autoridade terá em consideração a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a importância provável das custas do processo, até final julgamento.

⁹² CPP, Art. 327. A fiança tomada por termo obrigará o afiançado a comparecer perante a autoridade, todas as vezes que for intimado para atos do inquérito e da instrução criminal e para o julgamento. Quando o réu não comparecer, a fiança será havida como quebrada.

Art. 328. O réu afiançado não poderá, sob pena de quebração da fiança, mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, ou ausentar-se por mais de 8 (oito) dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado.

A ideia do monitoramento eletrônico nasce na I Guerra Mundial, mas foi através da leitura de um gibi do *Homem Aranha*, nos idos do ano de 1977, que o juiz americano, Jack Love, do Estado do Novo México (o Novo México é um dos 50 estados dos Estados Unidos, localizado na Região Sudoeste do país. É o quinto maior Estado em área do país, depois do Alasca, da Califórnia, do Texas e de Montana), descobriu que o chefe do crime, na revista em quadrinhos, colocou um bracelete no Homem Aranha para monitorar seus passos por Nova York. Jack Love achou a ideia interessante e levou-a para um amigo técnico em eletrônica e informática, Mike Gross.

O juiz e seu amigo técnico estudaram o assunto e, cinco anos depois, estavam testando a invenção. Em 1983, cinco elementos perigosos da cidade de Albuquerque, a maior cidade do Estado, já estavam sendo monitorados eletronicamente.

A partir de então, a solução foi implementada de tal sorte que, em 1988, havia 2.300 presos monitorados eletronicamente nos Estados Unidos. Foi a ficção ensinando a vida real⁹³.

Tal monitoramento foi introduzido no ordenamento jurídico pela Lei no. 12.258/2010, através de incidente de execução de pena⁹⁴.

Deverá ser colocado no agente uma tornozeleira eletrônica, que transmite informações a um centro de controle, buscando acompanhar *os passos* do agente. Pode permanecer em liberdade, mas controlado pelo Estado.

Acredita-se que tal medida é válida, mas será necessário ainda um grande investimento em tecnologia para poder encontrá-lo em todas as áreas da cidade, bem como para evitar alteração do equipamento pelo agente, seja alteração eletrônica, seja possibilidade de retirar a tornozeleira sem autorização estatal prévia.

Tal medida deverá estar acompanhada por outra cautelar diversa da prisão, com por exemplo o recolhimento domiciliar ou vedação de acesso a outros locais, para ser mais efetiva e segura.

2.3

A prisão cautelar no processo penal brasileiro: requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal

Nosso constituinte originário assegurou dentre os direitos e garantias fundamentais do cidadão que *ninguém será considerado culpado até o trânsito em*

⁹³ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, São Paulo: Atlas, 2013, p. 906.

⁹⁴ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*, São Paulo: Atlas, 2013, p. 516.

*julgado de sentença penal condenatória*⁹⁵. É a consagração do princípio da presunção de inocência.

Garantiu ainda, no artigo 5º, LXI do texto constitucional que *ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.*

A Convenção Americana dos Direitos Humanos, de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica)⁹⁶, assegura, no artigo 7º, 2, *ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.*

Já a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no artigo 9º⁹⁷ também assegura a presunção de inocência: *Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.*

O Estado Democrático assegura a todos que somente excepcionalmente haverá prisão sem ser oriunda de uma condenação transitada em julgado. A prisão não sendo para cumprimento de sentença penal condenatória transitada em julgado somente poderá ser em flagrante ou por ordem escrita⁹⁸.

O artigo 282, parágrafo 6º, traz que *a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).*

É o caráter excepcional da medida.

É preciso ressaltar que com a edição da Lei número 12.403/11 houve modificação do artigo 310 do Código de Processo Penal⁹⁹, fazendo com que a

⁹⁵ É a redação original do artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

⁹⁶ CONVENÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS – PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA, disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>, acessado em 04-11-2013, às 16h35.

⁹⁷ DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, disponível em http://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_dos_Direitos_do_Homem_e_do_Cidad%C3%A3o, acessado em 21 de março de 2013, às 13h55

⁹⁸ Vale aqui a ressalva de que neste trabalho não trataremos de transgressões militares ou qualquer outro crime militar. Qualquer que seja a forma (flagrante ou ordem escrita) a prisão será cautelar. Sendo assim não há qualquer empecilho face ao princípio da não-culpabilidade.

⁹⁹ CPP, Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas

autoridade judiciária ao receber o auto de prisão em flagrante relaxe-a, se ilegal, o converta em prisão preventiva, quando presentes seus requisitos ou conceda liberdade provisória, com ou sem fiança.

Tal modificação foi muito importante para a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, vez que anteriormente, ficava-se preso em flagrante, sem qualquer decisão que determinasse o acautelamento. O que fazia com que continuasse a prisão provisória era o simples fato do flagrante.

Importante ainda frisar que o artigo em questão, trouxe no inciso II, de forma expressa, a excepcionalidade da medida prisão, como último instrumento que deve ser utilizado, somente quando as demais cautelares forem inadequadas ou insuficientes, para evitar o que Ferrajoli¹⁰⁰ chama de *crise e degeneração da prisão cautelar pelo mau uso*.

Entende ainda Ferrajoli que a prisão cautelar é uma pena processual, em que primeiro se castiga e depois se processa, atuando com caráter de prevenção geral e especial e retribuição ao mal cometido. Se fosse verdade que as prisões cautelares não têm natureza punitiva, deveriam ser cumpridas em instituições especiais, com suficientes comodidades e não como atualmente, em que o preso está em situação pior do que o preso definitivo¹⁰¹, pois este pode estar no regime semiaberto, por exemplo, e contar com albergue ou saídas temporárias.

Este caráter excepcional deve ser encarado junto com a presunção de inocência e a dignidade humana, princípios fundamentais para efetivação do Estado Democrático de Direito.

Com a nova redação trazida pela Lei número 12.403/2011 surgiram alguns outros requisitos para a decretação da prisão em flagrante, que devem ser lidos como acréscimos aos requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal¹⁰².

cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

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

¹⁰⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 776 e seguintes.

¹⁰¹ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 776 e seguintes.

¹⁰² CPP, Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de

Algumas dessas regras estão inseridas no artigo 313 do Código de Processo Penal:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

IV - (revogado). (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

Assim, somente poderá ocorrer decretação da prisão preventiva em caso de crime doloso, com pena privativa de liberdade prevista, em abstrato, acima de 4 anos; em caso de reincidência em crime doloso ou se for crime que envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

A tais requisitos devem ser acrescidos ainda a necessidade e adequação da medida cautelar, previsto no artigo 282 do Código de Processo penal. É o princípio da intervenção mínima na esfera de liberdade do sujeito.

As medidas restritivas dos direitos fundamentais devem ser proporcionais ao fim visado e jamais atingirem a substância do direito, pois o estado deve se pautar por critérios de necessidade, proporcionalidade e razoabilidade para proferir suas decisões¹⁰³.

Apesar da inclusão dos requisitos necessidade e adequação para decretação de uma medida cautelar na seara processual penal ser recente, datando de 2011, há anos a doutrina vinha reclamando tais requisitos.

Para Weber Batista,

descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4o).

¹⁰³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 267.

O que se observa é que a prisão é contraproducente só deve ser usada como último recurso e, somente quando nenhum outro meio for adequado. A pedra de toque da liberdade provisória é a necessidade¹⁰⁴ da medida coercitiva mais grave, pois sempre que possível, a prisão provisória deve ser substituída por providências cautelares menos graves¹⁰⁵.

Já se falou neste texto, mas vale repetir, que não se pretende trazer argumento contra as prisões cautelares. As mesmas devem ocorrer, mas somente quando preenchidos seus requisitos. A prisão provisória não possui qualquer confrontação com o princípio constitucional da não-culpabilidade. O que se pretende é mostrar que deve o magistrado analisar a presença dos requisitos legais no caso concreto, atento quanto necessidade e adequação da medida, observando se as demais cautelares, distintas do encarceramento, não podem substituir a prisão. Desta forma o juiz no momento de conceder ou não a tutela pleiteada deverá nortear-se pela gravidade da medida (e não gravidade do delito) e a finalidade pretendida, considerando sempre que a regra é a inocência do acusado, devendo restar comprovado nos autos a necessidade da prisão. Servem as cautelares para o processo.

A prisão não pode, em hipótese alguma, ser utilizada como instrumento de antecipação da pena. Se assim feito desrespeitado estará o princípio da presunção de inocência, consignado em nossa Carta Magna e em tratados internacionais recepcionados pelo Brasil.

Inadmissível a argumentação de que a prisão preventiva *lato sensu* deve ser utilizada como meio de combate ao crime, como forma de estabilização social ou redução de criminalidade. Sua cautelaridade faz com que ela sirva somente ao processo, e não como forma de defesa da comunidade.

Políticas públicas sérias é que reduzem a criminalidade.

Não é a intervenção estatal, após o crime já ocorrido, que vai reduzir a criminalidade neste país. Argumentos de *Tolerância Zero* não possuem fundamentos e são inadmissíveis num Estado Democrático, até mesmo porque ineficazes. Combater violência com violência não é solução.

Nestes termos é que a prisão cautelar tem requisitos e fundamentos sólidos para que limite à arbitrariedade estatal (visão garantista). É necessário se faça

¹⁰⁴ Sem destaque no texto original das expressões adequado e necessidade.

¹⁰⁵ BATISTA, Weber Martins. *Liberdade provisória*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 25-40.

presente a materialidade e indícios suficientes de autoria, *fumus commissi delicti*. Ainda necessário se faz a presença de um fundamento da prisão cautelar, o *periculum libertatis*, demonstrando a existência de perigo concreto de fuga, perigo na liberdade do agente, perigo de destruição de provas, dentre outros elementos delineados no artigo 312 do Código de Processo Penal.

A prisão tem caráter excepcional, devendo ser vista sempre com a presunção de inocência.

Para Aury Lopes Jr,

A excepcionalidade deve ser lida em conjunto com a presunção de inocência, constituindo um princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que para isso tenhamos que tolerar a impunidade de algum culpado, pois tão grande como é a ameaça dos delitos o é o das penas arbitrárias¹⁰⁶.

Como medida processual a cautelar não pode representar uma antecipação da pena, pois, o réu enquanto não há trânsito em julgado, continua presumivelmente inocente.

Valorará o juiz se os elementos justificam a gravidade das conseqüências do ato prisional, a estigmatização jurídica e social que sofrerá o agente e todos os outros fatores que devem ser levados em conta contra e a favor da medida. Ponderará em termos de necessidade, adequação e proporcionalidade.

Em face da não culpabilidade presumida, ocorre uma forte alteração na natureza processual, relativamente ao que ocorria na época inquisitorial. Principal corolário do princípio exposto é que incumbe à acusação a prova da autoria. Em hipótese alguma tem o agente que demonstrar sua inocência. O que existe, evidentemente, é uma faculdade. Esta prova de culpabilidade cabe somente à acusação.

Desde a promulgação da Carta Constitucional de 1988 o dispositivo processual que determinava que o silêncio do réu poderia ser interpretado contra ele estava não recepcionado¹⁰⁷, não obstante insistentes vozes que buscavam sua aplicação.

A faculdade de não falar em juízo está consagrada no artigo 5º, LXIII da

¹⁰⁶ LOPES, Aury Jr. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista*. Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 2005, p. 199.

¹⁰⁷ Atualmente já não pairam dúvidas pois a Lei número 10.792/2003 alterou o artigo 186 do CPP desfazendo de vez a presunção absurda de culpa antes existente no nosso código.

Carta Magna¹⁰⁸. Não se poderia esperar que o acusado estando frente a uma condenação desejasse ou aceitasse dizer a verdade, colocando-se em risco.

Inadmissível fundamentar que o silêncio importa em presunção de culpa e, portanto, deve ficar preso.

Segundo Aury Lopes Jr.¹⁰⁹,

As prisões cautelares estão excessivamente banalizadas, a ponto de primeiro se prender para depois ir atrás do suporte probatório que legitime a medida. Além do mais, está consagrado o absurdo primado das hipóteses sobre os fatos, pois prende-se para investigar, quando, na verdade, primeiro deveria investigar, diligenciar, e somente após prender, uma vez que suficientemente demonstrados o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.

Apesar de tudo o que foi demonstrado acima, as prisões cautelares estão sendo utilizadas como medidas de urgência, para atender a opinião pública, aos programas televisivos sensacionalistas, com a ilusão de justiça imediata. Somente será punido aquele que estiver preso preventivamente. Passa-se uma falsa impressão de que há eficiência da *justiça* se o agente ficar solto.

Com isso, o que foi concebido para ser excepcional tornou-se instrumento de uso comum e ordinário.

A sensação de impunidade não está em penas pequenas, mas na demora em que elas são aplicadas. *O Judiciário, ao invés de almoçar bem e matar a fome, fica fazendo lanchinho, porque é mais rápido e gostoso, mas é péssimo para saúde e não mata a fome corretamente.* A medida cautelar de prisão serve para dar satisfação a sociedade uma vez que o Judiciário não consegue julgar. O povo quer ver os delinquentes condenados e o Judiciário deveria fazer isso de forma célere, sobre o crivo do contraditório, respeitando e resguardando todos os direitos e garantias fundamentais do cidadão. Como não consegue, fica lutando para manter seu *poder*, e cada vez mais se afasta do povo, vez que as prisões provisórias são uma resposta fraca, barata, uma pseudo-satisfação à sociedade. O problema nunca é resolvido, processos se arrastam por anos, sendo morosa a prestação jurisdicional, gerando uma sensação de impunidade¹¹⁰. Tal fato é que faz com que a sociedade aceite a prisão cautelar como medida de *justiça imediata*.

¹⁰⁸ CF, artigo 5º, LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado

¹⁰⁹ LOPES JÚNIOR. Aury. (*Prisões Cautelares*), São Paulo: Saraiva, 2013, p. 43.

¹¹⁰ Tal pensamento é oriundo de discussões com um aluno do oitavo período (semestre 2.2013) do curso de Direito das Faculdades Doctum de Leopoldina, de nome Wesley José de Oliveira.

Num Estado Democrático de Direito a pena somente pode ser aplicada após sentença penal condenatória transitada em julgado. É previsão constitucional, dentre os direitos e garantias fundamentais.

Somente após o processo e em virtude dele que alguém pode cumprir pena. A prisão cautelar não tem tal fundamento e não podemos admitir que seja utilizada em desconformidade com o texto constitucional.

Assim, passasse agora a descrever os fundamentos legais insertos no artigo 312 do Código de Processo Penal que fundamentam a decretação da prisão preventiva, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria¹¹¹, além da presença dos demais requisitos demonstrados.

2.3.1

Garantia da Ordem Pública

Tormentosa é a conceituação do requisito ordem pública prevista no artigo 312 do Código de Processo Penal¹¹².

A Lei número 12.403/2011 nada evoluiu no sentido de solucionar o conceito.

No ordenamento jurídico inexistente conceito da expressão *perigo à ordem pública*.

Tal requisito não objetiva prisão para proteção do processo. Objetiva proteger a sociedade, a coletividade.

Para Aury Lopes Jr.,

Grave problema encerra ainda a prisão para garantia da ordem pública, pois se trata de um conceito vago, impreciso, indeterminado e despidido de qualquer referencial semântico. Sua origem remonta à Alemanha da década de 30, período em que o nazifascismo buscava exatamente isso: uma autorização geral e aberta para prender. Até hoje, ainda que de forma mais dissimulada, tem servido a diferentes senhores, adeptos aos discursos autoritários e utilitaristas, que tão

¹¹¹ Sabe não existir juízo de certeza em matéria penal antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Entretanto esses indícios suficientes de autoria devem demonstrar uma probabilidade razoável de certeza. Tem que existir uma probabilidade, uma verossimilhança, de autoria, devendo inclusive o Magistrado fazer uma análise sobre tipicidade e antijuridicidade (CPP, Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal), pois se o fato não for típico nem antijurídico, certamente não deverá decretar a prisão cautelar, vez que a cautelar seria mais grave que o provimento judicial final (sentença).

¹¹² CPP, Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria(...).

‘bem’ sabem utilizar dessas cláusulas genéricas e indeterminadas do Direito para fazer valer seus atos prepotentes¹¹³.

Há de considerar que clamor social, periculosidade em abstrato do delito e grande pressão da mídia não estão inseridos no conceito de ordem pública, mesmo considerando toda a amplitude conceitual da expressão.

Programas televisivos fazem da dor da vítima ou de sua família o meio de conseguir audiência e *merchandiser*. Incitam a população contra o desviante, com argumentos de que somente a prisão imediata seria a solução para redução da violência, como se prisão cautelar fosse prisão pena. Tratam a prisão (que sabe-se ser exceção) como medida extremamente necessária para garantir a punição e solução do crime, como se fosse uma vingança privada.

Delmanto, assevera que a decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública,

é de se esclarecer, porém, ser indisfarçável nesses termos a prisão preventiva se distancia de seu caráter instrumental – de tutela do bom andamento do processo e da eficácia de seu resultado – insito a toda e qualquer medida cautelar, servindo de instrumento de justiça sumária, vingança social etc¹¹⁴.

Tenta-se reduzir a violência através da violência.

O desviante, que juridicamente é presumidamente inocente, é tido como condenado, sem qualquer direito ou dignidade. É um monstro, um animal.

Dizem que deve ser preso a partir da gravidade abstrata do crime, reclamando a sociedade por uma solução imediata para a situação e que a não prisão é impunidade.

Luís Fernando de Moraes Manzano, quando fala dos requisitos para a decretação da prisão preventiva, tratando especificamente da garantia da ordem pública, faz a seguinte ressalva:

O conceito, contudo, é fluido, e conforta decisões muitas vezes repudiadas pela doutrina e pelos tribunais, como é o caso da que decreta a prisão preventiva em razão da simples gravidade, em abstrato, do crime, decorrente de sua natureza (roubo extorsão, e assim por diante)¹¹⁵.

¹¹³ LOPES JÚNIOR, Aury. (*Prisões Cautelares*), São Paulo: Saraiva, 2013, p. 108-109.

¹¹⁴ DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 156.

¹¹⁵ MANZANO, Luís Fernando de Moraes, *Curso de Processo Penal*, 1ª ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 468.

Para Tourinho Filho¹¹⁶,

Ordem pública é expressão de conceito indeterminado, por demais fluida, sem qualquer consistência. Normalmente, entende-se por *ordem pública* a paz, a tranquilidade do meio social. Assim, se o indiciado ou réu estiver cometendo novas infrações penais, sem que se consiga surpreendê-lo em estado de flagrância; se estiver fazendo apologia de crime, ou incitando ao crime, ou se reunindo em quadrilha ou bando, haverá perturbação da ordem pública. Diga-se contudo, uma prisão por esse motivo não tem a menor intimidade com o processo penal, não apresentando caráter cautelar como exigido. Ademais, a medida extrema fica ao sabor da maior ou menor sensibilidade do Magistrado, de ideias preconcebidas a respeito de pessoas, de suas concepções religiosas, sociais, morais, políticas que o fazem guardar tendências que o orientam inconscientemente em suas decisões (...) “Ordem pública” é fundamento geralmente invocável, sob diversos pretextos, para se decretar a preventiva, fazendo-se total abstração de que esta é uma coação cautelar e, sem cautelaridade, não se admite, à luz da Constituição, prisão provisória (...) E como sabe o Juiz que a ordem pública está perturbada, a não ser pelo noticiário? Os jornais, sempre que ocorre um crime, o noticiam. E não é pelo fato de a notícia ser mais ou menos extensa que pode caracterizar “perturbação da ordem pública”, sob pena de essa circunstância ficar a critério da mídia... Na maior parte das vezes, é o próprio Juiz ou o órgão do Ministério Público que, como verdadeiros “sismógrafos”, mensuram e valoram a conduta criminoso proclamando a necessidade de “garantir a ordem pública”, sem nenhum, absolutamente nenhum elemento de fato, tudo ao sabor de preconceitos e da maior ou menor sensibilidade desses operados da Justiça. E a prisão preventiva, nesses casos, não passará de uma execução sumária. Decisão dessa natureza é eminentemente bastarda, malferindo a Constituição da República. O réu é condenado antes de ser julgado. E se for absolvido? Ainda que haja alguma indenização, o anátema cruel da prisão injusta ficará indelével para ele, sua família e o círculo da sua amizade.

Assim, segundo Tourinho Filho, ordem pública é a paz, a tranquilidade do meio social.

Segundo Paulo Rangel,

Por *ordem pública*, devem-se entender a paz e a tranquilidade social, que devem existir no seio da comunidade, com todas as pessoas vivendo em perfeita harmonia, sem que haja qualquer comportamento divorciado do *modus vivendi* em sociedade. Assim, se o indiciado ou acusado em liberdade continuar a praticar ilícitos penais, haverá perturbação da ordem pública, e a medida extrema e necessária se estiverem presentes os demais requisitos legais¹¹⁷.

Fica patente que para estar em risco a ordem pública, deverá o agente concretamente *continuar praticando ilícitos* e não a mera alegação geral de que coloca em risco.

Segundo Pacelli

A expressão *garantia da ordem pública*, todavia, é de difícil definição. Pode

¹¹⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 672-673.

¹¹⁷ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, São Paulo: Atlas, 2013, p. 796.

prestar-se a justificar um perigoso controle da vida social, no ponto em se arrima na noção de ordem, e pública, em qualquer referência ao que seja efetividade e desordem.

O Direito português, por exemplo, desce a detalhes para esclarecer os requisitos necessários à imposição de quaisquer medidas cautelares, entre as quais poderíamos incluir a prisão preventiva para garantir a ordem pública¹¹⁸.

Devemos afastar qualquer juízo antecipatório acerca do risco ou perigo de novos crimes.

A dignidade da pessoa humana e a presunção de inocência são princípios indissociáveis e irrenunciáveis do Estado Democrático de Direito.

Nossa jurisprudência não firmou um conceito sólido para a expressão garantia da ordem pública. Entretanto a periculosidade do réu tem sido apontada como o fator preponderante para a custódia cautelar. Sabe-se que o conceito de ordem pública não visa a prevenir a reprodução de fatos delituosos, conforme já falado neste trabalho, mas por ser prisão cautelar deve ser garantia para o processo, vez que provisória.

Para Guilherme Nucci, *ordem pública*, “é a indispensabilidade de se manter a ordem na sociedade, que como regra é abalada pela prática de um delito”. Prossegue que numa interpretação mais extensiva, a ordem pública deve ser visualizada pelo trinômio: *gravidade da infração + repercussão social + periculosidade do agente*¹¹⁹.

Ousa-se discordar de Guilherme Nucci, vez que além destes requisitos acima não se pode deixar de analisar a necessidade/adequação da cautelar ao caso concreto, pois deixar que a gravidade, a repercussão social e periculosidade do agente possam, por si só, ser garantidores da ordem pública é atuar fora dos ditames legais.

O conceito de ordem pública deve ter uma interpretação restritiva, relacionada a concretude do caso analisado.

Não basta o magistrado repetir a expressão que o acusado, réu ou investigado *coloca em risco a ordem pública*. Agindo assim estará a decisão ausente de fundamentação.

Ao se analisar o risco à ordem pública, deve-se analisar, concretamente, o *periculum libertatis*.

¹¹⁸ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*, São Paulo: Atlas, 2013, p 556-557.

¹¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 605.

Assim

Toda decisão determinando a prisão do sujeito passivo deve estar calcada em um fundado temor, jamais fruto de ilações ou criações fantasmagóricas de fuga (ou de qualquer dos outros perigos). Deve-se apresentar um fato claro, determinado, que justifique o *periculum libertatis*¹²⁰.

Está em risco a ordem pública se o indiciado, investigado ou réu estiver cometendo novas infrações penais, se estiver fazendo apologia ao crime, se reunindo em quadrilha ou bando, devendo ser demonstrado no decreto prisional a ocorrência em concreto, não mera abstração. Neste caso, estará sim em risco a ordem pública, sendo necessária e adequada a custódia cautelar.

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em decisão do 110132/São Paulo – SP, de 07-11-2012, relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, decidiu que

segundo remansosa jurisprudência desta Corte, não basta a gravidade do crime e a afirmação abstrata de que os réus oferecem perigo à sociedade e à saúde pública para justificar a imposição da prisão cautelar. Assim, o STF vem repelindo a prisão preventiva baseada apenas na gravidade do delito, na comoção social ou em eventual indignação popular dele decorrente, a exemplo do que se decidiu no HC 80.719/SP, relatado pelo Ministro Celso de Mello¹²¹.

Fica patente com esta decisão que o argumento trazido por Guilherme

¹²⁰ LOPES JÚNIOR. Aury. (*Prisões Cautelares*), São Paulo: Saraiva, 2013, p. 96.

¹²¹ Segue acórdão na íntegra: HABEAS CORPUS. PEDIDO DE EXTENSÃO DA ORDEM CONCENDIDA A CORRÉU. ART. 580 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INDEFERIMENTO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PEDIDO DE EXTENSÃO DEFERIDO. I – No caso sob exame, o indeferimento do pedido de liberdade provisória formulado pelo ora requerente também se fundou na necessidade de se preservar a ordem pública em razão da gravidade abstrata dos delitos e por conveniência da instrução criminal, fazendo-se alusão, ainda, à hediondez do crime de tráfico, fundamentos insuficientes para manter o requerente na prisão. II – Segundo remansosa jurisprudência desta Corte, não basta a gravidade do crime e a afirmação abstrata de que os réus oferecem perigo à sociedade e à saúde pública para justificar a imposição da prisão cautelar. Assim, o STF vem repelindo a prisão preventiva baseada apenas na gravidade do delito, na comoção social ou em eventual indignação popular dele decorrente, a exemplo do que se decidiu no HC 80.719/SP, relatado pelo Ministro Celso de Mello. III – Requerente que se encontra em situação fático-processual idêntica à do paciente beneficiado neste writ (Valdecir), pois ambos foram condenados pelos delitos de tráfico ilícito de drogas e associação para o tráfico, o que faz incidir o art. 580 do Código de Processo Penal. IV – Extensão da ordem concedida para colocar o ora requerente em liberdade provisória, devendo ser expedido o respectivo alvará de soltura somente se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que o magistrado de primeiro grau, caso entenda necessário, fixe, de forma fundamentada, uma ou mais de uma das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal (na redação conferida pela Lei 12.403/2011). HC 110132 / SP - SÃO PAULO SEGUNDA EXTENSÃO NO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI Julgamento: 16/10/2012 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação PROCESSO ELETRÔNICO DJe-220 DIVULG 07-11-2012 PUBLIC 08-11-2012 Parte(s) REQTE.(S): CILENO MARCOS DOS SANTOS ADV.(A/S): RINALDO DELMONDES.

Nucci não é o mais apropriado para nosso Estado de Direito.

A prisão sob o fundamento de risco à ordem pública deve ocorrer se existir um perigo concreto para a ordem pública, caso o agente permaneça solto. Não pode ser utilizada a prisão cautelar como pena, como justiça, como reparação do mal, como vingança.

Beccaria descreveu que *o acusado não deve ser encarcerado senão na medida em que for necessário para impedi-lo de fugir ou de ocultar as provas do crime*¹²².

Não pode o juiz trazer conceitos externos, não previstos legalmente, para justificar o decreto condenatório.

Para Sanguiné,

a privação da liberdade não pode ser a regra, mas constitui uma providência excepcional, as normas que regulam a prisão preventiva contém motivos taxativamente previstos (*numerus clausus*) e, por isso, devem ser interpretadas restritivamente, não podendo ser aplicadas por analogia, a não ser *in bonam partem*. As prisões cautelares submetem-se ao princípio da legalidade ou tipicidade processual (*nulla coactio sine lege*). A doutrina comparada firmou-se no sentido de que também no campo processual penal está vedada à analogia prejudicial ao acusado. Isso não significa que o recurso à analogia fique completamente vedado no direito processual penal, mas somente quando implique num enfraquecimento da posição ou numa diminuição dos direitos processuais do imputado (desfavorecimento do acusado, analogia *in malam partem*). O juiz não pode raciocinar por analogia ou preencher uma lacuna quando decide limitar a liberdade pessoal e deve cumprir o princípio da legalidade, assim como não pode criar em interpretação extensiva ou por analogia, os motivos da prisão preventiva¹²³.

A prisão preventiva, portanto, como toda prisão cautelar, deve ser decretada em estrita consonância com os requisitos previstos na legislação pertinente, sob pena de antecipar a prisão-pena, em flagrante violação, da dignidade da pessoa humana e da presunção de inocência.

Maria Ignez Lanzellotti Baldez Kato, afirma que

A prisão preventiva como garantia da ordem pública rompe com o princípio da legalidade, pelo seu conceito indefinido, subjetivo, vago e amplo. É exatamente nesse conceito de conteúdo ideológico que se verifica a possibilidade do exercício arbitrário das prisões, em desrespeito aos direitos fundamentais, tornando legítimas decisões injustas e ilegais¹²⁴.

¹²² BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*, Tradução Torrieri Guimarães, São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 58.

¹²³ SANGUINÉ, Odone. *A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, 2001, p. 29-31

¹²⁴ KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. *A (Des) razão da prisão provisória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 117.

Expressões prontas como *comoção social, periculosidade do réu, crime perverso, espalhafatos da mídia, credibilidade da justiça, idiossincrasia do Juiz por este ou aquele crime*¹²⁵, são expressões genéricas, que devem ser demonstradas no caso concreto. *O perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado deve ser real, com suporte fático e probatório suficiente para legitimar tão gravosa medida*¹²⁶.

O Supremo Tribunal Federal decidiu que

o clamor público não constitui fator de legitimação da privação cautelar da liberdade – O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, por si só, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. O clamor público – precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art. 312) – não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu, não sendo lícito pretender-se nessa matéria, por incabível, a aplicação analógica do que se contém no art. 323, V, do CPP, que concerne, exclusivamente, ao tema da fiança criminal¹²⁷.

Assim também vem decidindo o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

o clamor público", "a intranquilidade social" e o "aumento da criminalidade" não são suficientes à configuração do *periculum in mora*: são dados genéricos, sem qualquer conexão com o fato delituoso praticado pelo réu, logo não podem atingir as garantias processuais deste. Outrossim, o aumento da criminalidade se encarrega de multiplicá-los nas suas próprias excrescências. Assim, não é razoável que tais elementos – genéricos o suficiente para levar qualquer cidadão à cadeia - sejam valorados para determinar o encarceramento prematuro¹²⁸.

O julgador não pode deixar-se influenciar pelos programas apelativos para decidir, face a necessidade de ser garantista, resguardando todos os direitos fundamentais daquele que supostamente tenha cometido uma conduta contrária ao ordenamento jurídico.

O clamor público não pode servir como medida única para decretação da cautelar, mas apenas um referencial para seu exame, devendo levar em consideração a utilização nociva da exposição de delinquentes, em busca de mídia

¹²⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 672.

¹²⁶ LOPES JÚNIOR. Aury. (*Prisões Cautelares*), São Paulo: Saraiva, 2013, p. 96.

¹²⁷ Decisão do Supremo Tribunal Federal no HC N° 80379, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda turma, j. 18/12/2000, DJU 25/05/2001.

¹²⁸ Decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no HC n° 70005916929, Quinta Câmara Criminal, Relator Desembargador Amilton Bueno de Carvalho, J. 12/03/2003.

e audiência, manipulando a opinião pública, normalmente frequente em tais situações, quando o assunto diz respeito aos males (que são muitos) da criminalidade, cujas razões nunca são tratadas seriamente pelos meios informativos¹²⁹.

Fundamentar decisão segregatória de liberdade em defesa da maioria é contrariar princípios constitucionais fundamentais, que asseguram a dignidade e a presunção de inocência a todos os cidadãos, inclusive os desviantes.

Segundo Paulo Rangel,

O clamor público, no sentido da comunidade local revoltar-se contra o acusado e querer linchá-lo, não pode autorizar sua prisão preventiva. O Estado tem o dever de garantir a integridade física e mental do autor do fato-crime. Segregar, cautelarmente, o indivíduo a fim de assegurar sua integridade física, é transferir para o cerceamento de sua liberdade de locomoção a responsabilidade do Estado de manter a ordem e a paz no seio da sociedade, reconhecendo a incompetência dos poderes constituídos de atingir os fins sociais a que se destinam¹³⁰.

As prisões cautelares não são para *fazer justiça*, mas garantidoras do normal funcionamento da justiça por meio do processo penal de conhecimento. São instrumentos a serviço do processo¹³¹.

Para Ferrajoli

Se é verdade que os direitos dos cidadãos são ameaçados não só pelos delitos mas também pelas penas arbitrárias – que a presunção de inocência não é apenas uma garantia de liberdade, e de verdade, mas também uma garantia de segurança ou, se quisermos, de defesa social: da específica ‘segurança’ fornecida pelo Estado de direito e expressa pela confiança do cidadãos na justiça, e daquela específica ‘defesa’ destes contra o arbítrio punitivo¹³².

A decretação da prisão preventiva não pode ser fundamentada em mera suposição ou indicações que se solto voltará a delinquir. Deve vir sustentada em concretude, demonstrando a adequação e necessidade da medida.

Ao falar em *solto voltará a delinquir*, está-se diante da chamada *futurologia perigosista*.

Segundo Amilton Bueno de Carvalho,

A futurologia perigosista, reflexo da absorção do aparato teórico da Escola Positiva – que, desde muito, têm demonstrado seus efeitos nefastos: excessos punitivos de regimes políticos totalitários, estigmatização e marginalização de

¹²⁹ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*, São Paulo: Atlas, 2013, p. 560.

¹³⁰ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, São Paulo: Atlas, 2013, p. 796-797.

¹³¹ LOPES JÚNIOR, Aury. (*Prisões Cautelares*), São Paulo: Saraiva, 2013, p. 108.

¹³² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 506.

determinadas classes sociais (alvo do controle punitivo) – tem acarretado a proliferação de regras e técnicas vagas e ilegítimas de controle social no sistema punitivo, onde o sujeito – considerado como portador de uma perigosidade social da qual não pode subtrair-se – torna-se presa fácil ao aniquilante sistema de exclusão social.

A ordem pública, requisito legal amplo, aberto e carente de sólidos critérios de constatação (fruto desta ideologia perigosista) – portanto antidemocrático –, facilmente enquadrável a qualquer situação, é aqui genérica e abstratamente invocada – mera repetição da lei –, já que nenhum dado fático, objetivo e concreto, há a sustentá-la. Fundamento prisional genérico, anti-garantista, insuficiente, portanto!

A gravidade do delito, por si só, também não sustenta o cárcere extemporâneo: ausente previsão constitucional e legal de prisão automática por qualquer espécie delitiva. Necessária, e sempre, a presença dos requisitos legais.¹³³

A citação acima é da ementa de um *Habeas Corpus*. Para enriquecimento do trabalho, e corroboração da necessidade dos requisitos acima descritos, traz-se a rol o inteiro teor do voto:

Na primeira, tem-se como fundamento do decreto prisional a necessidade de garantia da ordem pública ancorada, exclusivamente, na futura probabilidade de cometimento de novos delitos. Ora, a futurologia perigosista é prática oriunda de ideologias intolerantes que, desde muito, têm demonstrado seus efeitos nefastos: excessos punitivos de regimes políticos totalitários, estigmatização e marginalização de determinadas classes sociais (alvo do controle punitivo)... .

O instituto da periculosidade, reflexo da absorção do aparato teórico da Escola Positiva, fundado em bases ocultas de manutenção de determinadas estruturas de poder, tem acarretado a proliferação de regras e técnicas vagas e ilegítimas de controle social no sistema punitivo, onde o sujeito – considerado como portador de uma perigosidade social da qual não pode subtrair-se – torna-se presa fácil ao aniquilante sistema de exclusão social.

Zaffaroni, ao censurar o prognóstico de perigosidade nominando-o de "perigosómetro" considera que "una de las pretensiones más ambiciosas de esta criminología etiológica individual equívoca fue la de hacer realidad el viejo sueño positivista: medir la peligrosidad". Segundo o autor a medição se dá partir da análise da reincidência, quando se "construye una tabla, se suman las causas presentes y ausentes en cada caso futuro y se obtiene el porcentaje, o bien se asigna un número de puntos a cada 'causa' y se suman los puntos aunque hubo algunos más complicados" (Zaffaroni, Eugenio Raul. "Criminología: Aproximación desde un margen", p. 244).

Vê-se que desde a definição de temibilidade, delineada por Garofalo, não houve avanços significativos no sentido de fixar um conceito ao instituto podendo – sinteticamente, a partir das definições já lhe conferidas por diversos autores – ser resumido nos seguintes termos: tendência ou "probabilidade" de que um indivíduo cometa ou torne a cometer um crime.

A recepção deste pressuposto nos sistemas punitivos latino-americanos levou pobres, reincidentes, alcoólatras, mendigos, vagabundos e deficientes mentais a serem o alvo histórico das medidas preventivas de controle social. Tosca Hernandez A. em análise crítica, desvelando o a ideologia sustentadora do

¹³³ Decisão da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Habeas Corpus : Nº 70006140693, Impetrante : C.W.R. Paciente : F.E.S. Coatora : Juíza de Direito da 1ª Vara Criminal do Foro regional Petrópolis da Comarca de Porto Alegre – RS, julgamento em 12/03/2003

conceito de perigosidade social, na Venezuela das décadas de 30 a 70, salienta que “la función ideológica de la noción peligrosidad social es la de justificar los nuevos mecanismos de control social, ocultando lo represivo en ellos, para así extenderlos a conductas consideradas como “no delictivas” y a sujetos sentenciados por delitos. Tipo y número de conductas (o estados orgánicos) abiertas a lo necesario ideológicamente de considerar como ‘anormalidad individual’, para la justificación y preservación de un sistema social histórico determinado. (A Tosca Hernandez. “La Ideologización del Delito y de la Pena”. Caracas: Imprensa Universitária, 1997, p. 32)”

No caso em tela, observa-se a sobrevivência desta velha e malfadada periculosidade social que – inobstante o decorrer dos tempos e a evolução do Direito – ainda se presta, a justificar sistemas e práticas punitivas severas e anti-seculares de neutralização de toda a ordem de insatisfeitos e inadequados aos padrões sociais do poder dominante.

A ordem pública, requisito legal amplo, aberto e carente de sólidos critérios de constatação (fruto desta ideologia perigosista) – portanto antidemocrático –, facilmente enquadrável a qualquer situação, é aqui genérica e abstratamente invocada – mera repetição da lei –, já que nenhum dado fático, objetivo e concreto, há a sustentá-la. No caso, nada indica que o crime tenha abalado a sociedade de Porto Alegre.

Assim, o delito de roubo – crime como tantos outros previstos no Código Penal – por si só, não alcança abalo à ordem. Aliás, a indagação lateja: o que é abalar à ordem pública?

Decreto mal fundamentado, genérico, insuficiente, anti-garantista, pois!

E diante de situações como esta já me posicionei em outros julgados. É o que se vê do texto da seguinte ementa:

habeas corpus. prisão preventiva. Requisitos do art. 312, do CPP. *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. clamor público. inadmissibilidade à prisão.

- Toda espécie de prisão provisória, enquanto espetacular exceção ao princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF), exige a satisfação dos requisitos gerais em matéria cautelar, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. O primeiro encontra-se consubstanciado nos indícios de autoria e prova da materialidade (concomitantemente), ao passo que o segundo pode se manifestar na necessidade de garantir a ordem pública (ou econômica), assegurar a aplicação da lei penal ou, ainda, por conveniência da instrução criminal (ao menos uma destas hipóteses deve estar presente).

- O “clamor público”, a “intranqüilidade social” e o “aumento da criminalidade” não são suficientes à configuração do *periculum in mora*: são dados genéricos, sem qualquer conexão com o fato delituoso praticado pelo réu, logo não podem atingir as garantias processuais deste. Outrossim, o aumento da criminalidade e o clamor público são frutos da estrutura social vigente, que se encarrega de os multiplicar nas suas próprias excrescências. Assim, não é razoável que tais elementos – genéricos o suficiente para levar qualquer cidadão à cadeia – sejam valorados para determinar o encarceramento prematuro.

- A gravidade do delito, por si-só, também não justifica a imposição da segregação cautelar, seja porque a lei penal não prevê prisão provisória automática para nenhuma espécie delitiva (e nem o poderia porque a Constituição não permite), seja porque não desobriga o atendimento dos requisitos legais em caso algum. (apelação-crime 70006140693, j. em 12/03/2003).

Mais. A gravidade do delito – fundamento da segunda decisão (fl. 41) –, por si-só, não autoriza a medida odiosa. Eis a jurisprudência:

“...III – Prisão preventiva: à falta da demonstração em concreto do *periculum libertatis* do acusado, nem a gravidade abstrata do crime imputado, ainda que qualificado de hediondo, nem a reprovabilidade do fato, nem o conseqüente clamor público constituem motivos idôneos à prisão preventiva: traduzem sim

mal disfarçada nostalgia da extinta prisão preventiva obrigatória.” (Habeas corpus n.º 79.200 – BA -, Primeira Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, in Revista Trimestral de Jurisprudência, STF, vol. 172, pág. 184, abril de 2000) – Grifei.

Para além das questões acima expostas, é forte a possibilidade de a condenação alcançar tentativa, com a não-prisão do agente. Mais, o acusado sequer antecedentes possui.

Em suma: fundamentação deficiente e réu primário com direito, portanto, a responder processo em liberdade.

Diante do exposto, concede-se a ordem. Expeça-se alvará de soltura se por outro motivo não estiver preso.

DES. ARAMIS NASSIF – De acordo.

DES. LUÍS GONZAGA DA SILVA MOURA – De acordo.

Vê-se que o argumento de que *se solto voltará a delinquir* é um argumento autoritário, inadmissível no Estado Democrático de Direito, que possui no texto da Constituição como única presunção admissível a de inocência.

Lado outro, reforça nossa ideia de que deverá ser demonstrado, no caso concreto, a existência do *periculum libertatis*. A simples citação genérica do perigo, não fundamenta decreto prisional. Deve ser um perigo concreto, com demonstração probatória capaz de sustentar o decreto prisional. Deve trazer um receio real da liberdade, não sendo admissíveis presunções infundadas.

Segundo voto do Ministro Eros Grau,

A custódia cautelar voltada à garantia da ordem pública não pode, igualmente, ser decretada com esteio em mera suposição – vocábulo abundantemente usado na decisão que o decretou – de que o paciente obstruirá as investigações ou continuará delinqüindo. Seria indispensável, também aí, a indicação de elementos concretos que demonstrassem, cabalmente, a necessidade da medida extrema¹³⁴.

A *futorologia perigosista* pressupõe critérios sujeitos, voltados para prevenção de condutas que sequer podem acontecer. Ninguém pode ser privado de sua liberdade por mera presunção, sem qualquer demonstração de concretude. Fere, claramente, a presunção de inocência, garantida constitucionalmente.

Para Salo de Carvalho

a subjetivação do delito e da pena conforma estruturas penais de autor que comprometem não apenas a estrita legalidade, mas também a estrita jurisdicionalidade, pois *confiado a critérios arbitrários de avaliação da anormalidade ou da periculosidade do réu, o que inevitavelmente frustra o conjunto das garantias processuais*. Não obstante, advoga que *a interioridade de um homem – o seu caráter, a sua moralidade, os seus precedentes penais, as suas inclinações psico-físicas – não deve interessar ao direito penal senão para daí*

¹³⁴ Fragmento do voto exarado pelo Ministro Eros Grau no HC 95.009-4/SP, 18.12.2008. Somente para ilustrar a leitura, esse HC é o famoso HC DANIEL DANTAS. Eros Grau foi o relator do HC que teve a liminar concedida pelo Ministro Gilmar Mendes.

induzir o grau de culpabilidade das suas ações criminosas. Compreendese que num sistema garantista assim configurado, não encontrem espaço nem a categoria periculosidade, nem outras tipologias subjetivas ou de autor elaboradas pela criminologia antropológica e pela criminologia eticista, como capacidade criminal, reincidência, tendência a delinquir, imoralidade e semelhantes(...) . Fundar um regime jurídico sob a égide da periculosidade representa, como sustenta Ferrajoli, verdadeira ‘monstruosidade jurídica’ porque tal juízo é um prognóstico judicial em si mesmo arbitrário, pois resoluto em decisões potestativas desvinculadas de qualquer parâmetro processual válido. Outrossim, contradiz abertamente o principal postulado do processo acusatório (princípio da presunção de inocência), consolidando funções de polícia à acusação pública. Portanto, tal estrutura determina un poder en blanco en cabeza de los inquisidores, de hecho ilimitado e incontrolable, completamente incompatible con el modelo garantizador de la jurisdicción penal¹³⁵.

É certo que os juízos de periculosidade estabelecem uma situação de fato inverificável e processualmente improvável pela impossibilidade de experimentação. No interior do modelo de garantias, as hipóteses processuais devem ser baseadas em juízos verdadeiros e/ou falsos, probatoriamente demonstrados. Os termos como periculosidade, personalidade, antecedentes e conduta social tornam o ato jurisdicional extremamente arbitrário. Fere a taxatividade, principal garantia do direito e do processo penal por estabelecer variáveis e limites à interpretação da norma e à atuação processual¹³⁶.

Pelo que foi demonstrado acima, grande é a controvérsia na conceituação de ordem pública. Apesar de ser um conceito aberto, não há como atrelar ao mesmo a pressão popular, à gravidade abstrata¹³⁷ ou ausência de demonstração concreta do perigo que representa a liberdade. Não basta a afirmação de que solto voltará a delinquir (*futurologia perigosista*). Deve-se demonstrar na concretude do caso o *quantum* é o risco da regra liberdade, para admissão da exceção prisão.

Vale trazer o que foi dito por Aury Lopes:

A prisão para garantia da ordem pública sob o argumento de ‘perigo de reiteração’ bem reflete o anseio mítico por um Direito Penal do futuro, que nos proteja do que pode (ou não) vir a ocorrer. Nem o Direito Penal, menos ainda o processo, está legitimado à pseudotutela do futuro (que é aberto, indeterminado, imprevisível). Além de inexistir um periculosômetro (tomando emprestada a expressão de Zaffaroni, é um argumento inquisitório, pois irrefutável. Como provar que amanhã, se permanecer solto, não cometerei um crime? Uma prova impossível de ser feita, tão impossível quanto a afirmação de que amanhã eu o

¹³⁵ CARVALHO, Salo. *Penas e Garantias*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008, p. 137-138.

¹³⁶ CARVALHO, Salo. *Op. cit.*, p. 138.

¹³⁷ Assim já foi decidido pelo STJ: “A gravidade do delito, por si só, não é razão suficiente para autorizar a custódia cautelar” (STJ, HC 29.888/SP). “O clamor público, inerente ao repúdio que a sociedade confere à prática criminosa, não é bastante, por si só, para fazer presente o *periculum libertatis* e justificar a prisão preventiva” (STJ HC 33.770/BA).

praticarei. Trata-se de recusar o papel de juízes videntes, pois ainda não equiparam os foros brasileiros com bolas de cristal...¹³⁸

No terceiro capítulo serão trazidas as críticas às decisões que decretam a custódia cautelar de forma diversa da proposta neste trabalho.

2.3.2

Garantia da Ordem Econômica

Outro requisito para que possa ser decretada a custódia preventiva descrito no artigo 312 do Código de Processo Penal é a prisão como garantia da ordem econômica. Somente atinge crimes que causar perturbação à ordem econômica.

Tal requisito foi incluído no Código de Processo Penal pela Lei número 8.884/94, artigo 86, Lei Antitruste¹³⁹.

Assim como o que foi dito no item acima, a prisão para garantia da ordem econômica não serve ao processo.

Objetiva o legislador com a possibilidade de acautelamento provisório por risco à ordem econômica manter a tranquilidade e harmonia do sistema financeiro/tributário nacional. Quis o legislador permitir a prisão do autor do fato-crime que perturbasse o livre exercício da atividade econômica, que esteja agindo com abuso do poder econômico, com objetivos de dominação de mercados, visando eliminar a concorrência e aumento indiscriminado da lucratividade¹⁴⁰.

Normalmente os autores representam grandes corporações que com manobras complexas, conseguem evasão de receitas, lavagem de capital, com utilização de empresas de fachada, entre outras técnicas.

Estará em risco a ordem econômica quando houver práticas de crimes que geram grandes perdas financeiras ou coloque em risco a credibilidade e o funcionamento do sistema financeiro ou mesmo o mercado de ações e valores¹⁴¹.

Entretanto, a melhor solução para evitar crimes fraudulentos contra a ordem econômica seria a indisponibilidade patrimonial ou afastamento da gestão

¹³⁸ LOPES JÚNIOR. Aury. (*Prisões Cautelares*), São Paulo: Saraiva, 2013, p. 115.

¹³⁹ Somente a título de curiosidade, praticamente toda a Lei número 8.884/94 foi revogada pela Lei número 12.529/2011, permanecendo, infelizmente, o artigo 86, que incluiu ordem econômica do artigo 312 do Código de Processo Penal.

¹⁴⁰ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, São Paulo: Atlas, 2013, p. 797.

¹⁴¹ LOPES JÚNIOR. Aury. (*Prisões Cautelares*), São Paulo: Saraiva, 2013, p. 94.

empresarial, provisoriamente¹⁴², do acusado/denunciado. A cautelar não tem como inibir a ganância dos agentes que cometem tais crimes. Somente com privação/indisponibilidade patrimonial, de forma efetiva, haveria a tão sonhada resposta à sociedade, pois quem comete tais crimes objetiva enriquecimento. Se o Estado consegue meios de impedir tal enriquecimento, acredita-se que diminuirão os interessados em infringir a legislação. Soma-se ainda um trabalho forte e efetivo para evitar a evasão dos valores e bens para paraísos fiscais. Com esse somatório de atitudes, as possibilidades de sucesso na empreitada criminosa são diminuídas.

O fechamento do estabelecimento das sociedades empresárias ou a suspensão de atuação por determinado tempo também teria melhor eficácia que o acautelamento provisório. *Para o ganancioso, para o industrial ou comerciante que só tem em vista o lucro, para esses Shylock¹⁴³ da vida, meter-lhes a mão no bolso é pior que a prisão¹⁴⁴.*

A prisão provisória do agente, como meio cautelar apenas, em momento algum auxiliaria na apuração das provas e muito menos no ressarcimento dos terceiros lesados, que normalmente são muitos em crimes de natureza econômica.

Seria apenas a prisão meio de demonstração à sociedade de que é possível punir ou se iniciar a execução provisória da pena, o que sabe-se não ser medida capaz de sustentar decreto prisional.

É importante frisar que a prisão preventiva para garantia da ordem econômica, segundo Paulo Rangel, somente poderá ser decretada se se tratar de crimes previstos nas Leis números 8.137/90¹⁴⁵, 8.176/91¹⁴⁶, 8.078/90¹⁴⁷ e 7.492/86¹⁴⁸ e demais normas que se refiram à ordem econômica¹⁴⁹.

Vê-se, portanto, um requisito para decretação da prisão preventiva sem

¹⁴² Provisoriamente porque a responsabilidade penal somente se concretiza com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e aqui está se falando de cautelares.

¹⁴³ Shylock é um personagem fictício da peça *The Merchant of Venice* (O Mercador de Veneza), do dramaturgo inglês William Shakespeare. Na peça, Shylock é um agiota judeu que empresta dinheiro a seu rival cristão, Antônio, colocando como fiança uma libra da carne de Antônio, WIKIPÉDIA, disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Shylock>, acessado em 13 de fevereiro de 2014, 11h33.

¹⁴⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 675.

¹⁴⁵ Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências.

¹⁴⁶ Define crimes contra a ordem econômica e cria o Sistema de Estoques de Combustíveis.

¹⁴⁷ Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

¹⁴⁸ Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências.

¹⁴⁹ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, São Paulo: Atlas, 2013, p. 797.

qualquer efetividade, vez que não presta ao processo, mas busca na realidade a aplicação imediata da pena. É pouco efetivo, pois primeiramente cautelar não tem como escopo reduzir crime e segundo porque se houvesse uma cautelar que pudesse efetivamente engessar as operações empresariais, com bloqueio de bens e contas e/ou suspensão de atividades empresariais, seria mais eficaz que a prisão provisória.

2.3.3

Conveniência da Instrução Criminal

Outro requisito para decretação da custódia cautelar é a decretação da prisão para conveniência da instrução criminal. Melhor redação seria ‘necessidade para a instrução criminal’, pois esta é uma medida voltada para a produção da prova, de natureza cautelar, de caráter eminentemente instrumental.

Será conveniente acautelar aquele que estiver ameaçando testemunhas, vítimas, outras pessoas envolvidas no processo ou inquérito, impedindo que sejam ouvidas, procurando testemunhas e oferecendo-lhes algo para deporem ou não deporem, aqueles que estiverem forjando, desfazendo provas, instrumentos, documentos que possam ser utilizadas na instrução ou que estiverem pressionando, ameaçando peritos ou partes no processo. Pode estar presente também se houve ameaça ao Juiz ou ao Órgão Acusador.

Tais fatos devem estar cabalmente comprovados nos autos para poder ser sustentáculo da custódia cautelar.

Pacelli entende

Por conveniência da instrução criminal há de entender-se a prisão decretada em razão de perturbação ao regular andamento do processo, o que ocorrerá, por exemplo, quando o acusado, ou qualquer outra pessoa em seu nome, estiver intimidando testemunhas, peritos ou o próprio ofendido, ou ainda provocando qualquer incidente do qual resulte prejuízo manifesto para a instrução criminal. Evidentemente, não estamos nos referindo à eventual atuação do acusado e de seu defensor, cujo objetivo seja a da instrução, o que pode ser feito nos limites da própria lei¹⁵⁰.

Tais requisitos visam auxiliar o julgador, para que possa receber a prova isenta e segura e ao órgão acusador, para que consiga utilizar de todos os meios de provas admissíveis na formação da culpa. *Justifica-se com o escopo de se garantir*

¹⁵⁰

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*, São Paulo: Atlas, 2013, p. 555.

*um processo justo, livre de contaminação probatória e seguro para que o juiz forme, honesta e lealmente, sua convicção*¹⁵¹. Para se decretar a custódia cautelar sob este fundamento, o estado de liberdade coloca em risco a colheita da prova e o normal desenvolvimento processual.

Para Nucci poderá ocorrer o encarceramento provisório, em virtude da conveniência da instrução criminal, quando existir *abalos provocados pela atuação do acusado, visando à perturbação do desenvolvimento da instrução criminal, que compreende a colheita de provas de um modo geral, é motivo a ensejar a prisão preventiva*¹⁵².

Entretanto muitas vezes tal conveniência para a instrução criminal é utilizada contrariamente ao texto constitucional e à ordem garantista, quando o investigado ou acusado é preso para que seja ouvido, interrogado ou para participar de algum ato processual, como acareações ou reconstituições.

Sabe-se que o imputado pode exercer o direito ao silêncio (garantia constitucional, diga-se de passagem) e não é obrigado a fazer prova contra si mesmo¹⁵³. Como sustentar o decreto prisional de alguém, por exemplo, para sua oitiva e quando chegado este momento permanece em silêncio? Como fica a prisão?

Não se pode admitir que a vagueza da expressão conveniência da instrução criminal permita prisões autoritárias ou o uso indiscriminado da prisão cautelar.

Mesmo que a prisão provisória tenha sido decretada para fins de provas, após a colheita destas deverá ser o agente colocado imediatamente em liberdade, vez que cessou a condição utilizada como fundamentação para o acautelamento.

2.3.4

Assegurar a Aplicação da Lei Penal

O último requisito expresso no artigo 312 do Código de Processo Penal é aquele que justifica a custódia cautelar para assegurar a aplicação da lei penal.

É uma forma de tutela cautelar efetivamente, pois objetiva evitar que o

¹⁵¹ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, São Paulo: Atlas, 2013, p. 797.

¹⁵² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 546.

¹⁵³ Princípio expresso no artigo 8º, §2º, alínea g, do Pacto de San José da Costa Rica: "não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada". Também é proveniente da interpretação extensiva do princípio constitucional de direito ao silêncio.

decreto condenatório não seja cumprido, face a fuga, impossibilitando ao Estado a aplicação da pena.

Sobre o tema assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. RÉU FORAGIDO. A fuga do acusado do distrito da culpa é fundamentação suficiente para a manutenção da custódia preventiva ordenada para garantir a aplicação da lei penal. Precedentes citados: HC 242.546-DF, DJe 22/8/2012; HC 241.826-MS, DJe 13/8/2012, e HC 214.862-SP, DJe 22/8/2012. HC 239.269-SP, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 13/11/2012.

Deverá ser decretada somente quando houver provas uníssonas de que o agente no *status libertatis* irá buscar meios concretos de conseguir evitar seu encarceramento em caso de uma possível condenação a pena privativa de liberdade. Vale aqui a mesma ressalva feita quando falou-se da *futurologia perigosista* no item garantia da ordem pública. Não há como presumir que todos possam tentar fugir do distrito da culpa.

Aquele acusado ou investigado que durante o processo ou inquérito encontrar-se foragido também pode ter a liberdade como representação de perigo para aplicação da lei penal, em caso de uma condenação.

Devem existir nos autos elementos capazes de demonstrar, concretamente, a existência do receio da fuga e as provas dos autos demonstrarem, inicialmente, de que existe probabilidade de uma condenação a pena privativa de liberdade. Não é suficiente, por exemplo, citar que o potencial econômico do agente ou a gravidade do delito para poder se presumir que poderá buscar a ineficácia do provimento final.

Fato interessante e que pode ser também utilizado para garantia da aplicação da lei penal, de forma diversa da prisão, é a apreensão do passaporte do agente, conforme estatuído pelo artigo 320 do Código de Processo Penal¹⁵⁴. É uma forma de se tentar impedir a fuga do distrito da culpa, sem privação da liberdade, pois esta deve ser a última medida a ser tomada.

Tal medida foi tomado pelo STF na parte final do julgamento da famosa ação penal 470, que ficou conhecida como processo do mensalão. A Corte determinou que os condenados entregassem o passaporte, em busca de evitar fugas para outro país, como forma de garantia da aplicação da lei penal.

¹⁵⁴ CPP, Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas

Entretanto, no caso especificamente, não foi suficiente para evitar que o condenado Pizzolato fugisse para a Itália.

É um caso específico e isolado que ocorreu, mas que não serve para levar à garantia de que todos os condenados ou processados possam fugir, sob pena de voltarmos à *futurologia perigosista*.

Importante ainda ressaltar que se trata também de uma hipótese prevista de prisão cautelar, não podendo ser utilizada como meio de execução provisória da pena.

Assim, não há como a medida ser utilizada indistintamente, vez a natureza cautelar e os princípios constitucionais e regras processuais que norteiam a celeuma da prisão provisória.

2.4

A prisão temporária

A prisão temporária, apesar de não vir descrita como uma cautelar no Código de Processo Penal, deve ser entendida como uma modalidade de prisão cautelar, significando que não objetiva a punição do agente. Tem sua cauteridade voltada para a investigação policial e não para o processo.

Segundo Pacelli,

trata-se de uma prisão cuja finalidade é a de acautelamento das investigações do inquérito policial, consoante extrai o artigo 1º, I da Lei no. 7.960/89¹⁵⁵, no que

¹⁵⁵

Lei número 7.960/89: Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
 II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
 III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:
 a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);
 b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);
 c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
 d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);
 e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
 f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
 g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
 h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único);
 i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);
 j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);
 l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
 m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas;

cumpriria a função de instrumentalidade, isso é, cautela. E será ainda provisória, porque tem sua duração expressamente fixada em lei, como se observa de seu artigo 2º¹⁵⁶ e também do disposto no art. 2º, § 4º, da Lei no. 8.072/90¹⁵⁷ (Lei dos Crimes Hediondos)¹⁵⁸.

Sua tutela é voltada exclusivamente para as investigações, tanto que somente pode ser decretada na fase do inquérito policial. Devido a sua natureza investigatória, não pode, diferentemente da prisão preventiva, ser decretada de ofício, mas somente quando houve representação do Delegado de Polícia (sendo imprescindível a oitiva do Ministério Público neste caso) ou requerimento do Ministério Público, devendo o juízo emitir ordem escrita e fundamentada. Inadmissível nas ações penais de natureza privada, vez que a Lei número 7.960/89, no artigo 2º, previu expressamente a titularidade apenas do Ministério Público.

Frisa-se neste momento que o crime de estupro, após a edição da Lei número 12.015/2009, tornou o crime como de ação penal pública condicionado à representação ou de ação penal pública incondicionada, no caso de estupro de vulneráveis¹⁵⁹. Plenamente possível a decretação da prisão temporária em crimes desta natureza, se preenchidos os demais requisitos.

Possui prazo certo para terminar, sendo trinta dias, em caso de crimes Hediondos e cinco dias em caso de outros delitos, que não hediondos. Tais prazos podem ser prorrogados, pelo magistrado, uma vez, se demonstrada a necessidade nos autos do inquérito. Em caso de satisfação da investigação, antes do prazo de término da prisão, poderá ser colocado o investigado em liberdade, haja vista ter findado o motivo que ensejou o encarceramento.

Infelizmente muitas vezes, assim como a prisão preventiva, vem sendo

n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);

o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

¹⁵⁶ Lei número 7.960/89: Art. 2º A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

¹⁵⁷ Lei número 8.72/90: Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: (...)

§ 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei no 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

¹⁵⁸ PACHELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*, São Paulo: Atlas, 2013, p. 544-455.

¹⁵⁹ CP, Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação.

Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.

aplicada em casos sem necessidade. Segundo Paulo Rangel, *prisão não pode ser uma satisfação para a sociedade por mais grave que seja o crime, mas sim uma necessidade para assegurar o curso do processo*¹⁶⁰.

A Lei 7.960/89 que instituiu a prisão temporária trouxe no artigo primeiro quando será cabível prisão temporária.

Caberá quando imprescindível para as investigações do inquérito policial. É o fumus comissi delicti. Deverá estar demonstra a extrema necessidade do acautelamento para que seja recolhido durante a investigação. Nada mais é que a observância do periculum in libertatis.

A imprescindibilidade deve ser demonstrada concretamente, não se admitindo, conforme já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, ementa do Ministro Eros Grau, argumentação que de deve-se prender para ouvir o investigado, pois este pode ficar em silêncio.

Assim vem vazado:

DIREITO, DO ACUSADO, DE PERMANECER CALADO (ARTIGO 5º, LXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). O controle difuso da constitucionalidade da prisão temporária deverá ser desenvolvido perquirindo-se necessidade e indispensabilidade da medida. A primeira indagação a ser feita no curso desse controle há de ser a seguinte: em que e no que o corpo do suspeito é necessário à investigação? Exclua-se desde logo a afirmação de que se prende para ouvir o detido. Pois a Constituição garante a qualquer um o direito de permanecer calado (art. 5º, LXIII), o que faz com que a resposta à inquirição investigatória consubstancie uma faculdade. Ora, não se prende alguém para que exerça uma faculdade. Sendo a privação da liberdade a mais grave das restrições que a alguém se pode impor, é imperioso que o paciente dessa coação tenha a sua disposição alternativa de evitá-la. Se a investigação reclama a oitiva do suspeito, que a tanto se o intime e lhe sejam feitas perguntas, respondendo-as o suspeito se quiser, sem necessidade de prisão. Ordem concedida. (HC 95009, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2008, DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-06 PP-01275 RTJ VOL-00208-02 PP-00640).

Será ainda cabível quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade.

Após o esclarecimento/comprovação sobre a residência e identidade do agente, deverá ser a prisão temporária revogada, mesmo que não atingido o prazo fixado, vez que cessado o motivo para a sua decretação. Tal entendimento dá-se na interpretação extensiva do artigo 313, parágrafo único, do Código de Processo Penal, assim legislado:

¹⁶⁰

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, São Paulo: Atlas, 2013, p. 832.

CPP, Art. 313, parágrafo único: Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

Este também é o entender de Pacelli¹⁶¹.

Por fim, somente será cabível quando demonstrada a autoria ou participação em crime de homicídio doloso, sequestro ou cárcere privado, roubo, extorsão, extorsão mediante sequestro, estupro, rapto violento, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal ou medicinal qualificado pela morte, quadrilha ou bando, genocídio, tráfico de drogas ou crimes contra o sistema financeiro. Todos estes crimes estão listados no artigo 1º, III da Lei número 7.960/89.

Na redação atual da referida Lei, há previsão de possibilidade de decretação da prisão temporária para o delito de atentado violento ao pudor, apesar de revogado pela Lei número 12.015/2009 e quadrilha ou bando, que foi modificado pela Lei número 12.720/2013, que alterou o tipo penal para Associação Criminosa, quando *associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes*.

Importante frisar ainda que a prisão temporária somente poderá ser decretada, ocorrendo as hipóteses previstas nos incisos I ou II para os crimes listados no inciso III, todos do artigo 1º da Lei número 7.960/89.

Há de se acrescentar também como crimes passíveis de decretação da custódia temporária os crimes hediondos, listados na Lei número 8.072/90: a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo.

O artigo 313 do Código de Processo Penal¹⁶², especialmente o inciso I do

¹⁶¹ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*, São Paulo: Atlas, 2013, p. 5456-547.

¹⁶² CPP, Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

IV - (revogado). (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre

citado artigo, que limita a possibilidade de decretação de prisão preventiva somente para delitos cuja pena máxima em abstrato seja superior a quatro anos, não se aplica à regra das prisões temporárias, apesar do único crime que se admite a prisão temporária cuja pena não exceda ao limite estabelecido seja o de Associação Criminosa (antigo quadrilha ou bando, modificada a redação pela Lei número 12.720/2013). Mesmo não possuindo pena máxima em abstrato superior a quatro anos é perfeitamente possível a decretação da prisão temporária, por estar previsto no rol do artigo 1º, III da Lei número 7.960/89.

Importante é a questão que envolve a constitucionalidade da Lei que instituiu a prisão temporária.

Foi instituída no ordenamento jurídico em 21-12-1989, com a edição da Lei no. 7.960, após a conversão da Medida Provisória 111 de 24-11-1989 em Lei, ou seja, houve atuação legislativa do Executivo, através de Medida Provisória, sobre matéria Penal e Processual Penal, em total confronto com o artigo 62, § 1º, I, *b* da Constituição Federal¹⁶³. Possui vício formal, segundo Paulo Rangel¹⁶⁴.

Entretanto o Supremo Tribunal Federal manifestou-se, ao analisar a liminar na ADI 162 MC/DF, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, relatoria Ministro Moreira Alves, contra a inconstitucionalidade da referida Medida Provisória 111, antes da conversão da mesma em Lei, que não havia inconstitucionalidade, conforme ementa abaixo:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Medida Provisória nº 111/89. Prisão Temporária. Pedido de liminar. - Os conceitos de relevância e de urgência a que se refere o artigo 62 da Constituição, como pressupostos para a edição de Medidas Provisórias, decorrem, em princípio, do Juízo discricionário de oportunidade e de valor do Presidente da República, mas admitem o controle judiciário quando ao excesso do poder de legislar, o que, no caso, não se evidencia de pronto. - A prisão temporária prevista no artigo 2º da referida Medida Provisória não é medida compulsória a ser obrigatoriamente decretada pelo juiz, já que o despacho que a deferir deve ser devidamente fundamentado, conforme o exige o parágrafo 2º do mesmo dispositivo. - Nessa oportunidade processual, não se evidencia manifesta incompatibilidade entre o parágrafo 1º do artigo 3º da Medida Provisória nº 111 e o disposto no inciso LXIII do artigo 5º da Constituição, em face do que se contém no parágrafo 2º do artigo 3º daquela,

a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

¹⁶³ CF, Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. § 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I - relativa a(...)

b) direito penal, processual penal e processual civil.

¹⁶⁴ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, São Paulo: Atlas, 2013, p. 831.

quanto à comunicação do preso com o seu advogado. - Embora seja relevante juridicamente a arguição de inconstitucionalidade da criação de delito por Medida Provisória, não está presente o requisito da conveniência, pois o artigo 4º da citada Medida Provisória, impugnado sob esse fundamento, apenas se destina a coibir abuso de autoridades contra a liberdade individual. - A disposição de natureza processual, constante do artigo 5º da Medida Provisória nº 111, que estabelece plantão de 24 horas em todas as Comarcas e Sessões Judiciais do País, não tem o relevo jurídico necessário para a concessão de providência excepcional como é concessão de liminar, em ação direta de inconstitucionalidade. - Pedido de liminar indeferido. Decisão Por maioria o Tribunal indeferiu a medida cautelar, vencidos os Srs. Ministros Celso de Mello e Sepúlveda Pertence. Plenário, 14.12.1989. ADI 162 MC / DF - DISTRITO FEDERAL MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. MOREIRA ALVES Julgamento: 14/12/1989 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJ 19-09-1997 PP-45525 EMENT VOL-01883-01 PP-00001 Parte(s) REQTE: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL REQDO: PRESIDENTE DA REPUBLICA

Ficou patente que apesar de parte da doutrina entender que é inconstitucional a Suprema Corte entendeu pela constitucionalidade, sendo a Lei utilizada no dia a dia das investigações.

Discute-se ainda a inconstitucionalidade material da prisão temporária, se houver utilização da mesma como forma de satisfazer, com a prisão, a investigação, e não como determinado pela legislação. A prisão possui natureza de produção de prova e não satisfativa.

O que se pretende com este trabalho é demonstrar que para utilizar-se da prisão temporária deverá o magistrado observar a necessidade e indispensabilidade da medida, bem como demais requisitos legais, sob pena de utilização do instituto da prisão temporária de forma contrária ao texto constitucional, como medida de satisfação. Qualquer utilização contrária ao determinado na legislação estará contrariando a presunção de inocência.

2.5

A presunção de inocência

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu um pacote de direitos e princípios essenciais à manutenção do Estado Democrático de Direito, como a dignidade da pessoa humana, as liberdades, as garantias, a presunção de inocência, dentre outros pressupostos, erigidos à condição de direitos fundamentais.

Neste trabalho somente se falará da presunção de inocência, face o tema

escolhido, pois certamente a temática dos princípios constitucionais-processuais-penal daria várias dissertações, sem ainda esgotar o tema.

A presunção de inocência está cravada no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, estabelecendo que todo homem deve ser presumido inocente até que tenha sido declarado culpado.

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, há igual garantia ao afirmar que *toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente*.

O Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, prevê no artigo 8º, I: *Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa*.

Segundo Tourinho Filho

O princípio remonta o art. 9º. da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão proclamada em Paris em 26-8-1789 e que, por sua vez, deita raízes no movimento filosófico- humanitário chamado “Iluminismo”, ou Século das Luzes, que teve à frente, dentre outros, o Marques de Beccaria, Voltaire e Montesquieu, Rousseau. Foi um movimento de ruptura com a mentalidade da época, em que, além das acusações secretas e torturas, o acusado era tido com objeto do processo e não tinha nenhuma garantia. Dizia Bercaria que “a perda da liberdade sendo já uma pena, esta só deve preceder a condenação na estrita medida que a necessidade o exige¹⁶⁵”.

Tal princípio foi prevista expressamente no artigo 5º, LVII, da nossa Constituição Federal de 1988, assim expressado: ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’.

Ressalte-se que preceito legal inserto no Pacto de São José da Costa Rica, possui valor de norma constitucional, pois o § 2º do art. 5º, da Constituição Federal é taxativo ao consagrar que: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Deste modo, o princípio da presunção de inocência passou a ser assegurado no ordenamento jurídico, por duas normas: o art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, segundo o qual "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" e o art. 8, I, do Pacto de São

¹⁶⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 71-72.

José da Costa Rica, que tem valor de preceito constitucional.

É um das bases do Estado de Direito, sendo uma garantia processual penal, objetivando a tutela das liberdades individuais e a necessidade do Estado comprovar a responsabilidade penal do indivíduo, para somente a partir do trânsito em julgado do decreto condenatório ter afastada a referida presunção de inocência. É sabido que tal condenação tem que ocorrer mediante processo penal, respeitados todos os outros direitos e garantias constitucionais, como contraditório, ampla defesa, dignidade humana, devido processo legal, individualização da pena, respeito à integridade física e corporal, provas lícitas, direito ao silêncio, dentre outros princípios constitucionais.

Pacelli entende

O princípio da inocência, ou da não-culpabilidade, cuja origem mais significativa pode ser referida à Revolução Francesa e à queda do Absolutismo, sob a rubrica da presunção de inocência, recebeu tratamento distinto por parte de nosso constituinte de 1988. A nossa Constituição, com efeito, não fala em nenhuma presunção de inocência, mas da afirmação dela, como valor normativo a ser considerado em todas as fases do processo penal ou da persecução penal, abrangendo, assim, tanto a fase investigatória (fase pré-processual) quanto a fase processual propriamente dita (ação penal). A Constituição da República, portanto, promoveu: a) a instituição de um princípio afirmativo da situação de inocência de todo aquele que estiver submetido à persecução penal; b) a garantia de que toda prisão anterior à condenação definitiva seja efetivamente fundamentada e por ordem escrita de autoridade judiciária competente. Em consequência, toda e qualquer prisão deverá se pautar na necessidade ou na indispensabilidade da providência, a ser aferida em decisão fundamentada do juiz ou do tribunal, segundo determinada e relevante finalidade. E essa finalidade há que ser encontrada também no âmbito constitucional, na medida em que somente por essa via se poderia afastar as duas determinações constitucionais a que acabamos de nos referir. Nesse passo, surge a necessidade de preservação da efetividade do processo como fundamentação válida e suficiente para justificar a segregação excepcional de quem ainda se deva considerar inocente¹⁶⁶.

Todas as pessoas que são partes em processo penal são tidas como inocentes, face a presunção constitucional, mesmo tratando-se de crimes bárbaros, prisões em flagrantes ou confissões. O ônus processual de comprovar a responsabilidade penal é do órgão acusador. Na dúvida, *pro reu*.

Tal presunção, por ser direito fundamental, é irrenunciável, sendo certo que não está o investigado, acusado ou réu obrigado a colaborar com a colheita da prova, pois não é obrigado a fazer prova contra si mesmo.

Para Paulo Rangel, *é o sistema acusatório a base para tratar o acusado*

¹⁶⁶

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*, São Paulo: Atlas, 2013, p. 497.

*com mais dignidade e respeito à sua liberdade de locomoção*¹⁶⁷.

No Estado Democrático, a liberdade é a regra, prisão exceção. Prisão pena somente após o trânsito em julgado. Antes do trânsito, somente prisão em virtude de uma cautelar¹⁶⁸. *Jamais uma medida cautelar poderá converter-se em uma pena antecipada, expondo-se às consequências de flagrante violação à presunção de inocência*¹⁶⁹.

Segundo Rui Barbosa

Não sigais os que argumentam com o grave das acusações, para se armarem de suspeita e execração contra os acusados. Como se, pelo contrário, quanto mais odiosa a acusação, não houvesse o juiz de se precaver mais contra os acusadores, e menos perder de vista a presunção de inocência, comum a todos os réus, enquanto não liquidada a prova e reconhecido o delito¹⁷⁰.

Para Tourinho Filho

Aí está o princípio: enquanto não definitivamente condenado, presume-se o réu inocente. Claro que a expressão “presunção de inocência” não pode ser interpretada ao pé da letra, literalmente, do contrário os inquéritos e os processos não seriam toleráveis, visto não ser possível inquérito ou processo em relação a uma pessoa inocente. Sendo o homem presumidamente inocente, sua prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória implicaria antecipação da pena, e ninguém pode ser punido antecipadamente, antes de ser definitivamente condenado, a menos que a prisão seja indispensável a título de cautela¹⁷¹.

Sabe-se que a prisão cautelar não ofende tal princípio constitucional, se atendidos os requisitos já informados neste trabalho, mediante decisão judicial fundamentada e verificadas as hipóteses legais.

O legislador ordinário, com o advento da Lei número 12.403/2011, modificou a redação do artigo 283 do Código de Processo Penal, fazendo constar a seguinte redação:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

¹⁶⁷ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, São Paulo: Atlas, 2013, p. 24.

¹⁶⁸ Vale lembrar da nova regra processual do artigo 310, II do Código de Processo Penal, onde o Magistrado, ao receber o auto de prisão em flagrante poderá *converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão*. Do contrário, deverá colocar o agente em liberdade.

¹⁶⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. (*Prisões Cautelares*), São Paulo: Saraiva, 2013, p. 45.

¹⁷⁰ BARBOSA, Rui. *O Dever do Advogado*, Rio de Janeiro: Aidê Editora, 1985, p. 55.

¹⁷¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*, São Paulo: Saraiva, 2010, p 72.

§ 1o As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

§ 2o A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.

Vê-se claramente uma inclusão na norma processual penal da presunção de inocência e vedação da execução provisória da pena.

Merece reforçar que a presunção de inocência, garantia a todos aqueles que são investigados, acusados ou réus, é uma extensão da dignidade da pessoa humana, vez que o imputado também é um ser humano e, portanto, portador da dignidade. Os princípios constitucionais são instrumentos limitadores do poder estatal, garantindo a proteção da dignidade da pessoa humana.

A prisão nem sempre é um dos efeitos da condenação, vez que por ser recorrível, determinar a prisão em sentença, sem natureza cautelar, é afronta direta ao princípio constitucional que prevê a presunção da inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Para que ocorra a prisão provisória deverá existir risco, concreto e efetivo, desenvolvimento do processo, por ato imputável ao próprio agente investigado, acusado ou réu, podendo o Estado adotar medidas para superar tais obstáculos, ainda que com o recurso à sua inerente coercibilidade¹⁷².

Assim, ante a dignidade humana, bem como a presunção da inocência, o encarceramento, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, somente poderá ocorrer a título de cautelar, desde que preenchidos todos os requisitos vistos acima, sob pena de afronta a princípio e garantia fundamental do cidadão, que não pode ser mitigado por autoridades arbitrárias, pressão popular ou midiática.

¹⁷²

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*, São Paulo: Atlas, 2013, p. 498.

3

A Prisão Preventiva. Uma Análise Crítica de Decisões Judiciais à Luz do Garantismo Penal

3.1

Aspectos Gerais

Já se falou neste trabalho sobre a prisão preventiva e seus requisitos para que não seja contrária à presunção de inocência e ao Estado Democrático de Direito.

Para teoria garantista o poder estatal deve ser limitado, permitindo aos cidadãos usufruir da liberdade¹⁷³. É a limitação contra o autoritarismo estatal¹⁷⁴, sendo um dos alicerces do Estado de Direito.

Entretanto as prisões cautelares vêm sendo utilizadas como medidas satisfativas à sociedade, que vê no encarceramento quando cometido um crime a única forma de punição ao agente e como forma de repressão da criminalidade.

Pelo já demonstrado, a função da prisão provisória não é meio de evitar crime ou de antecipar cumprimento de pena. Por isso para que a custódia cautelar seja decretada é imprescindível a demonstração, de forma concreta da existência dos requisitos autorizativos.

Nossa pesquisa criticará três decisões do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, escolhidas nos meses de novembro e dezembro de 2013, no site www.tjmg.gov.br¹⁷⁵, que sustentam a decretação da custódia cautelar em expressões como: se solto voltará a delinquir, periculosidade do agente, meio de resguardo da integridade física do acusado, comoção social, clamor público, pressão popular, gravidade abstrata do delito, dentre outras palavras repetidas, sem qualquer demonstração de concretude. Em seguida serão demonstradas

¹⁷³ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 73.

¹⁷⁴ Nesse ponto há de mencionar que Estado possui sentido amplo, incluindo o Judiciário, Poder através do qual se busca o *jus puniendi*.

¹⁷⁵ Serão apenas três decisões porque senão o trabalho ficaria com extensão colossal. A pesquisa foi concentrada no período de novembro e dezembro de 2013, mas as decisões podem ser de épocas diferentes do período da pesquisa, pois o que importa é a demonstração de como vem sendo decidido de forma distinta com a proposta neste trabalho.

decisões do Supremo Tribunal Federal, obtida no site www.stf.gov.br que demonstram atuações da Corte Constitucional em situações trazidas neste trabalho. A maioria das decisões do Supremo Tribunal que serão trazidas vão ratificar os argumentos expostos neste trabalho, mas haverá crítica a uma decisão.

Quem pode afirmar que solto não cometerá delitos? E preso, significa que não cometerá delitos? Não existem homicídios no interior dos presídios? Não existe tráfico nas cadeias? Corrupção? Estupros? Não são crimes?

A crítica sempre será embasada na melhor doutrina e jurisprudência, inclusive aquelas garantistas proferidas pela Corte Constitucional.

Nas decisões serão negritadas algumas palavras importantes, sobre as quais correrão a crítica, para facilitação da leitura e observação.

Por fim, não se pode deixar de afirmar ainda que o Estado deve investir mais em educação do que em sistema carcerário, pois não é a prisão a solução dos problemas de violência, mas o investimento em políticas públicas-sociais.

Segundo João Ricardo W. Dornelles¹⁷⁶,

Direta ou indiretamente, a violência se alimenta das desigualdades. E a desigualdade em escala global ampliada, e em ritmo acelerado, produzida pela globalização hegemônica neoliberal, expande a exclusão social, a precarização da vida, por meio da abstenção do Estado da responsabilidade pública social, sendo uma pré-condição para a generalização e fragmentação da violência.

Fica patente que a estrutura social desigual é o fomento da violência. Soma-se a isso a omissão estatal, como na gestão da saúde, educação e geração de empregos. Não são prisões preventivas que resolverão o problema, pois a problemática está na área social, com a desigualdade, marginalidade e ausência de políticas públicas sérias.

3.2

Decisões do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

A primeira decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que se analisa é uma decisão em um *Habeas Corpus*, de relatoria do Desembargador (a) Duarte de Paula, julgamento ocorrido em 31-01-2013, publicado em 07-02-2013, possuindo a seguinte ementa:

¹⁷⁶ DORNELLES, João Ricardo W. *Direitos Humanos e Serviço Social: polêmicas, debates e embates*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 138.

ROUBO MAJORADO. PERICULOSIDADE DO PACIENTE NÃO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE MOTIVOS JUSTIFICADORES DA PRISÃO CAUTELAR. PRESENÇA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. - Não estando presentes na hipótese os requisitos do art. 312 do CPP, não há como ser decretada a prisão preventiva do paciente, cuja periculosidade social não restou comprovada, não podendo a gravidade em abstrato do delito ou o clamor social, por si só, servir de justificativa para a segregação provisória. VOTO VENCIDO: ROUBO MAJORADO. REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. IMPOSSIBILIDADE. PRESENÇA DOS REQUISITOS DISPOSTOS NO ARTIGO 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. POSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR EM CRIME APENADO COM REPRIMENDA SUPERIOR A 04 ANOS E PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 1. Tendo o paciente sido preso em flagrante regular pela suposta prática do crime de roubo majorado, presentes a prova da materialidade e dos indícios suficientes de autoria, inexistente constrangimento ilegal na decisão que, fundamentadamente, indefere o pedido de liberdade provisória do mesmo, visando garantir a ordem pública. 2. O princípio do estado de inocência estatuído no art. 5º, inciso LVII da Constituição da República, não impede a manutenção da prisão provisória quando presentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal. 3. Embora medida extrema, a manutenção da segregação cautelar do paciente pode ser determinada sempre que presentes os pressupostos e requisitos fáticos do artigo 312 do CPP e requisitos instrumentais do artigo 313 do CPP. 4. Tratando-se o crime de roubo majorado apenado com reprimenda superior a quatro anos, deve-se manter a segregação provisória deste para garantia da ordem pública, haja vista a gravidade concreta do fato. (Des. Marcílio Eustáquio Santos). HABEAS CORPUS Nº 1.0000.12.130235-0/000 - COMARCA DE BAMBUÍ - PACIENTE(S): GABRIEL EDUARDO DE RESENDE - AUTORID COATORA: JD COMARCA BAMBUI - VÍTIMA: LEANDRO RESENDE MOREIRA - INTERESSADO: ERIC ANTÔNIO CARVALHO FARIA, WANDERSON ANTÔNIO FERREIRA. 7ª CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, por maioria, vencido o 1º Vogal, em CONCEDER A ORDEM¹⁷⁷.

Conforme verificado na ementa acima, houve voto vencido do vogal, Desembargador Marcílio Eustáquio Santos.

É exatamente nesta parte vencida do voto que concentra a crítica. Traz-se trechos do voto, em forma de citação, mas para não ocorrer delongas, não serão

¹⁷⁷ Acórdão *Habeas Corpus* 1.0000.12.130235-0/000, de relatoria do Desembargador (a) Duarte de Paula, julgamento ocorrido em 31-01-2013, publicado em 07-02-2013 do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, obtido no

colocadas a fonte na nota de rodapé todas as vezes que forem citados os trechos do acórdão, pois neste primeiro caso se trata de fragmentos do HC 1.0000.12.130235-0/000 do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Segundo o voto vencido,

Formulado pedido de liberdade provisória em favor do paciente (fls. 17/28), este foi indeferido às fls. 49/50, sob a justificativa de que a prisão preventiva encontra-se devidamente fundamentada, eis que presentes os indícios de autoria e prova da materialidade, além de estarem presentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, **notadamente para a garantia da ordem pública, não tendo o paciente trazido quaisquer provas de circunstâncias que afastem a necessidade da medida extrema**, razão pela qual a constrição do paciente mostra-se necessária – sem negrito no original.

Ora, sabe-se que não basta a simples repetição da expressão legal ‘garantia da ordem pública’, devendo ser demonstrado perigo de forma concreta. Não há como o magistrado *fazer prevalecer o interesse da repressão em detrimento dos direitos e garantias individuais*¹⁷⁸.

Outro ponto a se criticar é quando afirma que deveria a defesa ter trazido provas capazes de afastar a medida do acautelamento.

Em sede de *Habeas Corpus* não há liame probatório. Lado outro, face a presunção de inocência, no momento probatório será o Órgão Acusador o responsável por produzir provas e comprovar a existência do crime (materialidade) e a autoria, face expressa previsão legal no artigo 156 do Código de Processo Penal que determina que *a prova da alegação incumbirá a quem a fizer*.

Mais a seguir manifesta o Desembargador vencido:

Saliento que tenho convicção de que a liberdade no Estado Democrático de Direito é a regra e que o indivíduo não pode dela ser afastado sem uma justificativa plausível, mas não me descuido de que a sociedade também reclama para si atenção, competindo ao julgador estabelecer um espaço em que seja possível coexistirem as garantias dos direitos individuais do cidadão, sem afrontar a garantia da ordem pública.

Norteando-me pela certeza de que não existem direitos absolutos e que é preciso que todos eles convivam harmonicamente na ordem jurídica, vejo que, no presente caso, **há motivação idônea amparando a constrição cautelar, em virtude da gravidade da conduta praticada pelo agente(...)**

Além disso, o cometimento deste tipo de crime gera repercussão na comunidade, que se vê atacada em seu patrimônio e em seu sossego, não só pela frequência que vem sendo perpetrado nos dias atuais, mas

¹⁷⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 66.

também pela sensação de insegurança produzida no seio social, merecendo, pois, um tratamento diferenciado das autoridades constituídas, como forma de inibir e coibir a sua crescente marcha. Assim, é certo que a liberdade do paciente representaria não apenas risco à ordem pública, como teria o condão de gerar sentimento de impunidade, tanto no seio social, quanto para o próprio criminoso – destacamos.

Fundamenta seu voto no fato da sociedade ansiosa pela solução judicial dos fatos criminosos. Afirma ainda que a gravidade do delito também é fundamental para a decretação da custódia cautelar.

A prisão preventiva é medida excepcional, que se funda exclusivamente na imperiosa necessidade, devendo ser demonstrada concretamente. Não objetiva dar resposta à sociedade nem evitar impunidade a prisão cautelar.

Não tem o condão a cautelar de satisfazer os anseios sociais, não servindo, de forma alguma, como antecipação de cumprimento de pena.

Para Delmanto é indisfarçável que *a prisão preventiva se distancia de seu caráter instrumental – de tutela do bom andamento do processo e da eficácia de seu resultado – insito a toda e qualquer medida cautelar, servindo de inaceitável instrumento de justiça sumária*¹⁷⁹.

Assim já manifestou-se o Supremo Tribunal Federal:

A PRISÃO PREVENTIVA - ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR NÃO TEM POR OBJETIVO INFLIGIR PUNIÇÃO ANTECIPADA AO INDICIADO OU AO RÉU. - A prisão preventiva não pode - e não deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão preventiva - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. A PRESERVAÇÃO DA CREDIBILIDADE DAS INSTITUIÇÕES E DA ORDEM PÚBLICA NÃO CONSUBSTANCIA, SÓ POR SI, CIRCUNSTÂNCIA AUTORIZADORA DA PRISÃO CAUTELAR. - Não se reveste de idoneidade jurídica, para efeito de justificação do ato excepcional de privação cautelar da liberdade individual, a alegação de que o réu, por dispor de privilegiada condição econômico-financeira, deveria ser mantido na prisão, em nome da credibilidade das instituições e da preservação da ordem pública. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, NO CASO, DA NECESSIDADE CONCRETA DE DECRETO-SE A PRISÃO PREVENTIVA DO PACIENTE. - Sem que se

¹⁷⁹ DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 165.

caracterize situação de real necessidade, não se legitima a privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. Ausentes razões de necessidade, revela-se incabível, ante a sua excepcionalidade, a decretação ou a subsistência da prisão preventiva. (HC n.º 80.719 – DJ 28/09/2001 – 2.ª Turma – julgado em 26/06/2001 – unânime)¹⁸⁰.

Quanto à invocação do clamor público, vale trazer Odone Sanguiné afirma que

seria errôneo considerar que a prisão preventiva possa cumprir com o fim de dar satisfação ao público sentimento de justiça, ante o qual é suficiente processar penalmente o imputado. Na prática, todavia, a autoridade judicial se inspira às vezes nesses falsos critérios, como se a justiça fosse servidora da política, ou, pior, da demagogia. (...) Em síntese, o clamor público constitui um fundamento apócrifo (falso) da prisão preventiva que deve ser erradicado porque vulnera o princípio da legalidade processual da repressão (*nulla coactio sine lege*); porque através dele a prisão preventiva é imposta como verdadeira pena antecipada (cumprindo fins de prevenção geral ou especial, exclusivos da pena), o que resulta inconstitucional à luz dos direitos fundamentais da presunção de inocência, proporcionalidade e devido processo legal¹⁸¹.

Patente que os argumentos trazidos pelo Desembargador que proferiu o voto vencido não são capazes de justificar a cautelar da prisão preventiva numa visão garantista, pois traz argumentos vazios desprovidos de fundamentos concretos e legais.

Segundo o Supremo Tribunal Federal, a *gravidade do crime imputado ao réu, por si só, não é motivo suficiente para a prisão preventiva. Assim está vazada a ementa:*

HABEAS CORPUS – SUBSTITUTIVO DO RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL – LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO ATINGIDA NA VIA DIRETA – ADEQUAÇÃO. Sendo objeto do habeas corpus a preservação da liberdade de ir e vir atingida diretamente, porquanto expedido mandado de prisão ou porque, com maior razão, esta já ocorreu, mostra-se adequada a impetração, dando-se alcance maior à garantia versada no artigo 5º, inciso LXVIII, da Carta de 1988. Evolução em óptica linear assentada anteriormente. PRISÃO PROVISÓRIA – FUNDAMENTOS – INSUBSISTÊNCIA. Contraria o arcabouço normativo ato que implique prisão preventiva decorrente da gravidade do crime imputado ao paciente. PRISÃO PREVENTIVA – PRAZO – SENTENÇA CONDENATÓRIA – INTERRUPTÃO – IMPROPRIEDADE. O instituto do excesso de prazo da preventiva não fica sujeito a interrupção. É aferido levando-se em conta a data em que implementada a custódia e o encerramento do processo. PRISÃO PREVENTIVA – EXCESSO DE PRAZO. Uma vez configurado o excesso de prazo na formação da culpa, a prisão preventiva há de ser afastada. Decisão. A Turma concedeu a ordem de habeas

¹⁸⁰ Pesquisa no site do STF <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>, acessado no dia 09 de dezembro de 2013, às 11h34.

¹⁸¹ SANGUINÉ, Odone. *A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva*, in Boletim IBCCrim, out/2001, p. 29/31.

corpus, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux. 1ª Turma, 3.9.2013. HC 107148 / SP - SÃO PAULO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 03/09/2013 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação PROCESSO ELETRÔNICO DJe-182 DIVULG 16-09-2013 PUBLIC 17-09-2013 Parte(s) PACTE.(S): RAFAEL BRUSTELLO DE ANDRADE IMPTE.(S): JUSCINARA VIRGENS DOS SANTOS COATOR(A/S)(ES): RELATOR DO HC 191657 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

A segunda decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que será analisada visa criticar a utilização da *futurologia perigosista* pelo Tribunal Recursal Mineiro. É o acórdão proferido no *Habeas Corpus* 1.0000.13.080266-3/000, de relatoria do Desembargador Eduardo Brum, publicada em 19-11-2013.

Para corroborar a crítica, a expressão ‘solto voltará a delinquir’ foi utilizada em 583¹⁸² ementas para justificar a não liberdade, o que demonstra nossa crítica à referida *futurologia*.

Veja a ementa abaixo:

HABEAS CORPUS - ROUBO E LESÃO CORPORAL - PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA - DECISÃO FUNDAMENTADA - ORDEM DENEGADA. I - Não há constrangimento ilegal na conversão do flagrante em preventiva, suficientemente fundamentada na garantia da ordem pública, quando o agente revela propensão ao cometimento de delitos graves, não havendo segurança de que, solto, não voltará a delinquir. II - Denegado o habeas corpus. Processo Habeas Corpus 1.0000.13.080266-3/000 Relator(a) Des.(a) Eduardo Brum Órgão Julgador / Câmara Câmaras Criminais / 4ª CÂMARA CRIMINAL Súmula DENEGARAM A ORDEM Data de Julgamento 13/11/2013 Data da publicação da súmula 19/11/2013¹⁸³.

No voto o Desembargador Relator, que foi acompanhado pelos pares, utilizou-se dos argumentos para denegar a ordem:

Analisando o pedido de liberdade provisória, verifico não haver como acolhê-lo, uma vez que entendo estar presente ao menos um dos requisitos do art. 312 do CPP, qual seja, a garantia da ordem pública, pela séria possibilidade de reiteração delitativa e pela gravidade em concreto do episódio, fatores que impedem a concessão da ordem.

(...)

Como se vê, o comportamento do paciente não transfere a segurança de que, em liberdade, não voltará a se envolver em ilícitos penais, restando justificado o

¹⁸² Pesquisa realizada no site do TJMG

<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?palavras=solto%20voltar%E1%20delinquir&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%Eancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&&linhasPorPagina=10&linhasPorPagina=10&paginaNumero=2>, acessado em 10 de dezembro de 2013, às 14h53.

¹⁸³ Ementa obtida no site www.tjmg.gov.br, acessado em 10 de dezembro de 2013, às 14h52.

sacrifício de sua liberdade individual para garantia da ordem pública.
Tais argumentos são suficientes à manutenção da custódia cautelar.

(...)

Assim, atendidos os requisitos instrumentais do art. 313 do CPP, bem como presentes os pressupostos e ao menos um dos requisitos do art. 312 do CPP (necessidade de garantia da ordem pública), não há que se falar em reforma da r. decisão que converteu a prisão em flagrante do paciente em preventiva, nos termos do art. 310, II, do CPP, ou mesmo em substituição da custódia provisória pelas medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do CPP, pelo fato de estas se revelarem absolutamente insuficientes.

Com tais considerações, não vislumbrando a presença de constrangimento ilegal imposto, acompanho o parecer e denego a ordem impetrada.

Sem custas.

DES. JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. DOORGAL ANDRADA - De acordo com o(a) Relator(a).

SÚMULA: "DENEGARAM A ORDEM."

Infelizmente a *futurologia* é o único argumento utilizado para manter encarcerado o impetrante. Presume-se que solto delinquirá novamente, sem concretude de perigo na continuidade da liberdade.

Completamente inaceitável, diante da absoluta inconstitucionalidade, a *futurologia perigosista*, comumente invocada para decretar uma prisão preventiva com base na *possível* reiteração de delitos. A prisão preventiva para garantia da ordem pública não pode se fundamentar em tal preceito, sob pena ferir de morte não só a dignidade da pessoa humana como a presunção da inocência.

Segundo Salo de Carvalho, *uma das principais distinções entre o sistema inquisitivo e o acusatório-garantista se manifesta no que diz respeito à existência de possibilidades de concreta refutação das hipóteses probatórias*¹⁸⁴. No caso trazido, onde está a concretude?

Utiliza-se esta *futurologia* para manter o encarceramento sob o fundamento de que coloca em risco a ordem pública, requisito do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Para Aury Lopes Júnior,

uma pessoa presa em nome da ordem pública, diante da reiteração de delitos e o risco de novas práticas, está se atendendo não ao processo penal, mas sim a uma função de polícia do Estado, completamente alheia ao objeto e fundamento do processo penal¹⁸⁵.

No Estado Democrático, não se pode admitir fundamentações nesses

¹⁸⁴ CARVALHO, Salo. *Penas e Garantias*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008, p. 199

¹⁸⁵ LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 203.

argumentos vagos, de repetição apenas das palavras, buscando atribuir às cautelares funções de reprimir crimes.

A última decisão criticada é uma negativa de um *Habeas Corpus*, número 1.0000.12.122986-8/000, relatoria do Desembargador Matheus Chaves Jardim, publicada 04-02-2013, cuja ementa vem assim:

HABEAS CORPUS". HOMICÍDIO. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA. PEDIDO DE REVOGAÇÃO DO CÁRCERE. DECISÃO DENEGATÓRIA BEM FUNDAMENTADA. VEEMENTES INDÍCIOS DE AUTORIA. COMOÇÃO SOCIAL DO DELITO. INTENTO DE SE FURTAR À APLICAÇÃO DA LEI PENAL. REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP. PRESENÇA. ORDEM DENEGADA. **A censurabilidade e a gravidade da conduta geradora de ampla repercussão social justificam o decreto prisional, inexistindo situação de constrangimento ilegal na manutenção da custódia do paciente, amparada que fora nos requisitos do art. 312 do CPP.** Habeas Corpus 1.0000.12.122986-8/000 Câmaras Criminais Isoladas / 2ª CÂMARA CRIMINAL, Súmula DENEGARAM A ORDEM, Data de Julgamento 24/01/2013, Data da publicação da súmula 04/02/2013, Relator(a) Des.(a) Matheus Chaves Jardim – negrito nosso.

A fundamentação do Relator deu-se na censurabilidade ao crime pela gravidade da conduta e repercussão social. Tais fundamentos, segundo o Desembargador são suficientes para o decreto prisional provisório.

Deve ser consignado que todo crime tem que ser censurado, o que não significa dizer que deve-se acautelar provisoriamente os agentes que praticam crime. Deve-se observar, antes de tudo, as regras processuais e a necessidade da custódia cautelar, no caso concreto.

Quanto a repercussão social, esta não está previsto no artigo 312 do Código de Processo Penal. Assim, não se pode fundamentar nela uma prisão preventiva.

Caso o crime tenha abalado a sociedade, seja em uma pequena cidade, seja em um país todo, como em alguns casos que ocorreram recentemente (Suzane Richthofen, Eliza Samúdio, Nardoni, Mércia Nakashima, Marcos Matsunaga – executivo da Yoki), deverá o Estado tomar providências distintas do encarceramento para poder garantir a ordem pública efetivamente, pois o discurso de que a sociedade está abalada, repetido várias vezes em noticiários e programas de comoção social são irracionais e incapazes de demonstrar que o não acautelamento provisório não significa impunidade, mas garantia da sociedade, limitação do poder estatal, respeito aos direitos e garantias fundamentais, dentre outros fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Para Sanguiné

O alarma social ou clamor público é sem dúvida o mais vago de todos os requisitos da prisão preventiva. Se trata de um estereótipo saturado na maioria das vezes de uma carga emocional sem base empírica, porém que exigirá uma prévia investigação estatística sociológica que meça o efeito social real que o fato haja produzido. O certo é que o alarma social se medirá pela maior ou menor atenção que o fato haja produzido na imprensa ou insegurança, desassossego ou o temor que gera nos cidadãos a execução de determinados delitos¹⁸⁶.

A privação da liberdade sob fundamento de que o agente abalou toda a sociedade ou que o crime praticado gera um grande clamor público é antecipação da execução da pena (se existir condenação, obviamente), ferindo o princípio da presunção de inocência.

Neste sentido já se manifestou do Supremo Tribunal Federal:

(...) A prisão preventiva – Enquanto medida de natureza cautelar – Não tem por objetivo infligir punição antecipada ao indiciada ou ao réu. A prisão preventiva não pode - e não deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia¹⁸⁷.

É certo que a decretação da custódia provisória, fundamentada apenas no clamor público, fere princípios constitucionais e humanitários¹⁸⁸.

O clamor público ou a comoção social se forem inadequadamente utilizados para fundamentar um decreto prisional certamente estará se levando para a decisão um sentimento de vingança, de resposta imediata, de satisfação à sociedade, de repressão, características estranhas às medidas cautelares.

Inexiste na legislação qualquer menção à decretação da custódia preventiva para assegurar a integridade física do acusado. Admitir tal expressão é dizer que a sociedade não vive sobre um ordenamento, nem mesmo confia no direito, antes, volta-se aos tempos primórdios, onde a razão dava lugar a força e havia o exercício da justiça privada. O Estado existe justamente regular e tomar para si o *jus puniendi*. Se for necessário o encarceramento por medo que outros

¹⁸⁶ SANGUINÉ, Odone. *A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva*, in Boletim IBCCrim, out/2001, p. 278.

¹⁸⁷ *Habeas Corpus* nº 80719, 2ª Turma, STF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 26/06/2001, encontrado no sitio www.stf.gov.br, acessado em 10-12-2013 às 21h32.

¹⁸⁸ SOUZA, Ivan da Cunha; SOUZA, Danilo da Cunha. *Prisão Preventiva e Clamor Público*. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, nº 09, Porto Alegre, agosto de 2001, p. 49.

façam seu próprio *jus puniendi*, estaremos diante de uma admissão da falência estatal.

3.3

Decisões do Supremo Tribunal Federal

Após a análise e crítica das três decisões do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, analisar-se-á decisões preferidas pelo Supremo Tribunal Federal que versem sobre a custódia cautelar. Nem todas as verificadas merecem crítica.

O Supremo Tribunal Federal vem decidindo em *Habeas Corpus* de forma repetida, de que não pode servir o argumento *de garantia da ordem pública* como forma de antecipação da pena ou gravidade abstrata do crime ou hediondez ou ainda clamor público.

Nesse sentido:

Diversas vezes, tenho afirmado que apelos similares à garantia da ordem pública desvelam freqüentemente a tendência de antecipar a punição do réu – em contrariedade manifesta às garantias constitucionais do devido processo e da presunção de não culpabilidade (v.g., HC 71594, Pertence, JSTF, Lex, 201/345; Hc 79204, Pertence, 01.06.99) e, de outro lado, mal dissimulam a nostalgia da tão execrada prisão preventiva obrigatória (v.g. HC 79200, Pertence, 22.06.99). E, na generalidade dos casos - não obstante, episódicas vacilações pendulares -, o Tribunal tem dado prevalência a tais preocupações constitucionais e repellido a prisão preventiva fundada em motivos alheios aos imperativos cautelares que a podem legitimar: é ver, por exemplo, a recusa, como fundamento da preventiva, do apelo exclusivo à gravidade do fato, definido ou não como crime hediondo (v.g., HC 69950, Rezek, RTJ 128/147; HC 68631, Pertence, RTJ 137/287; HC 76730, Gallotti, 01.03.98; HC 79204, Pertence, 01.06.99; HC 79392, Pertence, 31.08.99), assim como da invocação do clamor público, com freqüência confundido com o estrépito dos veículos de comunicação de massa (e.g., HC 71289, 09.08.94, Galvão, DJ 6.9.96; HC 78425, Néri, 19.11.99; HC 79781, Pertence, 18.04.99, Informativo STF 188)¹⁸⁹.

Vê-se claramente que o Supremo Tribunal Federal entende como ilegal a fundamentação do decreto prisional unicamente na gravidade do fato¹⁹⁰, na

¹⁸⁹ Parte do voto do Habeas Corpus 105.879 de relatoria do Ministro Ayres Britto, de 05 de abril de 2011, paciente/impetrante Luciano da Silva Arimatéia ou Luciano da Silva Arimatéia.

¹⁹⁰ Segue outra decisão no sentido de não ser possível sustentar decreto condenatório em gravidade abstrata do delito: HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de habeas corpus, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do habeas corpus. HABEAS CORPUS – SUBSTITUTIVO DO RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL – LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO ATINGIDA NA VIA DIRETA – ADEQUAÇÃO. Sendo objeto do habeas corpus a preservação da liberdade de ir e vir

hediondez do crime ou no clamor público, conforme sustentado neste trabalho.

Fica patente que a presunção de não-culpabilidade ou presunção de inocência¹⁹¹ deve prevalecer até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Deve vir demonstrado no caso concreto a necessidade da custódia cautelar.

Entretanto, no Habeas Corpus de número 89937/São Paulo, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgamento ocorrido em 08-04-2008, houve fundamentação do decreto prisional provisório na necessidade de garantia da ordem pública, considerando-se *a existência de fatos concretos que revelam a periculosidade dos pacientes, evidenciada nos autos da ação penal de origem, bem como o fato de que o crime perpetrado teve enorme repercussão em comunidade interiorana*¹⁹².

atingida diretamente, porquanto expedido mandado de prisão ou porque, com maior razão, esta já ocorreu, mostra-se adequada a impetração, dando-se alcance maior à garantia versada no artigo 5º, inciso LXVIII, da Carta de 1988. Evolução em óptica linear assentada anteriormente. PRISÃO PREVENTIVA – IMPUTAÇÃO – GRAVIDADE. A gravidade do crime imputado é insuficiente a respaldar a custódia preventiva. PRISÃO PREVENTIVA – ACUSADOS – ESTRANHOS NA REGIÃO. O fato de os acusados não serem conhecidos na região revela-se neutro para efeitos da prisão preventiva. PRISÃO PREVENTIVA – PRÁTICA CRIMINOSA – CONTINUIDADE – PRESUNÇÃO. Contraria a ordem natural das coisas presumir que, solto, o acusado voltará a delinquir, sendo essa óptica imprópria a justificar a custódia preventiva. Decisão A Turma concedeu a ordem de habeas corpus, tornando definitiva a liminar, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux. 1ª Turma, 11.6.2013. HC 115601 / SP - SÃO PAULO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 11/06/2013 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação PROCESSO ELETRÔNICO DJe-154 DIVULG 07-08-2013 PUBLIC 08-08-2013 Parte(s) PACTE.(S): ÉDERSON DE ASSIS DOS SANTOS NETTO IMPTE.(S):ALTAIR BRAGA JUNIOR IMPTE.(S): DANILO KENDY OLEJNIK COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ.

¹⁹¹ Sem adentrar na discussão que existe quanto a distinção das nomenclaturas, adota-se como sinônimas neste trabalho.

¹⁹² HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. HOMICÍDIO. PRONÚNCIA. JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. ABSOLVIÇÃO. APELAÇÃO. EMBARGOS INFRINGENTES. ANULAÇÃO DO JULGAMENTO. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. PERICULOSIDADE DOS PACIENTES. GRAVIDADE DO DELITO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. LEGALIDADE DA PRISÃO CAUTELAR. ORDEM DENEGADA. 1. Anulado o julgamento dos pacientes perante o Tribunal do Júri, restabelecem-se os efeitos da pronúncia. 2. O fato de os pacientes terem permanecido em liberdade desde a anulação do julgamento até o trânsito em julgado dos embargos infringentes não faz presumir a cessação dos motivos que ensejaram a necessidade de segregação cautelar, como tal reconhecida na sentença de pronúncia. 3. Embora a conveniência da instrução não mais subsista, tendo em vista a superveniência da sentença de pronúncia, a prisão preventiva teve por fundamento, também, a necessidade de garantia da ordem pública. Para tanto, considerou-se a existência de fatos concretos que revelam a periculosidade dos pacientes, evidenciada nos autos da ação penal de origem, bem como o fato de que o crime perpetrado teve enorme repercussão em comunidade interiorana. 4. Ordem denegada. Decisão A Turma, por votação unânime, indeferiu o pedido de habeas corpus, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Gilmar Mendes e Cezar Peluso. 2ª Turma, 08.04.2008. PACTE.(S): ANTONIO ACIR CAMARGO PACTE.(S): ALEXANDRE GOMES IMPTE.(S): RAIMUNDO OLIVEIRA DA COSTA COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Rel. Min. Joaquim Barbosa.

O Ministro fundamenta, na enorme repercussão social na localidade em que o crime ocorreu, bem como periculosidade do agente e possibilidade de continuação de prática criminosa.

É patente a *futureologia perigosista* adotada na decisão acima. Está contrária ao posicionamento já citado do Ministro Sepúlveda Pertence¹⁹³, haja vista que não pode ser o órgão constitucional refém das relações e manifestações sociais, quase sempre realizadas no calor da emoção, desprovida de razão, pois tais fatores não podem influenciar na privação da liberdade, sob pena de infração de direitos fundamentais.

Não há como no Estado Democrático de Direito uma decisão denegatória de liberdade, proferida pela Corte Constitucional, ter como fundamento conceito tão vago, aberto, desprovido de concretude e antidemocrático.

Urge criticar o fato de que o acórdão que negou a ordem no HC 89937/São Paulo, teve votação unânime. Votaram de acordo com o Relator os Ministros Celso de Mello, Carmen Lúcia e Ricardo Lewandowski. Estavam ausentes do plenário os Ministros Cezar Peluso e Gilmar Mendes.

Na pesquisa com as palavras ‘clamor social preventiva’¹⁹⁴ encontrou-se 52 acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal.

Um dos acórdãos merece destaque. É de Relatoria do Ministro Cezar Peluso, HC 98866 – Rio Grande do Sul, publicado em 16-10-2006:

AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Habeas corpus. Impetração contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido ao STJ, negou seguimento ao pedido. Supressão de instância. HC a que se nega seguimento. Concessão, porém, de ordem de ofício, para cassar decreto de prisão fundado na necessidade de restabelecimento da ordem pública, abalada pela gravidade do crime e pela crença de impunidade que domina o senso comum. Exigência do clamor público e da credibilidade da Justiça. Inadmissibilidade. Razão que não autoriza a prisão cautelar. Ofensa ao art. 5º, LVII, da CF. Precedentes. Em princípio, não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido a Tribunal Superior, não conhece do pedido.
Concede-se ordem de ofício para cassar decreto de prisão preventiva

¹⁹³ E, na generalidade dos casos - não obstante, episódicas vacilações pendulares -, o Tribunal tem dado prevalência a tais preocupações constitucionais e repellido a prisão preventiva fundada em motivos alheios aos imperativos cautelares que a podem legitimar: é ver, por exemplo, a recusa, como fundamento da preventiva, do apelo exclusivo à gravidade do fato, definido ou não como crime hediondo (v.g., HC 69950, Rezek, RTJ 128/147; HC 68631, Pertence, RTJ 137/287; HC 76730, Gallotti, 01.03.98; HC 79204, Pertence, 01.06.99; HC 79392, Pertence, 31.08.99), assim como da invocação do clamor público, com frequência confundido com o estrépito dos veículos de comunicação de massa (e.g., HC 71289, 09.08.94, Galvão, DJ 6.9.96; HC 78425, Néri, 19.11.99; HC 79781, Pertence, 18.04.99, Informativo STF 188).

¹⁹⁴ Pesquisa realizada no site www.stf.gov.br, realizada no dia 12 de dezembro de 2013, às 15h51.

baseado em suposta exigência do clamor público e da credibilidade da Justiça, para restabelecimento da ordem social abalada pela gravidade do fato. Decisão: A Turma, à unanimidade, não conheceu do pedido, mas concedeu, de ofício, ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa. 2ª Turma, 08.09.2009. HC 98866 / RS - RIO GRANDE DO SUL HABEAS CORPUS Relator(a): Min. CEZAR PELUSO Julgamento: 08/09/2009 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação DJe-195 DIVULG 15-10-2009 PUBLICAÇÃO 16-10-2009 Parte(s) PACTE.(S): ALEXSANDER LIMA ETCHEBEST IMPTE.(S): GUSTAVO ANDRÉ OLSSON E OUTRO(A/S) COATOR(A/S)(ES): RELATOR DO RHC Nº 24.497 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – sem destaque no original.

Chama atenção na presente decisão o fato de ter sido deferida de ofício a ordem, haja vista que a decisão guerreada tinha como fundamento a exigência do clamor público e da credibilidade da Justiça, para restabelecimento da ordem social abalada pela gravidade do fato.

No corpo do voto o Ministro Relator Cezar Peluso argumenta que

Cansa-se esta Corte de decidir que a gravidade do delito e o clamor social não são argumentos aptos a justificar a custódia cautelar de ninguém (HC no. 95.362, Rel. Min. CEZAR PELUSO DJe 08.05.2009; HC no. 96.483, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe 03.04.2009; HC no. 96.095, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe 13.03.2009; HC no. 94.509, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe 06.02.2009; RHC no. 95.906, Rel. Min. EROS GRAU, DJe 14.11.2008; HC no. 94.979, Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJe 03.04.2009, HC no. 94.554, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 27.06.2008, HC no. 91.741, Rel. p/ o acórdão Min. EROS GRAU, DJe 05.09.2008; HC, no. 93.315, Rel. Min. CEZAR PELUSO, DJe 27.06.2008; HC no. 94.144, Rel. Min. EROS GRAU, DJe 15.08.2008; HC no. 84.311, Rel. Min. CEZAR PELUSO, DJe 08.06.2007; HC no. 87.343, Rel. Min. CEZAR PELUSO, JSTF 345/417; HC 87.041, Rel. Min. CEZAR PELUSO, DJ 24.11.2006; HC no. 89.501, Rel. Min. CELSO DE MELLO, RTJ 202/256.

Ante tal demonstração, imprestável para justificação da medida cautelar a fundamentação exclusiva no clamor social e gravidade do delito, até mesmo porque não são causas legais previstas em nossa legislação.

Caso pudesse essa pressão externa, midiática, influenciar nas decisões dos Tribunais, inclusive os superiores, certamente ocorreriam condenações e absolvições injustas. Afastar-se-ia o Direito e entraria a influência de força populacional-midiática. Certamente os envolvidos no Mensalão teriam todos sido presos preventivamente, mesmo que não existindo requisitos para a restrição da liberdade cautelarmente.

A impossibilidade do decreto cautelar fundado no clamor público é uma decorrência do princípio da legalidade. Somente pode ocorrer o encarceramento

provisório se a conduta praticada pelo acusado seja capaz de justificar o acautelamento, o que não é o caso do clamor público.

A presunção de inocência impossibilita que o decreto sob fundamento de que a suposta prática do crime provocou o clamor popular.

A pronta reação estatal a um fato tido como típico, atendendo ao clamor público, como forma exemplar de punição afronta a presunção de inocência, haja vista a utilização da emoção e possibilidade de pressão popular. O sensacionalismo midiático em alguns casos concretos neste país, como o do goleiro Bruno e do casal Nardoni, faz com que a imprensa pré-julgue os acusados, viciando o veredicto final dos jurados, claramente afetando a presunção de inocência e a imparcialidade.

Imagina esta conseqüência em comarcas pequenas, onde todos são conhecidos entre si. Certamente afastar-se-ia o Direito para vingar o ato ilícito. O processo penal não serve para satisfazer interesses pessoais ou coletivos, mas para defesa e proteção dos direitos e garantias individuais do indivíduo, seja ele desviante ou não.

Não se pode deixar de apontar que a prisão cautelar, em processo de competência do tribunal do júri, pode levar com que o conselho de sentença preveja uma certeza existência da responsabilidade penal, pois se nada tivesse em desfavor do acusado/processado, certamente o juiz togado na teria o mantido preso. Tal fato pode viciar o veredicto final. Deve o magistrado, ao analisar a legitimidade da prisão cautelar, levar tal fato em consideração.

A violência está realmente grande na sociedade. Sente-se esta amedrontada, acreditando que a cautela provisória do acusado é a punição estatal já sendo imposta como forma tranquilizadora de toda a sociedade.

Ao contrário, a liberdade provisória ou a não decretação da custódia cautelar leva ao sentimento de impunidade, o que se sabe não ser verdade. A prisão cautelar não tem como fundamento a antecipação da pena, até mesmo porque não se sabe se haverá uma condenação, não servindo como meio de exemplificar a força estatal. Não possuem a prisão preventiva e a temporária força punitiva/repressiva. Prestam somente para o processo/inquérito.

Assim, a privação provisória da liberdade, como forma de punição, de moralização, de exemplificação, de demonstração de força estatal, atendendo a anseios sociais, à comoção, à gravidade do delito, à *futurologia perigosista*, dentre

outros argumentos não previstos pela legislação e trazidos de forma abstrata, como mera presunção, não pode persistir no Estado Democrático de Direito vigente, por ferir a presunção de inocência, o princípio da legalidade, o devido processo legal e a dignidade humana.

Necessário que este entendimento garantista do Supremo Tribunal Federal se irradie pelos julgadores, principalmente para o Tribunal Mineiro e seja aplicado nas comarcas, evitando o prejuízo do encarceramento desnecessário e ilegal.

4

Conclusão

Após as discussões trazidas sobre o tema fica patente que o garantismo penal não é uma escola que objetiva impunidade, pois as medidas restritivas dos direitos fundamentais devem ser proporcionais ao fim visado. Não devem atingir a substância do direito, pois o Estado deve se pautar por critérios de necessidade, proporcionalidade e razoabilidade para proferir suas decisões. Acautelamento sem preenchimento dos requisitos legais não é justiça. É antecipação do cumprimento da pena, inadmissível no Estado Democrático, conforme demonstrado no corpo do trabalho.

O direito penal deve ser mínimo, intervindo na esfera individual apenas em situações lesivas de fato. Não está o poder punitivo estatal livre. Está submetido às regras do direito, não podendo agir violentamente contra todas as liberdades.

Não há qualquer arbitrariedade em se decretar a custódia cautelar de um agente quando preenchidos e justificados os requisitos legais para a decretação da prisão. Impossível é a inobservância das regras legais.

O garantismo é um modelo normativo de direito, inserindo critérios de nacionalidade e civilidade na intervenção estatal, por se tratar a liberdade de direito indisponível.

É preciso resguardar os meios necessários para a defesa e respeito ao processado/acusado, sem extrapolar os limites da exposição midiática, da razoabilidade ou defesa de benesses sem razões lógicas e legais.

Não é possível se pensar que a prisão cautelar é uma pena processual, em que primeiro se castiga e depois se processa, atuando com caráter de prevenção geral e especial e como forma de retribuição pelo injusto praticado. A necessidade da medida coercitiva mais grave (prisão), deve ocorrer apenas excepcionalmente, pois sempre que possível, a cautela provisória deve ser substituída por providências cautelares menos graves, não privativas da liberdade, conforme as trazidas no artigo 319 do Código de Processo Penal, instituídas pela Lei número 12.403/2011.

Não é a intervenção estatal, após o crime já ocorrido, que vai reduzir a criminalidade neste país. Argumentos autoritários de *Tolerância Zero* não possuem fundamentos e inadmissíveis no Estado Democrático.

Impossível a argumentação de que a prisão preventiva deve ser utilizada como meio de combate ao crime, como forma de estabilização social ou redução de criminalidade. Sua cautelaridade faz com que ela sirva somente ao processo, e não como forma de defesa da comunidade. As prisões cautelares não podem ser utilizadas como medidas de urgência, para atender a opinião pública, aos programas televisivos sensacionalistas, com a ilusão de justiça imediata, gerando em todos a ideia que somente será punido aquele que estiver preso preventivamente. Passa-se uma falsa impressão de que há eficiência da justiça se o agente ficar solto.

Não se pode admitir que devido a grande morosidade judicial que a *justiça seja feita*, prendendo-se no início do processo apenas para esta satisfação. As prisões cautelares não são para fazer justiça, mas garantidoras do normal funcionamento do procedimento penal, por meio do processo penal de conhecimento, para ao final buscar-se a responsabilização penal do agente, quando existentes autoria, materialidade e pena corpórea prevista no tipo penal violado.

Políticas públicas sérias é que reduzem a criminalidade. Investimento em saúde, geração de emprego, educação, moradia, estruturação do Judiciário, dentre outras, é que devem ser buscas pelo Estado.

Não há na legislação conceito sólido para a expressão garantia da ordem pública. Entretanto a periculosidade do réu tem sido apontada como fator preponderante para a custódia cautelar. O conceito de ordem pública não visa prevenir a reprodução de fatos delituosos, mas pela natureza de prisão cautelar deve ser garantia para o processo, vez que provisória.

Os termos como periculosidade, personalidade, antecedentes e conduta social, clamor social, gravidade abstrata do delito, se solto voltará a delinquir, pressão da mídia, pressão popular, tornam o ato jurisdicional extremamente arbitrário. Fere a taxatividade, principal garantia do direito e do processo penal por estabelecer variáveis e limites à interpretação da norma e à atuação processual.

Apesar de ser um conceito aberto, não há como atrelar à garantia da ordem

pública a pressão popular, a gravidade abstrata do delito ou ausência de demonstração concreta do perigo que representa a liberdade. Não basta a afirmação de que solto voltará a delinquir (*futurologia perigosista*). Deve-se demonstrar na concretude o risco da liberdade, para admissão da exceção prisão.

O clamor público ou a comoção social se forem inadequadamente utilizados para fundamentar um decreto prisional certamente estará se levando para a decisão um sentimento de vingança, de resposta imediata, de satisfação à sociedade, de repressão, características estranhas às medidas cautelares.

A presunção de inocência foi incorporada no ordenamento constitucional utilizando-se como marco a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948 e o Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, que já traziam tal presunção. Por ser direito fundamental, é irrenunciável, sendo certo que não está o investigado, acusado ou réu obrigado a colaborar com a colheita da prova, pois não é obrigado a fazer prova contra si mesmo.

No Estado Democrático, a liberdade é a regra, prisão exceção. Prisão pena somente após o trânsito em julgado. Antes do trânsito, somente prisão em virtude de uma cautelar.

Assim, ante a dignidade humana, bem como a presunção da inocência, o encarceramento, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, somente poderá ocorrer a título de cautelar, desde que preenchidos todos os requisitos, sob pena de afronta a princípio e garantia fundamental do cidadão, que não pode ser mitigado por autoridades arbitrárias, pressão popular ou midiática.

Admitir decisões equivalentes às criticadas neste trabalho como acertadas é aceitar uma externa intervenção no Judiciário que termina em mitigar princípios basilares do Estado Democrático.

Não se pode deixar de afirmar que o Estado deve investir mais em educação do que em sistema carcerário, pois não é a prisão a solução dos problemas de violência, mas o investimento em políticas públicas-sociais sérias e efetivas.

5

Referências Bibliográficas

BARBOSA, Rui. **O Dever do Advogado**, Rio de Janeiro: Aidê Editora, 1985.

BATISTA, Weber Martins. **Liberdade provisória**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**, Tradução Torrieri Guimarães, São Paulo: Martin Claret, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Lições de Direito Penal** – parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CÂMARA, Luiz Antonio. **Medidas cautelares pessoais**. Curitiba: Juruá, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Amílton Bueno. **Aplicação da pena e garantismo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2000.

CARVALHO, Salo. **Penas e Garantias**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2001.

CONVENÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS – PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA, disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>, acessado em 04-11-2013, às 16h35

DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, disponível em http://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_dos_Direitos_do_Home

m_e_do_Cidad%C3%A3o, acessado em 21 de março de 2013, às 13h55

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DORNELLES, João Ricardo W. **Direitos Humanos e Serviço Social: polêmicas, debates e embates**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Editora RT, 2002.

_____. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Tradução Raquel Ramalhete, Petrópolis: Editora Vozes, 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – parte geral**, Niterói: Impetus, 2009.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Inimigo**, disponível em <http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1029>, acessado no dia 23 de outubro de 2013, às 10h53.

HABERMAS. Jürgen. **A Inclusão do Outro**. Estudos de teoria política. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. **A (Des) razão da prisão provisória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **(Prisões Cautelares)**, São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Teoria Constitucional do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MANZANO, Luís Fernando de Moraes, **Curso de Processo Penal**, 1ª ed., São

Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana – estudos de Direito Civil-Constitucional**, Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

Notícias sobre o 7º Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, fornecidos pelo Depen (Departamento Penitenciário Nacional), <http://www.tribunahoje.com/noticia/82662/brasil/2013/11/06/sete-estados-tem-mais-presos-provisorios-que-condenados.html>, acessado no dia 07 de novembro de 2013, às 16h14.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Código de Processo Penal Comentado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**, São Paulo: Atlas, 2013.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, São Paulo: Atlas, 2013.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

ROSA, Alexandre. **O Juiz (garantista) e a Execução Penal por uma racionalidade consequencialista (MacCormick)**. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 19 de outubro de 2004.

SANGUINÉ, Odone. **A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, 2001.

SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito Penal no Estado Democrático de Direito: perspectivas (re) legitimadoras**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHREIBER, Anderson. **Direito e Mídia**. São Paulo: Atlas, 2013.

SOUZA, Ivan da Cunha; SOUZA, Danilo da Cunha. **Prisão Preventiva e Clamor Público**. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, nº 09, Porto Alegre, agosto de 2001.

STIPP, Álvaro. **Garantismo.** disponível em <http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Garantismo>, acessado dia 14 de março de 2013, às 11h28.

STRUCHINER, Noel e outros. **Teoria do Direito Constitucional. Separação ou reconstrução do positivismo jurídico.** São Paulo: editora Método.

TOLEDO, Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal,** São Paulo: Saraiva, 1994.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal,** São Paulo: Saraiva, 2010.

WIKIPÉDIA, disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Shylock>, acessado em 13 de fevereiro de 2014, 11h33.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral.** 4ª ed. São Paulo: Editora RT, 2002.

_____. **O Inimigo no Direito Penal.** 2. ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.