

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP

Jorge Carlos Carrasco

**Prisões cautelares e princípios constitucionais**

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2010

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP

Jorge Carlos Carrasco

**Prisões cautelares e princípios constitucionais**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito das Relações Sociais, Direito Processual Penal, sob a orientação do Professor Doutor Marco Antônio Marques da Silva.

SÃO PAULO

2010

Banca Examinadora

---

---

---

## RESUMO

O trabalho tem como proposta abordar os princípios constitucionais nas prisões de natureza cautelar previstas no ordenamento jurídico processual penal brasileiro. Procurou-se como objetivo geral estabelecer pontos de reflexão sobre o tema, a partir da análise da necessidade e excepcionalidade das prisões cautelares, do direito à sua execução provisória e eventual conflito entre esse direito e a preservação do direito de liberdade. Os objetivos específicos se delimitaram a apresentar o histórico e as características da prisão cautelar, suas espécies e analisar os reflexos pessoais e sociais da prisão preventiva. Foi também objeto de consideração a gravidade da medida cautelar, em caráter de extrema excepcionalidade, imposta com a finalidade pretendida de estabelecer o equilíbrio entre os dois deveres do Estado: - proteção e segurança à sociedade e garantia e proteção das liberdades e direitos fundamentais dos indivíduos que a integram. As espécies de prisão cautelar foram repensadas à luz dos princípios e garantias constitucionais considerando-se os fins da prisão preventiva. De acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a legitimidade das prisões cautelares deve ser aferida tendo como norte o princípio da não culpabilidade. Procuramos estudar e demonstrar que as prisões cautelares são agasalhadas pelo manto da excepcionalidade seguindo as modernas tendências dos Superiores Tribunais, anexando para tanto jurisprudência pátria. Para o desenvolvimento desta pesquisa, optou-se pelo estudo bibliográfico em doutrinas, jurisprudências e legislações pertinentes à temática abordada. Assim, o estudo justificou-se e fez-se relevante para demonstrar que estão revogadas todas as normas anteriores à Constituição Federal que determinam a prisão processual automática e obrigatória sem justificção concreta. Devem ser consideradas inconstitucionais todas as normas que vedam a liberdade provisória, quando não justificadas na necessidade concreta da prisão, como aquelas baseadas exclusivamente na gravidade do delito.

**Palavras-Chave:** Prisão cautelar – espécies. Princípios e garantias constitucionais. Excepcionalidade da medida. Princípio da presunção da inocência. Nova orientação pretoriana.

## ABSTRACT

This paper proposes to address the constitutional principles in the prisons of interim nature under Brazilian law of criminal procedure. We aimed to establish the general objective points of reflection on the subject based on the analysis of necessity and uniqueness of precautionary detention, on the right to implement its temporary and possible conflict between that law and preserving the right to freedom. The specific objectives are delimited to present the history and characteristics of precautionary detention, its types and analyze the personal and social consequences of temporary detention. It was also subject of consideration the seriousness of the injunction, on an extremely exceptional character, imposed in order to establish the desired balance between the two duties of the State: - protection and security to society and security and protection of fundamental rights and freedom of the individuals it includes. The types of precautionary detention were reconsidered in light of the constitutional principles and guarantees by considering the purposes of preventive detention. According to the understanding of the Federal Supreme Court, the legitimacy of precautionary detention must be viewed based on the principle of non-culpability. It is necessary to study and demonstrate that precautionary detention is protected by its extraordinary character following the modern trends of Superior Courts of Law, attaching jurisprudence. For this research, we opted for bibliographical study on doctrines, jurisprudence and legislation pertinent to the theme. Thus, the study was justified and was relevant to show that all rules prior to the Federal Constitution which determines automatic and mandatory prison without real justification are revoked. All rules which prohibit the bail, when not justified in real need of arrest, such as those based solely on the seriousness of the crime, should be considered unconstitutional.

**Keywords:** Precautionary detention-types. Constitutional principles and guarantees. Extraordinary character of measure. Principle of presumption of innocence. New Praetorian orientation.

## **LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS**

ONU	Organização das Nações Unidas
RDD	Regime Disciplinar Diferenciado

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	9
1 O PROCESSO PENAL.....	13
1.1 Sistemas de Processo Penal .....	15
1.2 Sistema Processual Penal Brasileiro e o Código de Processo Penal de 1941.....	16
1.3 A Evolução Histórica das Prisões Cautelares.....	19
2 A PRISÃO .....	22
2.1 História das Prisões .....	22
2.2 A Prisão como Instrumento de Disciplina .....	23
2.3 Princípios Constitucionais.....	25
2.3.1 Princípio do devido processo legal.....	25
2.3.2 Princípios do contraditório e da ampla defesa .....	27
2.3.3 Do dever de motivar as decisões .....	30
2.3.4 Princípio da presunção de inocência.....	32
2.3.5 Princípio <i>in dubio pro reo</i> .....	35
2.3.6 Princípio da legalidade.....	36
2.3.7 Princípio da proporcionalidade .....	37
2.3.8 Princípio da duração razoável do processo .....	39
2.4 Conceitos de Prisão .....	41
2.5 Espécies de Prisão .....	42
2.6 Mandado de Prisão .....	42
2.7 Prisão em Domicílio e em Perseguição .....	43
2.8 Prisão Especial .....	44
3 O USO DE ALGEMAS E A ATIVIDADE POLICIAL.....	45
3.1 Súmula Vinculante nº 11 .....	45
3.2 Princípio da Proporcionalidade.....	46
3.3 Considerações Finais.....	47
4 ANÁLISE DO ARTIGO 5º, INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	50
4.1 A Presunção de Inocência e a Prova Penal.....	51
4.2 Presunção de Inocência e Prisão Cautelar.....	51
4.3 Presunção de Inocência como Regra de Juízo .....	54

4.4	O Estado de Inocência .....	54
4.5	O Pacto de San José da Costa Rica.....	58
5	ESPÉCIES DE PRISÃO CAUTELAR.....	63
5.1	Prisão em Flagrante.....	63
5.1.1	Flagrante próprio .....	64
5.1.2	Flagrante impróprio.....	64
5.1.3	Flagrante presumido .....	65
5.1.4	Flagrante compulsório ou obrigatório e flagrante facultativo .....	65
5.1.5	Flagrante preparado ou provocado.....	66
5.1.6	Flagrante esperado.....	66
5.1.7	Flagrante prorrogado ou retardado.....	67
5.1.8	Flagrante forjado .....	67
5.1.9	Ocorrência de situação flagrancial nas diversas espécies de crimes ...	67
5.2	Prisão Temporária .....	70
5.3	Prisão Decorrente de Sentença de Pronúncia .....	74
5.4	Prisão Decorrente de Sentença Condenatória Recorrível .....	75
5.5	Prisão Preventiva <i>Stricto Sensu</i> .....	75
5.5.1	Hipóteses de incidência da prisão preventiva .....	76
5.5.2	Prisão preventiva na Lei Maria da Penha (lei nº 11.340/2006).....	77
6	AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS QUE SE INSEREM COMO COROLÁRIOS DAS PRISÕES CAUTELARES.....	79
6.1	Princípio do Devido Processo Legal.....	79
6.2	Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa.....	80
6.3	Do Dever de Motivar as Decisões .....	82
6.4	Princípios da Presunção de Inocência e <i>In Dubio Pro Libertatis</i> .....	86
6.5	Princípio da Legalidade.....	89
6.6	Princípio da Proporcionalidade.....	90
6.7	Princípio da Duração Razoável do Processo .....	92
7	REQUISITOS E FUNDAMENTOS DAS MEDIDAS CAUTELARES .....	95
7.1	<i>Fumus Boni Iuris e Periculum in Mora</i> .....	95
7.2	Considerações: <i>fumus commissi delecti e periculum libertatis</i> .....	96
8	EXCESSOS DE PRAZO NA PRISÃO PREVENTIVA E A REFORMA PROCESSUAL PENAL.....	99

<b>9</b>	<b>DA EXECUÇÃO DA PENA .....</b>	<b>103</b>
<b>9.1</b>	<b>Regime Integral Fechado .....</b>	<b>104</b>
<b>9.2</b>	<b>Progressão do Regime Prisional.....</b>	<b>104</b>
<b>9.3</b>	<b>Progressão do Regime Prisional nos Crimes de Tortura.....</b>	<b>106</b>
<b>9.4</b>	<b>Progressão do Regime Prisional nos Crimes Hediondos.....</b>	<b>107</b>
<b>9.5</b>	<b>Da Irretroatividade e Retroatividade da Lei .....</b>	<b>109</b>
	<b>CONCLUSÕES .....</b>	<b>114</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>116</b>
	<b>ANEXOS .....</b>	<b>120</b>

## INTRODUÇÃO

A concretização da cidadania num Estado Democrático de Direito, passa pelo papel da polícia-garantidora da estabilidade social – na apuração das infrações penais a qual deve desempenhar suas funções de acordo com as prescrições legais, sempre pautadas para os reflexos que sua atuação pode causar à sociedade.

O Direito Processual Penal, por sua vez, constitui um poderoso instrumento estatal, a serviço da sociedade como um todo, e dos indivíduos que a integram, se consubstanciando numa forma de regramento que disciplina o direito de punir do Estado. Pretende o Direito Penal regular a vida em sociedade, apenando aquelas condutas que destoem do esperado pela comunidade. Assim, o processo instrumentaliza, vale dizer, estabelece as regras por meio das quais o Estado, representante da sociedade, pode infligir uma pena.

A dissertação versa sobre a prisão cautelar e os princípios constitucionais. Destarte, o trabalho inicia-se com o estabelecimento dos alicerces da temática, a partir do estudo dos fundamentos de existência do Direito Processual Penal, em consonância com o desenho constitucional vigente, mormente ante o Estado Democrático de Direito.

A hipótese que sustenta este estudo é que a prisão cautelar, sem a devida fundamentação de *periculum in mora e fumus boni iuris*, contraria as bases do Estado Democrático de Direito, pois acreditamos que manter preso provisoriamente aquele que, ao final da sanção, alcançará a liberdade, e terá extinta a punibilidade em decorrência da suspensão condicional do processo, e contribuirá efetivamente para a descrença da função intimidativa da pena e desprestigiara a Justiça, fatores negativos que podem futuramente comprometer a paz social.

A Constituição Federal de 1988 instituiu os princípios da ampla defesa e da presunção de inocência, princípios estes que devem ser garantidos a todos os acusados.

O princípio da inocência apregoa que o indiciado, por não poder ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não poderá sofrer quaisquer sanções, salvo no caso de necessidade comprovada.

Dessa forma, por força do referido princípio constitucional, qualquer prisão processual penal (ocorrida antes do trânsito em julgado da sentença condenatória) desprovida dos requisitos exigidos para sua decretação, contraria os preceitos norteadores de um Estado Democrático de Direito.

É importante, no entanto, que o princípio da inocência não veda a estipulação de variadas formas de prisões, desde que criadas por lei e decretadas por autoridade judicial competente (artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal).

De acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a legitimidade das prisões cautelares deve ser aferida tendo como norte o princípio da inocência.

Assim, o estudo justifica-se e faz-se relevante no sentido que pretende demonstrar que estão revogadas todas as normas anteriores à Constituição Federal que determinam a prisão processual automática e obrigatória sem justificção concreta. Devem ser consideradas inconstitucionais todas as normas que vedam a liberdade provisória, quando não justificadas na necessidade concreta da prisão, como aquelas baseadas exclusivamente na gravidade do delito.

Nesta esteira desse pensamento, trazemos à colação considerações sobre o novo Código de Processo Penal que tramita no Senado, que, uma vez aprovado, pode ser uma alternativa para reduzir a quantidade de presos no país.

Esse projeto prevê 16 medidas que podem evitar que o acusado seja preso antecipadamente e reduzir os casos de prisão provisória e sua duração.

São previstas medidas alternativas, como recolhimento domiciliar, monitoramento eletrônico, proibição de se ausentar da comarca ou do país, comparecimento periódico a juízo, que seriam adotadas para assegurar o comparecimento do acusado ao processo, sem necessidade de uma providência extrema, como é a prisão.

Esse conceito tem permitido aos juizes invocar razões como a “exemplaridade”, a pronta reação ao crime, à gravidade do crime, motivos que se confundem, muitas vezes, com punição antecipada.

A prisão provisória deveria ser adotada em uma excepcional necessidade do processo que justificasse o encarceramento. Exemplos: evitar a fuga do acusado, ameaças às testemunhas, etc.

Pode-se afirmar, em síntese, que a prisão provisória apresenta-se no conceito atual com nova roupagem, devendo ser considerada como medida extrema em situações nas quais a liberdade do acusado possa comprometer o regular desenvolvimento e a eficácia da atividade processual.

Reafirma-se, assim, o valor da preservação dos princípios constitucionais que deverão servir de suporte e fundamento para estruturar as leis processuais, além de funcionarem como vetores para a mais correta interpretação dessas leis.

O objetivo do trabalho foi examinar mais detidamente a prisão, seu histórico, conceituação, espécies, etc.

Finalmente, estuda-se o princípio da presunção de inocência e sua relação com a prisão cautelar.

O método de abordagem do referido tema será o indutivo, a partir do qual a conclusão resultará da análise das questões doutrinárias e legais relacionadas ao papel do delegado de polícia e ao inquérito policial. A técnica de pesquisa empregada será a pesquisa bibliográfica por meio do levantamento de dados a partir de livros, textos, monografias, bem como artigos relacionados ao tema.

Nas Ordenações Filipinas, a regra era a prisão. Contudo, o príncipe podia, por motivos justos, conceder a fiança ao réu, desde que indicasse fiadores idôneos. Caso contrário, aguardaria o julgamento do preso.

Em 1822, com a proclamação da Independência, revogaram-se as Ordenações Filipinas e alguns juristas brasileiros, inspirados na filosofia iluminista e na Declaração dos Direitos do Homem do cidadão de 1789, começaram a admitir e agregar à legislação os princípios da igualdade de todos os homens perante a lei, a personificação da pena e a utilidade pública da pena.

É cediço que a prisão cautelar é também tradição jurídica. Tanto o Código do Império como a legislação da era republicana permitiam a prisão do acusado sem culpa formada, em se tratando de delitos inafiançáveis.

Hoje, encontramos a figura da prisão cautelar na memória dos Estados de Direito, e sua utilização ocorre sempre dentro dos estreitos limites legais, de modo a não ofender as garantias individuais dos cidadãos.

## 1 O PROCESSO PENAL

O Direito Penal e Processual Penal devem assumir para o legislador, o intérprete e o aplicador, a posição política de instrumentos a serviço do convívio social em conformidade com a Constituição.

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho:

[...] nenhuma norma de hierarquia inferior pode estar em contradição com outra de dignidade superior – princípio da hierarquia – e nenhuma norma infraconstitucional pode estar em desconformidade com as normas e os princípios constitucionais, sob pena de inexistência, nulidade, anulabilidade ou ineficácia do princípio da constitucionalidade.<sup>1</sup>

Contudo, o Direito Penal não possui “coerção direta”. Noutras palavras: “não tem atuação nem realidade concreta fora do processo correspondente”. Para que a pena possa ser aplicada, faz-se mister o cometimento de um “injusto típico” e a existência do prévio e devido processo penal.

A pena, nesse diapasão, é efeito jurídico da ocorrência do delito e, também, do processo. O processo penal, porém, não é efeito do delito, mas decorrência da necessidade de se impor a pena àquele que o cometeu. Assim, a pena depende da existência do delito e do processo penal. Se o processo terminar antes de desenvolver-se completamente ou de forma inválida, não há que se falar em imposição de pena.

Assim sendo, em virtude dessa íntima relação entre o Direito Penal e o Direito Processual Penal há de se notar que ao modelo apregoado de “direito penal mínimo” corresponde, necessariamente, um processo penal de índole “garantista”, vale dizer: que garanta os direitos do imputado e que minimize os espaços impróprios da discricionariedade judicial. Desse modo, fundamenta a independência do Poder Judiciário e seu papel de controle de legalidade dos atos estatais.

O desenvolvimento do processo penal relaciona-se à própria evolução da pena, em face da estrutura de cada Estado num determinado período. A titularidade do direito de punir pelo Estado surgiu no momento em que se aboliu a vingança privada e reconheceram-se critérios de Justiça.

---

<sup>1</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 75.

O Estado, ao se fortalecer, passou a exigir a utilização de estrutura preestabelecida – o Poder Judiciário e o respectivo processo judicial – em que seria solucionado o conflito e sancionado o autor da violação ao bem penalmente protegido. O processo tornou-se, então, a única estrutura legítima para a imposição de uma pena.

O Direito impõe que só o Poder Judiciário, por meio do devido processo penal, pode declarar o delito e impor a pena. Assim, cumpre aos tribunais reconhecer a existência do fato criminoso e determinar a pena proporcional aplicável ao seu autor. Essa operação, necessariamente, deve ser feita por processo penal válido e respeitadas todas as garantias constitucionais do acusado.

Outrossim, a função primordial do Direito Penal não é a punição do indivíduo, como instrumento da violência estatal, tampouco a prevenção da prática de crimes.

A legalidade penal visa, principalmente, proteger o indivíduo ante o Estado.

A lei penal não busca tornar possível a violência estatal, mas a legítima, controla e vincula.

O Direito Penal e Processual Penal têm por fins principais a realização efetiva do Estado Democrático de Direito e do respeito aos direitos e garantias individuais arrolados na Constituição e, como fundamento histórico-filosófico, a primazia do indivíduo em face do Estado e da sociedade. As funções daqueles não podem ser incompatíveis com os fins e o modelo de Estado elencados na Constituição Federal.

A Constituição Federal traz os fundamentos institucionais, políticos e ideológicos do ordenamento jurídico, por se situar, com rigidez, no ápice normativo predominante sobre as fontes formais do Direito.

Em conformidade com o pensamento de José Frederico Marques:

[...] o direito processual confere aos indivíduos os instrumentos e remédios para a defesa de seus direitos, razão pela qual a Constituição, que é onde se definem os direitos básicos da pessoa humana, traça e prevê garantias e meios para eficazmente garanti-los.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup>MARQUES, José Frederico. Processo penal e Constituição Federal. In: PORTO, Hermínio A. Marques; SILVA, Marco A. Marques da. (Orgs.). **Processo penal e Constituição Federal**. São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 14.

Os princípios constitucionais estabelecem “regras gerais” e de “obediência obrigatória”, cuja fonte se encontra na própria Constituição.

No dizer de José Frederico Marques (1993, 9.15): “[...] são eles preceitos amplos e genéricos, impostos pela Constituição, para assegurar os valores éticos e políticos que ela consagra e adota”.

A jurisdição penal atua, assim, como jurisdição constitucional de liberdades, uma vez que tutela imparcialmente o direito de liberdade do indivíduo, quando este se encontra sob ameaça ou a atuação da persecução penal, ou até mesmo quando enfrenta o legislador através do controle de constitucionalidade.

Por outro lado, no âmbito criminal, é sensível o desrespeito aos valores que orientam os fins do Direito Penal e Processual Penal. No momento em que se opta por um valor preponderante, todo ordenamento jurídico, bem como sua interpretação deve passar a segui-lo, diminuindo o arbítrio e fortalecendo as garantias democráticas.

### **1.1 Sistemas de Processo Penal**

É possível identificar-se, historicamente, três sistemas de processo penal, a saber: a) inquisitivo; b) acusatório; e c) misto.

O sistema inquisitivo é aquele que se caracteriza pela concentração dos poderes de acusar e de julgar nas mãos de uma única pessoa: o magistrado. A confissão do réu é buscada a todo custo, pois é considerada a “rainha das provas”. O procedimento é escrito e sigiloso. Não há debates orais, tampouco publicidade. O julgador não pode ser recusado. Não há contraditório, nem direito de defesa.

O sistema acusatório, que remonta à Índia, Atenas e Roma Republicana, e que, atualmente, vigora em muitas legislações atuais, ao contrário do inquisitivo, atribui as funções de acusar e julgar a órgãos diversos.

Esse sistema, em conformidade com Guilherme de Souza Nucci, tem por características: a) liberdade de acusação deferida ao ofendido e a qualquer cidadão; b) predomínio da liberdade de defesa; c) igualdade entre as partes no processo; d) procedimento público e contraditório; e) possibilidade de recusa do julgador; f)

sistema livre de produção de provas; g) predomínio da participação popular na justiça criminal; e h) a liberdade do imputado e a regra em face do princípio da presunção de inocência.<sup>3</sup>

Com a adoção do sistema acusatório deu-se a processualização da persecução penal, estruturado para a atuação de três partes na relação processual.

Deve-se lembrar que, no sistema inquisitivo, o processo penal, apesar de judicializado, não tinha contornos jurisdicionais, pois o juiz atuava na persecução penal, com poderes de autotutela do Estado na luta contra o crime, em vez de, como ocorre no sistema acusatório, ser órgão destinado a compor imparcialmente o litígio penal, dando a cada um o que é seu.<sup>4</sup>

O sistema misto ou acusatório formal surgiu após a Revolução Francesa, sendo introduzido na França pelo *Code d'Instruction Criminelle* de 1808, sobretudo, em decorrência da luta dos enciclopedistas contra o processo inquisitivo que vigorava até então. Quase todas as legislações européias também o adotaram.

Esse sistema caracteriza-se pela divisão do processo em duas fases distintas: a de instrução preliminar ou prévia, de índole inquisitiva; e a de julgamento, com caracteres preponderantes do sistema acusatório.

Na primeira fase, o procedimento é secreto, escrito e não contraditório. No segundo momento, o procedimento caracteriza-se pela oralidade, publicidade e contraditoriedade e pela concentração dos atos processuais, intervenção de juízes populares e livre apreciação das provas.<sup>5</sup>

## 1.2 Sistema Processual Penal Brasileiro e o Código de Processo Penal de 1941

Afirme-se: o atual texto constitucional trouxe consigo um sistema de direitos e garantias constitucionalmente positivadas, que rompeu com grande parte dos paradigmas existentes anteriormente. Dessa forma, foi com a promulgação da

---

<sup>3</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Lúmen Júris. Manual de Processo Penal e Execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 99.

<sup>4</sup>MARQUES, José Frederico. O processo penal na atualidade. In: PORTO, Hermínio A. Marques; SILVA, Marco A. Marques da. (Orgs.). **Processo penal e Constituição Federal**. São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 18.

<sup>5</sup>NUCCI, op. cit., p. 100, nota 3.

Constituição de 1988, que apareceu no horizonte normativo pátrio, um instrumento de mudança e de evolução do sistema processual vigente.

Assim sendo, promulgada a Constituição Federal de 1988 determinou-se de um lado, um Código de Processo Penal de 1941, obsoleto, fundado num autoritarismo fascista, com inúmeras influências inquisitivas e, de outro, um moderno texto constitucional que institui um amplo sistema de garantias constitucionais.

O sistema instituído pelo Código de Processo Penal de 1941, em meados do século XX, vigente até os dias atuais, sofreu influência significativa da legislação processual italiana, editada na década de 1930, durante o regime fascista.

A autoridade exacerbada e a presunção de culpabilidade eram as características básicas do sistema processual instituído.

Promulgada a Carta Magna de 1988, o princípio basilar do ordenamento processual vigente (princípio da presunção da culpabilidade deixou de existir), não mais subsistia na nova ordem constitucional. Determinou-se a exclusividade para o exercício da ação penal pública que foi dada ao *parquet*, bem como a instituição das garantias constitucionais do devido processo penal, do contraditório e da ampla defesa – as duas últimas decorrentes da primeira – todas aplicáveis ao processo penal.

O processo justo ou o devido processo penal, segundo Alexandre de Moraes:

[...] configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito da liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-Persecutor e plenitude de defesa (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado por juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).<sup>6</sup>

O sistema de garantias asseguradas constitucionalmente deixa claro que o constituinte de 1988 optou pelo sistema contraditório.

Ressalte-se, por oportuno, que, parte da doutrina diverge com relação ao sistema processual vigente, uma vez que o Código de Processo Penal brasileiro prevê uma fase processual com fortes características inquisitivas e na fase

---

<sup>6</sup>MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 97.

processual, um sistema de garantias processuais e constitucionais assegurador dos direitos presentes no sistema acusatório.

Guilherme de Souza Nucci entende que o sistema adotado pelo Brasil, embora não oficialmente, é o misto. O autor argumenta:

[...] há dois enfoques: o constitucional e o processual. Em outras palavras, (se fôssemos seguir exclusivamente o disposto na Constituição Federal, poderíamos até dizer que o nosso sistema é acusatório). Ocorre que nosso processo penal (procedimentos, recursos, provas etc.) é regido por Código específico, que data de 1941, elaborado em nítida ótica inquisitiva processual, o processo torna-se eminentemente contraditório, público e escrito (sendo que alguns atos são praticados oralmente, tais como debates em audiência ou sessão). O ônus da prova incumbe às partes, mas o juiz não é um espectador inerte a sua produção, podendo, a qualquer instante, determinar de ofício quaisquer diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante [...] a Constituição Federal assegura o sistema acusatório no processo penal. Estabelece “o contraditório e a ampla defesa, com meios e recursos inerentes” (artigo 5º, LV); a ação penal é promovida, privativamente, pelo Ministério Público (artigo 129, inciso I), embora assegure ao ofendido o direito à ação penal subsidiária (artigo 5º, LIX); a autoridade julgadora é autoridade competente – juiz constitucional ou juiz natural (artigos 5º, LIII, 92 a 126): há publicidade dos atos processuais, podendo a lei restringi-la apenas quando há decretação de sigilo pelo magistrado.<sup>7</sup>

Saliente-se que, apesar de o sistema misto ser o adotado por grande parte dos países da Europa Continental, o sistema brasileiro, mesmo com a existência de poucas semelhanças, não se enquadra naqueles padrões.

Trazemos à colocação o pronunciamento de Fernando da Costa Tourinho Filho que adverte: “no direito pátrio, o sistema adotado é o acusatório”. No seu entendimento:

O processo é eminentemente acusatório. Não temos a figura do instrutor. A fase processual propriamente dita é precedida de uma fase preparatória, em que a autoridade policial procede à investigação não contraditória, colhendo à maneira do juiz instrutor, as primeiras informações a respeito do fato infringente da norma e respectiva autoria. Com base nessa investigação preparatória, o acusador, seja o órgão do Ministério Público, seja a vítima, instaura o processo por meio da denúncia ou queixa. Já agora, em juízo, nascida a relação, defesa da intimidade ou do interesse social o exigirem (artigos 5º, LX e 93, IX).<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Lúmen Júris, 2005. p. 56

<sup>8</sup>TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 65.

Isto posto, podemos afirmar que no atual patamar constitucional, as regras que regem o inquérito policial, por ser um procedimento administrativo são, tão somente, formalmente processuais. Com a adaptação das normas adjetivas penais ao contexto constitucional de hoje, as normas relativas ao inquérito policial perderam o caráter da materialidade processual, então não podem ser consideradas como procedimento processual, mas sim como procedimento administrativo.

Assim sendo, por ser o inquérito policial procedimento administrativo, deve ser considerado e entendido como fase meramente pré-processual.

Nas nossas considerações finais, tem-se que o processo atual não mais se funda no princípio da culpabilidade, mas sim no princípio da presunção da inocência, conforme demonstrada a mutação ocorrida após a promulgação do atual texto constitucional.

Isto representou um grande avanço no Direito Processual pátrio, pois o acusado é tido como inocente até que se prove o contrário, significando que só após o trânsito em julgado de uma sentença condenatória que o réu é considerado definitivamente culpado.

### **1.3 A Evolução Histórica das Prisões Cautelares**

O termo prisão exprime o ato pelo qual se priva a pessoa de sua liberdade de locomoção, isto é, a liberdade de ir e vir, recolhendo-a a um lugar seguro e fechado, de onde não poderá sair.

Na antiguidade, a pena já impunha sacrifícios e castigos desumanos aos condenados e não guardava nenhuma proporção entre a conduta delitiva e a punição.

Charles Darwin afirmava que o homem, mesmo primata, protegia-se de seus invasores, prendendo seus inimigos nas escavações subterrâneas das cavernas.

O Código de Hamurabi, em 1680, antes de Cristo, com a Lei Talião estabeleceu, de forma insuficiente, a proporcionalidade entre a conduta do infrator e a punição, determinando-se a disciplina de dar a vida por vida, olho por olho e dente por dente.

Suplantado esse período histórico, a pena foi remetida à esfera pública, uma vez que, inicialmente, era de ordem privada, com a finalidade de garantir a segurança e os interesses do próprio Estado.

Assim sendo, a privação da liberdade começou a ser utilizada iniciando-se, mesmo que de modo rudimentar, a utilização da prisão cautelar.

Saliente-se que a prisão cautelar é anterior à existência da prisão como pena, e que esta só passou a assim se configurar muito tempo depois. A prisão antes de passar a ser cumprimento de pena, destinava-se a reter o condenado até a efetiva condenação.

No Direito romano, a prisão dos acusados, fazia-se pelo acorrentamento ou pela segregação, que podiam ocorrer em estabelecimentos estatais ou em casas particulares, destinando-se a assegurar a presença do réu no processo.

No Direito eclesiástico, a punição ganhou conotação de penitência, e, nesse sentido, a custódia do acusado antecede mesmo à pena privativa de liberdade.

Na Idade Média, a igreja assume o direito de punir e a punição foi inspirada pelos Tribunais de Inquisição.

A prisão cautelar adquire maior importância com a criação do Santo Ofício da Inquisição, uma vez que o processo inquisitório baseava-se na confissão como “rainha das provas”, sendo imprescindíveis à tortura e à consequente restrição da liberdade.

Saliente-se, por oportuno, que a prisão como pena surge em 1595, quando a Holanda constrói um presídio masculino e, dois anos depois, um feminino, para cumprimento da pena privativa de liberdade.

A história da prisão no Brasil desde o descobrimento até os dias atuais não registra aspectos diferenciados e que mereça muito destaque, uma vez que a legislação pátria é influenciada pelas normas e estatutos jurídicos de outros países.

No período da colonização, o Brasil submeteu-se às legislações oriundas de Portugal, denominadas Ordenações Afonsinas, seguindo-se as Manuelinas (1514) e, por fim, as Filipinas (1603).

Nesse período, a prisão era tida como medida cautelar e não como sanção autônoma, exacerbando-se as sanções corporais e infamantes, notadamente a pena de morte.

## 2 A PRISÃO

### 2.1 História das Prisões

Toda tentativa de se entender o sistema penitenciário, nos moldes atuais, requer, em primeiro lugar, o resgate histórico do surgimento da instituição prisão.

No fim do século XVIII e princípio do século XIX, dá-se a passagem a uma penalidade de detenção, e a prisão seria a peça essencial no conjunto das punições, em substituição a outros métodos, como o suplício e a expiação corporal.

O sistema prisional apresenta-se como um instrumento privilegiado de regulação, controle e tratamento dos comportamentos sociais.

Na maior parte dos ordenamentos jurídicos, a prisão tornou-se a forma essencial de castigo. Na sua origem, a prisão aparece inevitavelmente como o local de execução das penas, seja enquanto um local onde se guardavam os criminosos com o objetivo de lhes aplicar penas aflitivas (suplícios), seja um local onde os criminosos estariam simplesmente detidos.

Segundo Heleno Cláudio Fragoso, “a prisão como pena é de aparecimento tardio na história do Direito Penal”.<sup>9</sup> As primeiras prisões organizadas datam da primeira metade do século XVI. Em Londres, no ano de 1553, foram fundados os primeiros estabelecimentos penitenciários. Em 1603, foi criada na Inglaterra a primeira casa de correção para jovens delinquentes, onde foi praticada a primeira experiência de isolamento celular. Na Holanda, outros estabelecimentos foram criados em 1595 e 1596, respectivamente, destinados aos homens e às mulheres para a realização de um trabalho e para obrigação imposta aos detentos de receber uma educação religiosa.<sup>10</sup>

Contudo, a pena privativa de liberdade não é apenas um meio de afastar aquele que cometeu um crime do seio da sociedade e mantê-lo à margem do convívio social, em virtude da sua “culpabilidade” e “periculosidade”. Deve ser,

---

<sup>9</sup>FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 273.

<sup>10</sup>FALCONI, Romeu. **Sistema presidencial**. São Paulo: Icon, 1988. p. 78.

também, uma forma de dar-lhe condições para que se recupere e volte à vida em comunidade.

Há três grandes instrumentos disciplinares, reguladores de uma rede de poderes: a vigilância hierárquica, a sanção normalizadora e o exame. A norma passaria, assim, a ser regida por fundamentos do vigiar e do punir, escolhidos mediante um exame prévio socialmente acatado. Torna-se para o Estado moderno muito mais vantajoso economicamente vigiar do que punir. Se o vigiar não é suficiente, lança-se mão do punir através de sanções normalizadoras, mesmo que excludentes e sumárias. Em nome da norma institucionalizada enchem-se os porões das prisões.

A história da prisão retrata o caráter de exclusão social que esta instituição propicia. Ainda na sociedade contemporânea estão presentes os componentes de punição, exclusão e promoção da criminalidade.

De acordo com Fernando Salla, as tendências apresentadas pelas prisões, nas últimas décadas do século XX, lembram que o ideário de “ressocialização”, de um tratamento mais humanista perdeu “terreno e vem se tornando cada vez mais formalista”, cada vez mais o encarceramento faz crescer práticas punitivas e coloca a ideia para a sociedade de que o condenado onera o bolso dos contribuintes e é responsável por um alto custo para o Estado, para sua manutenção.<sup>11</sup>

## 2.2 A Prisão como Instrumento de Disciplina

O advento da sociedade capitalista, a partir da crise do sistema feudal à época do *laissez faire, laissez passer*, tornou as relações de dependência direta mais relaxadas na sociedade como um todo. As estruturas de autoridade na sociedade burguesa tornaram-se mais organizadas, baseadas na contradição fundamental existente entre a liberdade política e a escravidão social, a qual se manifesta nas condições de trabalho do processo de exploração capitalista.

---

<sup>11</sup>SALLA, Fernando. Rebeliões nas prisões brasileiras. **Serviço Social & Sociedade**, São Paulo, n. 67, p. 2, 2001.

A totalidade dessas condições encontrou suas bases nas fábricas e foram reproduzidas em toda uma série de novas instituições, que nasceram ou adquiriram vida nova e significado com o advento da sociedade burguesa. Estas instituições, por meio de vários instrumentos e métodos, apresentam a função de formação e de controle de proletariado fabril a fim de garantir a adaptação da força de trabalho a ser usada e manuseada. Desenvolve-se, então, o conceito de disciplina como elemento de grande importância para que se entendam as relações existentes entre a estrutura das prisões e a estrutura das fábricas, estabelecidas pelo conceito de disciplina, sendo esta a principal lição da prisão para os seus presidiários e, ao mesmo tempo, da autoridade capitalista, para os operários.

A organização capitalista do trabalho e a organização da disciplina seguem, desta forma, juntas. Quando descreve as prisões juntamente com outras instituições como a escola, o exército, a fábrica, etc; Michel Foucault parte, também, da ideia de disciplina, a qual se configura como sendo o núcleo central dessas instituições.<sup>12</sup>

Na transcrição da estrutura religiosa da sociedade medieval para a estrutura impessoal da sociedade burguesa observou-se uma total redefinição quanto ao campo de manifestação da autoridade. Sem a presença do controle central exercido pelo senhor feudal e pelo clero e com o advento da ideologia liberal, das liberdades individuais, a autoridade passou a se manifestar em campos mais setorizados, sobretudo nas fábricas, assim como em outras instituições auxiliares (a escola, a família, etc.).

O que se passou a observar, então, foi a presença de uma autoridade ligada ao capital e voltada para o objetivo de moldar os indivíduos no sentido destes se tornarem mais úteis ao modo de produção capitalista.

Uma época de intelectuais e homens políticos que passam a tomar consciência dos perigos da pobreza visível nas grandes cidades (identificação das classes de trabalhadores como classes perigosas) e que consideram a prisão como solução do problema social através da “moralização” dos prisioneiros. Em suma, a prisão é percebida como um instrumento de disciplina das marginalidades da sociedade capitalista.

---

<sup>12</sup>FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Nascimento da prisão. Tradução de Lígia M. Ponde Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 125.

## 2.3 Princípios Constitucionais

O estudo dos princípios gerais do Direito Penal e do Direito Processual Penal revela-se fundamental para a compreensão do tema objeto deste trabalho.

Nesse sentido, esclarece Marco Antônio Marques da Silva que “os princípios que norteiam o direito penal e o direito processual penal são as linhas mestras que estabelecem os limites da atuação do Estado na sociedade contemporânea”.<sup>13</sup>

Desta feita, passar-se-á a uma análise mais detida acerca dos principais princípios constitucionais que devem ser aplicados quando do estudo das prisões cautelares.

### 2.3.1 Princípio do devido processo legal

O princípio do devido processo legal, derivado do inglês *due process of Law*, tem como antecedente remoto o artigo 39, da Constituição Federal de 1215, tendo sido adotado pela Constituição americana de 1737 e, posteriormente, pelas Constituições italiana, portuguesa, espanhola, alemã e belga.

No que se refere ao ordenamento brasileiro, referido princípio está previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, o qual determina que “*ninguém será privado de sua liberdade e de seus bens sem o devido processo legal*”.<sup>14</sup>

Importa salientar que a cláusula do devido processo legal não tem um conteúdo fixo, sendo reconhecida como uma cláusula de ampla garantia. Nesse sentido, muitos autores entendem que o devido processo legal é uma fonte de garantias, das quais emergem muitos outros princípios do processo penal.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup>SILVA, Marco Antônio Marques da. **Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 5.

<sup>14</sup>Com efeito, a maioria dos estudiosos do Direito já entendia esta garantia como implícita na Constituição anterior, mas sua clara enunciação evidenciada pela Carta vigente corrobora sua especial relevância.

<sup>15</sup>Nesse sentido, esclarece Rogério Lauria Tucci que, em sede penal, o correto seria a denominação de devido processo penal, que ensejaria as seguintes garantias: a) de acesso à justiça penal; b) do juiz natural em matéria penal; c) de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo penal; d) da plenitude de defesa do indiciado, acusado ou condenado, com todos os meios e recursos a ela inerentes; e) da publicidade dos atos processuais penais; f) da motivação de atos decisórios penais; g) da fixação do prazo razoável de duração do processo penal e h) da legalidade da execução penal (TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São

Não obstante as diferenças na estruturação de referido princípio constitucional, a maioria dos autores entende que o devido processo legal deve ser analisado sob duas perspectivas: (a) a do *substantive due process of law*; e (b) a do processual *due process of law*.

A primeira concepção relaciona-se à aplicação, no caso concreto, de “normas preexistentes, que não sejam desarrazoadas e, portanto, intrinsecamente injustas”<sup>16</sup>, “de modo a se atender aos critérios de razoabilidade e necessidade da aplicação da lei penal”.<sup>17</sup>

Desta feita,

[...] obedecido o devido processo legal, além de assegurar-se a liberdade do indivíduo contra a ação arbitrária do Estado, busca-se uma correta atuação do poder jurisdicional, evitando-se as nulidades no processo. Desse modo, em outra instância, é o próprio processo que fica garantido.<sup>18</sup>

Já o segundo enfoque – *processual due process of law* – relaciona-se à observância do procedimento legislativo previamente definido e regular, no que se refere à elaboração das leis.

É esse, inclusive, o entendimento de Marco Antônio Marques da Silva:

O devido processo legal não se destina tão somente ao intérprete da lei, mas já informa a atuação do legislador, impondo-lhe a correta e regular elaboração da lei processual penal. Em outras palavras, o juiz está submetido e deve submeter às partes a norma processual penal vigente, o que caracteriza a garantia constitucional.<sup>19</sup>

---

Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 70). No mesmo sentido: FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 46.

<sup>16</sup>TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 64.

<sup>17</sup>Desta feita, entende Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho que “quanto ao aspecto substantivo do devido processo legal, é possível ao aplicador da lei aferir se a imposição de qualquer medida coativa processual penal atende ao que reclama a razoabilidade ou a racionalidade, ou, em outros termos, se a medida processual é proporcional, ou seja, se é legal teologicamente justificável, necessária, idônea e preenche os demais requisitos de motivação e judicialidade” (**O processo penal em face da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 51.). No mesmo sentido: BUENO FILHO, Edgard Silveira. **O direito à defesa na Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 45.

<sup>18</sup>SILVA, Marco Antônio Marques da. **Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, São Paulo, 2001. p. 17.

<sup>19</sup>Ibid., p. 17.

Da mesma forma, ensina Rogério Lauria Tucci, que o devido processo legal “determina a imperiosidade, num Estado de Direito, de elaboração regular e correta da lei”.<sup>20</sup>

Impende destacar que, em que pese as peculiaridades inerentes de cada um, os princípios do devido processo legal e da presunção de inocência são bastante próximos.

Dessa maneira, não obstante a própria imputação da conduta ao réu, por si só, coloque-o em posição de manifesta desigualdade em relação ao poder punitivo estatal, esforços têm que ser desprendidos para que se estabeleça, em termos práticos, uma relação mais equidistante entre ambos, a se balizar, desta maneira, a atividade processual penal, mediante a observância dos princípios do devido processo e da presunção de inocência.

Assim, é possível afirmar que “o devido processo legal importa num amplo espectro de garantias que dele devem necessariamente decorrer para que se atenda à exigência do Estado Democrático de Direito”.<sup>21</sup>

### 2.3.2 Princípios do contraditório e da ampla defesa

O direito ao contraditório e à ampla defesa foi proclamado no artigo 8º, inciso II, alíneas “b”, “c” e “f”, do Pacto de San José da Costa Rica<sup>22</sup>, e na parte final do artigo 14, inciso III, alíneas “a”, “b” e “d”, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque.<sup>23</sup>

<sup>20</sup>TUCCI, Rogério Lauria. **Constituição de 1988 e Processo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 15.

<sup>21</sup>SILVA, Marco Antônio Marques da. **Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 17.

<sup>22</sup>Artigo 8º, inciso II – “*toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade às seguintes garantias mínimas: [...] b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa [...]; f) direito de 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*”.

<sup>23</sup>Artigo 14, inciso III – “*toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a) ser informada, sem demora, em uma língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada; b) dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa e comunicar-se com um defensor de sua escolha [...] d) estar presente no julgamento e defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor da sua escolha; ser informada, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste tê-lo e,*

No ordenamento jurídico brasileiro, os princípios supradescritos encontram-se, ambos, previstos no inciso LV, do artigo 5º, da Constituição Federal, que prevê que “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”.

A garantia do contraditório é absoluta e se reflete na posição equidistante que deve ser assumida pelo juiz em relação às partes. De acordo com esse entendimento, o acusado tem o direito de produzir provas e sustentar suas razões, as quais devem ser devidamente apreciadas pelo órgão julgador.

Compreende, ainda, em um mesmo plano, o direito do acusado de ser cientificado sobre qualquer fato processual ocorrido ao longo da persecução, conferindo-lhe oportunidade para manifestação. Desta feita,

[...] o direito à informação não se esgota com o conhecimento do réu do conteúdo da acusação, devendo o mesmo ser comunicado, durante todo o processo, dos atos que possam afetar direta ou indiretamente o seu direito de defesa. Essa informação posterior deverá observar o período de tempo tal que o acusado possa alegar, tomar medidas ou realizar provas que julgue conveniente.<sup>24</sup>

Diante disso, é importante afirmar que a garantia do contraditório se perfaz em um binômio composto pelas noções de “informação” e “reação”. Isso porque, para que o acusado possa, de maneira efetiva, exercer o seu direito de reação, ele deve ser informado de toda e qualquer decisão tomada no curso do processo.

Nesse sentido, o reconhecimento da censurabilidade da conduta do agente em um justo processo, no qual haja possibilidade de confronto entre o interesse de liberdade do acusado e do Estado de aplicar a reprimenda, em termos de equilíbrio, revela-se salutar à correta aplicação de nosso ordenamento jurídico. Esse ideal de igualdades, ainda que de penosa realização no plano fático, não pode ser descartado.

---

*sempre que o interesse da justiça assim o exigir, ter um defensor designado ‘ex officio’ gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo”.*

<sup>24</sup>SILVA, Marco Antônio Marques. **Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 19.

No que se refere ao princípio da ampla defesa, este consiste, basicamente, no dever do Estado de proporcionar a todo acusado a mais abrangente possibilidade de se defender das imputações que lhes são feitas.

Assim,

[...] se deverá conceder ao ser humano enredado numa *persecutio criminis* todas as possibilidades de efetivação da ampla defesa, de sorte que com ela se concretize em sua plenitude, com a participação ativa, e marcada pela contraditoriedade, em todos os atos do respectivo procedimento, desde a fase pré-processual da investigação criminal até o fim do processo de conhecimento ou do de execução, seja absolutória ou condenatória a sentença proferida naquele.<sup>25</sup>

Importa consignar que o princípio da ampla defesa compreende duas vertentes: a autodefesa e a defesa técnica.

A autodefesa é aquela exercida pelo próprio acusado, sendo, portanto, renunciável, podendo dela se abrir mão.

Já a defesa técnica é aquela exercida por um profissional habilitado, sendo, portanto, de caráter obrigatório e indisponível. Isso significa, em outras palavras, que, se o imputado não nomear um profissional para garantir sua defesa técnica, o Estado deverá fazê-lo.

Nesse sentido, o artigo 261, do Código de Processo Penal, dispõe que “*nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor*”.

Assim, pode o acusado constituir advogado de confiança para sua defesa. Mas, se assim não o fizer, o Estado deverá, obrigatoriamente, nomear-lhe um defensor dativo, que não pode, de acordo com o artigo 265, do mesmo Diploma Legal, renunciar à defesa.

Desta feita, caso o processo venha a se desenvolver sem defensor, quer porque o réu se absteve de contratar profissional habilitado, quer porque nenhum defensor foi nomeado pelo juiz, o processo deverá ser declarado nulo.

---

<sup>25</sup>FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 289.

O elo entre o contraditório e a ampla defesa é tão estreito que, nos dizeres de Vicente Greco Filho, o primeiro é visto como:

[...] meio ou instrumento técnico para a efetivação da ampla defesa, e consiste basicamente em: poder contrariar a acusação; poder requerer a produção de provas que devem se pertinentes, obrigatoriamente ser produzidas; acompanhar a produção das provas, fazendo, no caso de testemunhas, as perguntas pertinentes que entender cabíveis; falar sempre depois da acusação; manifestar-se sempre em todos os atos e termos processuais aos quais devem estar presentes; recorrer quando informado.<sup>26</sup>

### 2.3.3 Do dever de motivar as decisões

Historicamente, as Ordenações Filipinas foram transmigradas para o Brasil e permaneceram em vigor por força do Decreto de 20 de outubro de 1823.

O livro III, Título LXVI, parágrafo 7º, primeira parte, das mencionadas Ordenações previa que:

*[...] todos os nossos desembargadores e quaisquer outros julgadores, ora sejam letrados, ora não sejam, declarem especificamente em suas sentenças definitivas, assim na primeira instância, como no caso de apelação, ou agravo ou revista, as causas, em que se fundaram a condenar, ou absolver, ou confirmar ou revogar.*

Posteriormente, nossa legislação previu, por meio do artigo 232, do Regulamento nº 737, de 25 de novembro de 1850, que “*a sentença deve ser clara, sumariando o juiz o pedido e a contestação com os fundamentos respectivos, motivando com precisão o seu julgado, e declarando sob sua responsabilidade a lei, uso ou estilo em que se funda*”.

Na fase Republicana do Estado brasileiro, a Constituição de 1891 inaugurou o sistema de dualidade processual, conferindo a divisão de competência legislativa sobre a matéria processual, entre os Estados e a União. Assim, os Estados que detinham competência para legislar sobre processo civil e criminal, fizeram constar em seus estatutos processuais o dever de motivação das decisões judiciais, a exemplo do Código de Processo Civil do Maranhão (artigo 322), do Código de Processo Civil da Bahia (artigo 308), bem como do Código de Minas Gerais (artigo 382) e o de São Paulo (artigo 333).

<sup>26</sup>GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

Com efeito, a Constituição brasileira de 1937 restabeleceu a unidade legislativa em matéria processual, passando a prever, por meio dos artigos 118 e 280, do Código de Processo Civil de 1939, o Princípio da Justificação das Decisões Judiciais:

*Artigo 118. O juiz indicará na sentença ou despacho os fatos e as circunstâncias que motivaram o seu convencimento.*

*Artigo 280. A sentença, que deverá ser clara e precisa, conterá:*

*II – Os fundamentos de fato e de direito.*

*Parágrafo único. O relatório mencionará o nome das partes, o pedido e o resumo dos respectivos fundamentos.*

No Código de Processo Civil vigente, a regra de motivar as decisões se impõe em variados dispositivos, dentre eles o artigo 131, o qual prevê que “*o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formam o convencimento*”.

Com efeito, é:

[...] mediante a motivação que o magistrado pronunciante de ato decisório mostra como apreendeu os fatos e interpretou a lei que sobre eles incide, propiciando, com a indispensável clareza, lógica e precisão, a perfeita compreensão da abordagem de todos os pontos questionados e, conseqüente e precipuamente, a conclusão atingida.<sup>27</sup>

Em outras palavras, é somente por meio da motivação que pode-se constatar as razões de fato e de direito que embasaram determinada decisão. Nesse sentido, é possível afirmar que a motivação dos atos decisórios assegura o cumprimento de várias outras garantias, tais como a imparcialidade do órgão julgador, o contraditório, a vedação das provas ilícitas, a ampla defesa, entre outros.<sup>28</sup>

<sup>27</sup>TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 189.

<sup>28</sup>Nesse sentido, importa destacar que “a motivação judicial não elimina as ‘pré-compreensões’ ou os ‘pré-juízos’ inerentes a todos os seres humanos – e, portanto, também aos juízes –, porque ela somente ocorre após a relação ‘juiz/fato’ já ter se estabelecido. A motivação não pode evitar algo que a precede. O juiz não motiva sua sentença para (re)conhecer os fatos, motiva para convencer as partes (diretamente), os órgãos judiciários superiores e a sociedade (de modo indireto) da racionalidade de suas escolhas axiológicas por ele empreendidas para decidir. A motivação, portanto, não elimina ‘pré-juízos’ mas, como o julgador sabe que ao final deverá motivar sua decisão e, portanto, irá se expor, ela funciona (ou deveria funcionar) como impeditivo à utilização de razões de decidir legítimas” (MORAES, Maurício Zanóide. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro** – análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lúmen Júris 2010. p. 479.).

Igualmente, não há que se contestar que a motivação viabiliza a melhor apreciação das decisões pelas instâncias *ad quem*. Assim, pode-se afirmar que tal garantia se presta a:

[...] no campo da hierarquia funcional, no exercício da jurisdição, permitir o controle crítico do decidido, delimitando o conteúdo da vontade de seu pronunciante, e, conseqüentemente, dos limites objetivos do julgado, e propiciada ao órgão recursal rigorosa análise, tanto no aspecto formal, como no material, do pronunciamento recorrido.<sup>29</sup>

A importância do princípio ora estudado é tamanha que o legislador constituinte de 1988 consagrou, expressamente, a obrigação de fundamentar as decisões por meio dos artigos 5º, LXI, e 93, IX, da Constituição Federal:

*Artigo 5º, LXI – ninguém será preso, senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judicial.*

*Artigo 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 sua sentença, 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” e assim segue, com idêntica sabedoria “as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e, em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros”.*

Aliás, não poderia ser diversa a postura adotada pelo legislador, tendo em vista a necessidade de se respeitarem os pilares norteadores e definidores do Estado Democrático de Direito, especialmente, no que se refere à garantia de liberdade do indivíduo, bem jurídico que necessita de manifesta salvaguarda.

Desta feita, não se ouse duvidar da imprescindibilidade da fundamentação das decisões, não somente pelos nefastos efeitos que a sua não aplicabilidade acarreta na defesa do acusado, mas, também, pela sua importância como forma de efetivar os demais princípios consagrados pela Constituição Federal.

### **2.3.4 Princípio da presunção de inocência**

A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, datada de 26 de agosto de 1789, assinala: “*Todo homem é presumido inocente até que seja*

---

<sup>29</sup>TUCCI, Rogério Lauria, **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 189.

*declarado culpado; se for indispensável prendê-lo, todo rigor que não for necessário para assegurar sua pessoa deverá ser severamente reprimido por lei”.*

Mais modernamente, o direito à chamada presunção de inocência aparece, de forma expressa, em inúmeros diplomas internacionais como, por exemplo, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos<sup>30</sup> e no Pacto de San José da Costa Rica.<sup>31</sup>

Em nosso ordenamento jurídico, referido princípio foi consagrado pelo inciso LVII, do artigo 5º, da Constituição Federal, o qual dispõe que *“ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória”*.

Trata-se, portanto, de um verdadeiro direito público subjetivo material, o qual deve ser entendido como uma orientação política de cunho constitucional, imposta não somente ao legislador ordinário – que deverá a ela se ater ao elaborar as normas penais e processuais penais – mas, também, aos juízes e Tribunais, tanto ao valorarem a prova, quanto no que se refere ao tratamento processual despendido ao acusado – tratamento este que abrange desde a utilização de algemas durante a audiência, o modo pelo qual se dá o seu interrogatório, como igualmente, consoante será verificado adiante, a decretação ou manutenção de qualquer modalidade de prisão cautelar.<sup>32</sup>

Dessa maneira, é possível verificar a existência de três significados distintos para referido princípio, segundo Marco Antônio Marques da Silva.

O primeiro deles diz respeito à presunção de inocência enquanto “conceito fundamental ao redor do qual se constrói um modelo liberal de processo penal, no

---

<sup>30</sup>Artigo 14, 2: *“toda pessoa acusada de um delito terá o direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada a sua culpa”*.

<sup>31</sup>Artigo 8º, 2, 1ª parte: *“toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”*.

<sup>32</sup>Nesse sentido, “O direito à presunção de inocência, portanto, afigura-se como uma pilastra de todo e qualquer Estado Democrático de Direito, abrangendo não só a questão do ônus da prova, mas, também, a inadmissibilidade de qualquer tratamento preconceituoso em função da condição de acusado, do direito ao resguardo de sua imagem, a silenciar, que não importa em admissão de culpa, a local condigno que lhe seja destinado na sala de audiências ou no plenário do Júri, ao não uso de algemas, salvo casos excepcionalíssimos e, por fim, à cautelaridade e excepcionalidade da prisão provisória” (DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 68).

qual a finalidade é estabelecer garantias para o imputado diante do poder do Estado de punir”.<sup>33</sup>

O segundo significado, de acordo com o mesmo autor, revela ser o mencionado princípio:

[...] um postulado dirigido diretamente ao tratamento do imputado no decorrer do processo penal, ou seja, que se deve partir da idéia de que ele é inocente e, como via de consequência, reduzir ao mínimo possível as chamadas medidas restritivas de direitos a ela aplicadas, durante o processo.<sup>34</sup>

Por fim, um terceiro conceito do princípio ora estudado refere-se à presunção de inocência como:

[...] uma regra referida diretamente ao juízo de fato da sentença penal, em virtude do qual a prova completa da culpabilidade do imputado pesa totalmente sobre a acusação, impondo-se a absolvição do imputado se a culpabilidade não fica suficientemente demonstrada.<sup>35</sup>

A importância do respeito a este princípio é cristalina. Prova disso é a recente edição, pelo Superior Tribunal de Justiça, da Súmula nº 444, a qual determinou que inquéritos policiais e ações penais, ainda em andamento, não podem ser usados para aumentar a pena do acusado acima do mínimo legal.<sup>36</sup>

Ora, resta evidente que estando o processo ainda em curso, não tendo se concluído acerca da efetiva culpabilidade, este dado não pode ser usado em desfavor do acusado, sob pena de violação ao princípio ora estudado.

Com efeito, revela-se interessante dado estatístico que, no pretérito ano, a principal razão utilizada pela Suprema Corte para a concessão de *habeas corpus* foi justamente a efetivação do princípio da inocência do acusado, seguido da deficiência de fundamentação na decretação da constrição cautelar e do princípio da insignificância, empatados em segundo lugar.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal concedeu inúmeros *habeas corpus* no interregno compreendido entre 1º de janeiro e 30 de novembro de 2009,

<sup>33</sup>SILVA, Marco Antônio Marques da. **Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 19.

<sup>34</sup>Ibid., p. 19.

<sup>35</sup>Sobre este aspecto, vide item 2.3.5, infra.

<sup>36</sup>Súmula nº 444, do Superior Tribunal de Justiça: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

dentre os quais, parte considerável baseou-se no princípio em apreço e uma minoria seguida pelos demais.

Com isso, revela-se incontestemente que:

[...] negar o direito à presunção de inocência significa negar o próprio processo penal, já que este existe justamente em função da presunção de inocência, afigurando-se, em um Estado Democrático de Direito, como o único instrumento de que dispõe o Estado para, legitimamente, considerar uma pessoa culpada.<sup>37</sup>

### 2.3.5 Princípio *in dubio pro reo*

A discussão acerca do princípio da presunção de inocência conduz à necessidade de um estudo mais aprofundado acerca de outro princípio dele derivado: o princípio *in dubio pro reo*.

Em que pese o fato de muitos autores entenderem mencionado princípio como conteúdo material da presunção de inocência, é importante esclarecer que “o princípio *in dubio pro reo* foi desenvolvido para os casos em que a prova produzida não era segura, para a pena em virtude de suspeita e para a *absolutio ab instantia*”.<sup>38</sup>

Impende afirmar que muitas são as concepções acerca do princípio ora analisado.

Nesse sentido, o *in dubio pro reo* poderia ser entendido como uma regra probatória, estando, por isso, ligado intimamente ao direito de prova. Ocorre que esta concepção não nos parece a mais acertada, já que referido princípio não se destina a regular as provas, atuando apenas quando os elementos probatórios não se revelem suficientes para justificar uma possível condenação.

Com efeito, um entendimento aceitável seria aquele que encara o princípio como uma regra a ser observada no momento da aplicação da lei. Trata-se, portanto, de uma norma hermenêutica que deve auxiliar o juiz no momento da decisão.

<sup>37</sup> DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 236.

<sup>38</sup> SILVA, Marco Antônio Marques da. **Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 19.

Desse modo, cumpre destacar que o princípio do *in dubio pro reo* impõe ao juiz a necessidade de alcançar, ao longo do processo cognitivo, uma certeza, não bastando a mera dúvida decorrente da hipótese da imputação, de forma que, como acentua o autor português José Joaquim Gomes Canotilho, mencionado princípio, além de consubstanciar-se em um direito subjetivo, “é também uma imposição dirigida ao juiz no sentido de este se pronunciar de forma favorável ao réu, quando não tiver certeza sobre os factos decisivos para a solução da causa”.<sup>39</sup>

Desta feita,

[...] da certeza (juspolítica) do “estado de inocência” somente poderá se atingir a certeza oposta (culpabilidade) se as provas incriminadoras forem eficazes e adequadas o suficiente para retirar da mente judicial qualquer dúvida racionalmente justificável sobre qualquer ponto indispensável para a condenação.<sup>40</sup>

Assim, diante da inexistência de elementos suficientemente convincentes para a condenação do acusado, permanecendo o juiz no estado de dúvida, deve-se decidir pela sua absolvição.

### 2.3.6 Princípio da legalidade

É no plano do direito material positivo que se revela a regra consubstanciada na máxima *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*, cuja formulação é atribuída a Feuerbach.

Atualmente, o ordenamento brasileiro prevê o respeito a referido princípio por meio da imposição do artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, o qual dispõe que “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”.

Trata-se, assim, de uma rígida limitação ao poder punitivo do Estado, de modo a tornar exigível e inafastável a existência de lei anterior que defina determinada conduta como infração penal, afastada, com isso, a possibilidade de qualquer atuação arbitrária dos Poderes Executivo e Judiciário.

<sup>39</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Coimbra: Coimbra, 1984. p. 215.

<sup>40</sup>MORAES, Maurício Zanóide. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro** – análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010. p. 475.

É justamente por isso que se pode afirmar que a importância do princípio da legalidade, em um Estado Democrático de Direito, reside no fato de que, por meio dele, os demais princípios constitucionais são garantidos.

Nesse sentido, o princípio da legalidade:

[...] constitui importante corolário do devido processo legal consubstanciado no direito à limitação do *ius puniendi* do Estado que, não obstante sua conotação nitidamente material tem inafastáveis e relevantes reflexos na *persecutio criminis* por integrar o *due process of law* a esta especificado.<sup>41</sup>

Da mesma forma, como afirma Marco Antônio Marques da Silva:

[...] o princípio da legalidade é, no Estado Democrático de Direito, consequência direta do fundamento da dignidade da pessoa humana, pois remonta à ideia de proteção e desenvolvimento da pessoa, que o tem como referencial. A clareza e o limite da formulação normativa dos tipos penais, no âmbito do direito penal, são exigências deste princípio, enquanto, no processo penal, viabilizam as formas de intervenção do Estado na vida do cidadão, requerendo a observância, não só da legalidade desta intervenção, como também de outros princípios informadores do processo penal.<sup>42</sup>

Dessa maneira, torna-se imperativa a exigência de uma lei prévia e regularmente editada, sem a qual não se pode cogitar a subsunção de determinada conduta a um tipo penal, tampouco, a aplicação de uma sanção correspondente.

### 2.3.7 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade adquire papel fundamental no Estado Democrático de Direito. Isso porque, referida garantia “obriga a ponderar a gravidade da ação típica com relação ao bem jurídico protegido e as consequências do delito”.<sup>43</sup>

Nesse sentido, importa destacar que o princípio da proporcionalidade, na forma como vem referido pela doutrina atual, foi desenvolvido inicialmente na Alemanha, sob forte inspiração de pensamentos jusnaturalistas e iluministas, a partir dos quais se afirmaram as ideias de que a limitação da liberdade individual só se

<sup>41</sup>TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 254.

<sup>42</sup>SILVA, Marco Antônio Marques da. **Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 7.

<sup>43</sup>*Ibid.*, p. 14.

justificaria para a concretização de interesses coletivos superiores, estando, em adição, o poder de polícia legitimado somente quando não implicasse em excesso de restrição a direitos individuais.

Não obstante, impende afirmar que a ideia de proporcionalidade sempre esteve presente no Direito, porque o princípio ora estudado reflete a obrigação de se compatibilizarem diversos interesses em conflito, quais sejam, de um lado, o interesse punitivo do Estado e, de outro, a necessidade de se assegurarem de maneira efetiva os direitos fundamentais do cidadão.

Com efeito, a formulação doutrinária e jurisprudencial atribuiu ao princípio em comento o *status* de princípio constitucional, sendo assim reconhecido por autores como Gilmar Ferreira Mendes e Luis Roberto Barroso.

Atualmente, reconhece-se a existência de três requisitos intrínsecos que informam o princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

O requisito da adequação pressupõe a análise da aptidão de determinada restrição para a realização do fim por ela almejado. Assim, “não será admitido o ataque a um direito do indivíduo se o meio utilizado não se mostrar idôneo à consecução do resultado pretendido”.<sup>44</sup> Desta feita, a medida restritiva deve ostentar qualidade essencial que a habilite a alcançar o fim pretendido, sob pena de não ser considerada adequada, ferindo, com isso, o princípio da proporcionalidade.

O segundo requisito – necessidade – também é conhecido como “intervenção mínima” ou “subsidiariedade”. De acordo com esse subprincípio, a medida adotada deverá ocasionar a menor restrição possível. Com isso, não basta a adequação do meio ao fim, mas é preciso, também, que o meio utilizado seja necessário ao objetivo almejado para não ser desproporcional. Nesse sentido,

[...] para impor uma restrição ao indivíduo, colocam-se, a quem exerce o poder, várias possibilidades de atuação, devendo ser escolhida a menos gravosa. Assim, entre as diversas opções, todas aptas a alcançar o fim, não é correto escolher aquela que imponha maiores restrições à obtenção do

---

<sup>44</sup>FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 57.

resultado, desprezando outras que também o atingiriam de forma menos danosa.<sup>45</sup>

Por fim, o requisito da proporcionalidade em sentido estrito indica para a imprescindibilidade de se constatar, dentre os valores em conflito, qual deverá prevalecer. Dessa forma, “haverá observância do princípio da proporcionalidade se predominar o valor de maior relevância, evitando-se, assim, que se imponham restrições aos direitos fundamentais desmedidas, se comparado ao objetivo a ser alcançado”.<sup>46</sup>

Desta feita, dever-se-á encontrar uma justa medida entre os meios restritivos a serem adotados e os fins almejados, impedindo-se, com isso, a adoção de medidas desproporcionais e excessivas.

Revela-se, assim, essencial a observância do princípio constitucional da proporcionalidade, como forma de se resguardarem os direitos fundamentais do cidadão, em consonância com os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

### **2.3.8 Princípio da duração razoável do processo**

O princípio da duração razoável do processo foi previsto pelo Pacto de San José da Costa Rica, o qual, em seu artigo 8º, 1ª parte, prevê que: “*toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente*”.

Tal garantia, também, foi prevista expressamente no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque, por meio de seus artigos 9º, III, e 14, III, “c”, segundo os quais “*qualquer pessoa presa ou encarcerada terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade*” e “*toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a ser julgada em dilações indevidas*”.

---

<sup>45</sup>FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 58.

<sup>46</sup>Ibid., p. 58.

No ordenamento brasileiro, o artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, dispõe que “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*”.

Resta cristalino, portanto, que o princípio da duração razoável do processo é um princípio constitucional, que deve ser observado como forma de garantir a efetivação dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Diante disso, revela-se incontestemente a necessidade da demarcação precisa de prazos a serem cumpridos e observados no curso da persecução penal.<sup>47</sup>

Assim, como acentua Rogério Lauria Tucci,

[...] afigura-se, com efeito, de todo inaceitável a delonga na finalização do processo de conhecimento (especialmente o de caráter condenatório), com a ultrapassagem do tempo necessário à consecução de sua finalidade, qual seja a de definição da relação jurídica estabelecida entre o ser humano, membro da comunidade, enredado na *persecutio criminis*, e o Estado: o imputado tem, realmente, direito ao pronto solucionamento do conflito de interesses de alta relevância social que os respectivos autos retratam, pelo órgão jurisdicional competente.<sup>48</sup>

Desta feita, têm o acusado, a vítima e seus familiares, bem como os cidadãos em geral, direito fundamental a que o julgamento se faça o mais rápido possível, sem que isso, contudo, prejudique a colheita de provas ou implique o cerceamento ao seu direito à ampla defesa e ao contraditório.

Nesse sentido, é importante ressaltar que o princípio ora estudado reflete a necessidade de se alcançar um equilíbrio entre a celeridade processual e a observância dos demais princípios constitucionais, porquanto “um julgamento demasiadamente expedito corre o risco de ser precipitado, parcial, emotivo, precário

---

<sup>47</sup>A esse respeito, devemos levar em consideração a recente alteração dos artigos 109 e 110 do Código Penal, por meio da edição da lei nº 12.234/10, a qual extinguiu a chamada prescrição retroativa, ou seja, aquela verificada entre a data dos fatos e o recebimento da denúncia. Com isso, “a autoridade policial fica autorizada a investigar um indivíduo durante anos, sem se preocupar em terminar a investigação [...] acarretando uma afronta ao princípio da duração razoável do processo e da celeridade processual, porquanto era justamente a ocorrência da prescrição retroativa, extinta com a nova lei, que fixava a observância do mencionado princípio na fase da investigação policial. Com a ausência deste prazo regulador, será comum a partir de agora a existência de inquéritos policiais que perdurem dez ou até quinze anos de investigação, sendo um contrassenso à própria natureza jurídica das sanções” (FERRARI, Eduardo Reale; FLORÊNCIO, Heidi Rosa. A extinção da prescrição retroativa e a ilusão penal. **Boletim IBCCRIM**, ano 18, n. 212, p. 4, jul. 2010.).

<sup>48</sup>TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 209.

atentador ao pleno exercício dos referidos direitos à ampla defesa e ao contraditório”.<sup>49</sup>

Assim, em outros termos, deve-se compatibilizar o direito ao processo sem dilações indevidas – o qual é concebido como um direito subjetivo constitucional de todos os membros da comunidade – com o respeito aos demais princípios constitucionais, cabendo ao Estado conferir ao acusado e à sociedade uma resposta adequada dentro de um prazo razoável.

## 2.4 Conceitos de Prisão

A prisão consiste na privação da liberdade de locomoção, mediante clausura, decretada por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente ou decorrente de flagrante delito.

Conforme o artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal, 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.

De acordo com Tales Castelo Branco, a prisão consiste em qualquer restrição à liberdade individual, dentro de casa, ou de penitenciária, ou de dependências policiais, ou de quartel, ou de casa fechada destinada à punição ou à correção, ou, ainda, pela limitação da liberdade mediante algemas, ou ligações a pesos, etc.<sup>50</sup>

Para Fernando Capez, a prisão é a privação de liberdade de locomoção determinada por ordem escrita da autoridade competente ou em caso de flagrante delito.<sup>51</sup>

---

<sup>49</sup>DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 236.

<sup>50</sup>BRANCO, Tales Castelo. **Da prisão em flagrante**. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 4.

<sup>51</sup>CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 227.

## 2.5 Espécies de Prisão

São reconhecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro várias espécies de prisão, sendo elas:

- 1) Prisão Penal ou Prisão com Pena: é a prisão decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado, irrecorrível;
- 2) Prisão Processual, Provisória ou Cautelar: é a prisão decretada no curso do processo. Como tem natureza cautelar, precisam estar presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* para ser decretada. São espécies de prisão processual: prisão preventiva; prisão temporária; prisão para apelar; prisão por sentença de pronúncia;
- 3) Prisão Civil: a Constituição Federal não permite a prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel, conforme artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal;
- 4) Prisão Disciplinar: é a prisão para as transgressões militares e os crimes propriamente militares;
- 5) Prisão Administrativa: com a Constituição Federal de 1988, a autoridade administrativa não pode mais aplicar a pena de prisão, sendo necessária a decretação pelo Poder Judiciário, respeitando-se o devido processo legal.

## 2.6 Mandado de Prisão

O Código de Processo Penal, nos artigos 285 e seguintes, trata do mandado (ordem) de prisão. Conforme dispõe esse diploma, a autoridade judicial que ordenar a prisão expedirá o respectivo mandado, que será lavrado pelo escrivão e assinado pela autoridade competente.

Além de designar pelo nome ou sinais característicos a pessoa a ser presa, o mandado mencionará a infração penal que motivou a prisão, declarará o valor da fiança, se afiançável o delito, e será dirigido a quem tenha qualidade para executá-

lo. O mandado será apresentado em duplicata, e o preso passará recibo em uma das vias. A execução do mandado será realizada em qualquer dia e horário, guardadas as disposições sobre inviolabilidade de domicílio. Na prisão em flagrante, não há inviolabilidade de domicílio. Exemplo: guardar entorpecentes em casa é um crime permanente, sua consumação se prolonga no tempo. A prisão em flagrante pode ocorrer a qualquer momento.

## **2.7 Prisão em Domicílio e em Perseguição**

A prisão decorrente de mandado deve respeitar a inviolabilidade do domicílio, prevista no artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal. O mandado de prisão só poderá ser cumprido durante o dia, compreendido o interregno das 6 horas às 18 horas. Alguns entendem que o direito ao cumprimento do mandado de prisão inicia-se com a aurora e encerra-se com o crepúsculo.

Nesse período, a prisão pode ser efetuada ainda que sem o consentimento do morador, podendo o executor arrombar as portas se preciso, conforme disposto no artigo 293, do Código de Processo Penal. O morador que se recusar a entregar o réu oculto em sua casa cometerá o crime de favorecimento pessoal, previsto no artigo 348, do Código Penal. Estão excluídos o cônjuge, ascendente, descendente e irmão do réu.

Durante a noite, o mandado de prisão só será cumprido se houver concordância do morador. A recusa, nesse caso, não configura crime, é um exercício regular do direito. Se não houver concordância do morador, como cautela, as saídas devem ser vigiadas, tomando a casa incomunicável. Ao amanhecer será efetuada a prisão.

No caso de perseguição, passando o réu para outra comarca, o executor da prisão poderá prendê-lo onde o alcançar, apresentando-o imediatamente à autoridade policial local, que lavrará o auto de prisão em flagrante, se for o caso, e providenciará sua remoção para apresentação ao juiz que determinou a prisão.

## **2.8 Prisão Especial**

Algumas pessoas, em razão de sua função, cumprirão a prisão processual em celas especiais ou quartéis – tal prisão só vigora até a sentença condenatória definitiva. São assegurados: alojamento condigno, alimentação, recreio, uso de vestuário próprio, assistência do advogado, assistência religiosa, assistência médica particular, visita de parentes e amigos em horário previamente fixado, visita de parentes próximos durante o expediente, sem horário determinado, recepção e transmissão de correspondência livremente, salvo casos especiais, e transporte diferenciado.

O artigo 295, do Código de Processo Penal, relaciona aqueles que têm direito à prisão especial. Além desses lá citados, há outros previstos em leis especiais também.

No regime de prisão provisória domiciliar, caso não haja estabelecimento adequado, poderá o acusado cumprir a pena estipulada na própria residência, de onde não poderá se afastar sem prévio consentimento judicial.

### 3 O USO DE ALGEMAS E A ATIVIDADE POLICIAL

#### 3.1 Súmula Vinculante nº 11

Em 22 de agosto de 2008, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 11, do seguinte teor:

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

Nos termos do artigo 10, inciso III e artigo 5º, incisos III, X e XLIX, da Constituição Federal, a Excelsa Corte invocou, por seu plenário, como suporte de decisão, vários preceitos constitucionais, entre eles o que coloca a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e os que, agasalhando os direitos fundamentais, proíbem o tratamento desumano e degradante do indivíduo, a violação da imagem das pessoas e o que assegura ao preso respeito à sua integridade física e moral.

Ressalte-se que, até o advento dessa Súmula Vinculante nº 11, a utilização de algema no ato da prisão constituía ato discricionário do agente encarregado da missão. Hoje, a Súmula proibiu seu emprego, exceto nos casos restritos a que se refere. Resumindo, a discricionariedade foi extinta, estabelecendo o ato vinculado em que o policial está autorizado a algemar o preso devendo justificar, por escrito, as razões da tomada da medida extrema.

Ao analisarmos a operação policial ou militar, no tocante ao uso de algemas, indagamos se, realmente, a sua utilização fere ou não a lei.

Admita-se que toda operação policial ou militar deve-se restringir aos preceitos legais, evitando-se lesões aos direitos e às garantias constitucionais dos cidadãos que estejam na condição de acusados.

É incontestável que todos os acusados são amparados pelo princípio constitucional da presunção de inocência e devem ter sua dignidade preservada.

Há que se considerar que quando o agente não cumpre o que estabelecem as normas jurídicas e os tratados internacionais, dos quais o Brasil é signatário, o abuso – inclusive o uso de algemas – deve, em tese, constituir crime.

Está previsto na Lei de Abuso de Autoridade (lei nº 4.898/1965), artigo 4º, que: *“quem submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei pode levar seu autor às sanções administrativas, civis e penais”*.

Tudo se resume na boa aplicação do princípio da proporcionalidade, que exige adequação, necessidade e ponderação na medida.

### **3.2 Princípio da Proporcionalidade**

O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, termos aqui empregados de modo fungível, não está expresso na Constituição, mas tem seu fundamento na idéia do devido processo legal substantivo e na de justiça.

Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público, e por funcionar como a medida com que a norma deve ser interpretada no caso concreto, para melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema.

Nessa esteira de pensamento, devemos admitir que o princípio da razoabilidade faz parte do processo intelectual lógico de aplicação de outras normas, ou seja, de outros princípios ou regras.

A nova interpretação constitucional assenta-se em um modelo de princípios aplicáveis mediante ponderação, cabendo ao intérprete proceder à interação entre o fato e a norma e realizar escolhas fundamentadas, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo sistema jurídico, visando solução justa para o caso concreto.

Aplicar-se-á, necessariamente, por ser de justiça, o princípio instrumental da razoabilidade para o tema em epígrafe, que funciona como justa medida de aplicação de qualquer norma, tanto na ponderação feita entre os princípios quanto na dosagem dos efeitos da regra.

O princípio, referido na jurisprudência, como da proporcionalidade ou razoabilidade, por vezes utilizado como um parâmetro de justiça, nesses casos, assume uma dimensão material.

É necessário que se esclareça que cada caso concreto revelará o uso correto ou o abuso, muito embora não seja fácil distinguir o uso lícito do uso ilícito. De qualquer modo, o fundamental de tudo que foi exposto, atentar para a busca do equilíbrio, da proporção e da razoabilidade.

Em suma, podemos afirmar que em todos os momentos em que: a) não estiver caracterizada a imprescindibilidade da medida coercitiva, b) não houver necessidade do uso de algemas, ou, ainda: c) quando estiver evidente o uso imoderado, há flagrante violação ao princípio da proporcionalidade, caracterizando-se assim o crime de abuso de autoridade.

Trazemos à colação a posição do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria:

*A prisão não é espetáculo [...] o uso legítimo de algemas não é arbitrário, sendo de natureza excepcional e que deve ser adotado nos casos e com as finalidades seguintes: a) – para impedir, prevenir ou dificultar a fuga ou a reação indevida do preso, desde que haja fundada suspeita ou justificado receio do que venha ocorrer e b) – para evitar agressão do preso contra os próprios policiais, contra terceiros ou contra si mesmo.*<sup>52</sup>

### 3.3 Considerações Finais

Ninguém pode ser preso ilegalmente. A prisão, mesmo legal, torna-se humilhante e vexatória quando há abuso de algemas. O uso de algemas, por expressa determinação legal, deve ficar restrito aos casos de resistência e oferecimento de real perigo por parte do preso.

Há que se admitir que a utilização de algemas quando da prisão em flagrante delito ou por ordem judicial, deve constituir a normalidade, considerando-se como exceção a sua não utilização. A nosso ver, há valores maiores em jogo do que os suscitados pelo Supremo Tribunal Federal. O direito à vida e à segurança e a

---

<sup>52</sup>STF- HC 89.429 /RO, rel.min. Carmem Lúcia j 22.06.02.

proteção à integridade física do agente e de terceiro são garantidos pela Constituição Federal.

O uso de algemas visa preservar esses valores.

Admitimos que o uso de algemas no ato da prisão se impõe, porque vivemos tempos modernos, de ostensiva violência pública, em que os marginais, isolados ou em quadrilhas organizadas, têm demonstrado pouco respeito pela vida alheia, não se podendo esperar deles que atendam, pacificamente, a voz de prisão e, sem reação, a ser conduzidos, à delegacia de polícia. Não seria exagero concluir que, mesmo os que acatam a ordem devem ser algemados para segurança e proteção próprias do agente e de terceiros.

Há que se considerar a necessidade de o preso ser algemado todas as vezes que comparecer em juízo e todas as vezes que o detento estiver fora da cela, em ambiente público. Na audiência, o magistrado, se achar conveniente, pode mandar liberá-lo, ouvindo-se antes o policial sobre a periculosidade do réu.

Assim sendo, o emprego de algemas, no ato da prisão, torna-se imprescindível por várias razões, a saber: 1- para proteção e segurança da integridade física do policial, encarregado da diligência, contra possíveis e inesperados atos de agressão de preso; 2- para resguardar a incolumidade física de terceiros, ante atos de rebeldia do prisioneiro; 3- para evitar a fuga do preso; 4- para evitar a destruição de provas e, finalmente, 5- para proteção do próprio preso, que pode, inclusive, em desespero, atentar contra sua própria vida.

O uso de algemas no Brasil é, na atualidade, um tema em constante debate, uma vez que existem diversas divergências entre os doutrinadores, alguns se posicionam sobre a possibilidade do uso e outros se manifestam contrariamente a estes, alegando a inexistência de uma legislação específica para regradar tal situação.

Dessa forma, mesmo que não se tenha uma legislação infraconstitucional específica para o caso, pode-se verificar que tanto no ordenamento internacional, no qual o Brasil se encontra inserido, como na Constituição Federal brasileira, restam tutelados os direitos humanos de forma absoluta.

Portanto, os que não se enquadrarem a tal sistemática estão infringindo, além da legislação interna, como a Lei do Abuso de Autoridade (lei nº 4.898/1965) à própria Constituição Federal, além da legislação internacional.

#### 4 ANÁLISE DO ARTIGO 5º, INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Nos termos do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Esse dispositivo consagra o que se convencionou chamar de presunção de inocência.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, já continha preceito semelhante, que ditava que toda pessoa se presume inocente até que tenha sido declarada culpada. Textos equivalentes são encontrados na Declaração Americana de Direitos e Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, datada de 1948.

O princípio da presunção de inocência informa o processo penal, na medida em que ministra o tipo de tratamento que deve ser dado ao indiciado e ao acusado, até decisão judicial que afirme o contrário.

Questiona-se, entretanto, o alcance dessa regra, pois, levado às últimas consequências, o princípio repeliria medidas cautelares, como a prisão provisória, ou até mesmo o próprio processo. Esses institutos não poderiam recair sobre alguém que se presume inocente.

Para Adauto Suannes, o processo penal moderno é o garante da liberdade do imputado e de seu estado de inocência.

[...] até o momento em que o Estado demonstre, pelo órgão incumbido disso, a necessidade de cercear-se aquela liberdade, seja pela ocorrência de fato grave ensejador de provimento cautelar a ser solicitado ao juiz que o apreciará, seja em vista da comprovação cabal dos fatos e sua autoria.<sup>53</sup>

Nas relações penais, exatamente pelo mesmo motivo, isto é, pela disparidade de forças entre os sujeitos da relação processual – Estado acusador e indivíduo acusado –, o legislador fixou como regra basilar a presunção de inocência, e seu corolário como regra de julgamento, o *in dubio pro reo*. A regra visa, de forma mediata, a proteção do indivíduo, lado mais fraco da relação processual sancionatória.

---

<sup>53</sup>SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 148.

Sob essa ótica, observa-se que o juiz criminal é o garantidor dos direitos constitucionais do acusado, estando comprometido com a regularidade formal do processo e as formalidades do processo as quais se constituem em salvaguardas do réu e condições indispensáveis ao julgamento justo.

Diante disso, a presente dissertação procurou abordar a prisão cautelar e suas modalidades, prevista no sistema jurídico processual brasileiro, destacando-se o seu caráter de excepcionalidade e a importância de se observarem seus requisitos e pressupostos, a fim de não ocorrer violação do princípio de presunção de inocência.

#### **4.1 A Presunção de Inocência e a Prova Penal**

O princípio do *in dubio pro reo* decorre do princípio de presunção de inocência que, para que alguém seja condenado, deve haver prova consistente da autoria e culpabilidade.

Não é do réu o ônus de provar a inocência. É o acusador que tem a incumbência da demonstração do fato criminoso e da responsabilidade do agente. “Para a solução absolutória, no entanto, basta que o imputado lance dúvida plausível sobre o réu e seu envolvimento no delito (*in dubio pro reo*).”

O *in dubio pro reo* é uma regra técnica a ser utilizada no processo penal. Por ela, deve ser resolvida a dúvida do julgador, caso existente. Presumir a inocência do acusado equivale a afirmar que ele não está obrigado a demonstrar sua inocência, e incumbe à acusação dar a prova de sua responsabilidade.

#### **4.2 Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**

O confronto entre o princípio da presunção de inocência e a prisão cautelar, constituindo-se em privação de liberdade, é palco de inúmeras discussões entre os processualistas penais como abaixo se verá:

Sobre tal confronto, afirma Antônio Alberto Machado:

Desde que o legislador constituinte de 1988 consagrou a presunção de inocência na vigente ordem constitucional, afirmando que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (artigo 5º, inciso LVII), instalou-se a discussão acerca da subsistência ou não das prisões provisórias no curso – ou mesmo antes do processo – em face daquele preceito.<sup>54</sup>

Outrossim, é pacífico o entendimento em relação ao caráter cautelar da prisão preventiva e a sua natureza instrumental.

Nas palavras de Hélio Bastos Tornaghi: “qualquer que seja a finalidade da prisão preventiva, ela sempre é provisória e instrumental”.<sup>55</sup>

Desse modo, a consagração do princípio da inocência não afasta a constitucionalidade da prisão cautelar. O que acontece, contudo, é que, em virtude da presunção de inocência, as exigências pertinentes à prisão cautelar tornaram-se mais rigorosas, sendo tal constrição somente justificada nas hipóteses em que tal precisão for estritamente necessária e respaldada pela lei. Caso contrário, de acordo com Fernando da Costa Tourinho Filho:

[...] o réu estaria sofrendo antecipadamente uma pena, sendo considerado culpado antes da sentença penal condenatória, numa clara ofensa a festejada garantia da presunção de inocência [...] não havendo perigo de fuga do indiciado ou imputado e, por outro lado, se ele não estiver criando obstáculo à averiguação da verdade buscada pelo juiz, a prisão provisória torna-se medida inconstitucional.<sup>56</sup>

Assim sendo, não pode o réu ser considerado culpado, enquanto a sentença penal condenatória não transitar em julgado, sendo, então, que toda e qualquer prisão anterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória deve revestir-se de natureza cautelar, sob pena de se estar ferindo o princípio da presunção de inocência.

Nesse sentido declara Fernando da Costa Tourinho Filho:

Quando ocorre uma prisão em flagrante, e não estando presentes quaisquer das circunstâncias que autorizam a decretação da prisão preventiva, o indiciado tem o direito de ficar em liberdade, nos termos do parágrafo único, do art. 310 do Código de Processo Penal; se o cidadão cometeu um crime inafiançável, mas não foi preso em flagrante, sua prisão preventiva somente poderá ser decretada se for necessária, e a lei diz quando ela se torna

<sup>54</sup> MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão preventiva** – (crítica e dogmática). São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 42.

<sup>55</sup> TORNAGHI, Hélio Bastos. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 89.

<sup>56</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 106.

necessária: se o agente está perturbando a ordem pública ou a ordem econômica, se está criando obstáculo à instrução criminal, ou se está pretendendo subtrair-se da eventual aplicação da lei penal. Ausentes tais circunstâncias, não poderá ser preso preventivamente. [...] Pela mesma razão, se for condenado por sentença não transitada em julgado, sua prisão provisória, ou o seu antecipado cumprimento de pena, só se justifica se ele estiver dando sinais de que pretende subtrair-se à aplicação da lei penal. Senão, não.<sup>57</sup>

Para Antônio Magalhães Gomes Filho:

As prisões decretadas anteriormente à condenação, que numa visão mais radical do princípio nem sequer poderiam ser admitidas, encontram justificação apenas na excepcionalidade de situações em que a liberdade do acusado possa comprometer o regular desenvolvimento e a eficácia da atividade processual.<sup>58</sup>

Diante disso, a prisão cautelar somente será legítima nas hipóteses em que atender aos princípios básicos e fundamentais de uma vida em sociedade, tais como a preservação da integridade física dos indivíduos, a igualdade entre as pessoas, como meio para combater injustiças, dentre outros.

Assim sendo, de acordo com Márcio Orlando Bartoli:

[...] é preferível, portanto, aplicar medidas coativas previstas na lei processual, como a prisão preventiva, prisão decorrente em flagrante etc. somente após a tentativa de exaurimento de outras providências cautelares, de menor teor coercitivo, como a custódia em casa, o compromisso de comparecer, o confinamento etc.<sup>59</sup>

Eugênio Pacelli de Oliveira destaca que o objeto da proteção não é somente a ética do procedimento, porém, principalmente a violação a direitos fundamentais.<sup>60</sup>

Não se pode confundir o acusado com um condenado. Qualquer tentativa nesse sentido é vedada constitucionalmente. Nesse sentido, veda-se a prisão processual automática, bem como a execução provisória da sentença penal condenatória.<sup>61</sup>

<sup>57</sup>TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 187.

<sup>58</sup>GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 65.

<sup>59</sup>BARTOLI, Márcio Orlando. Prisão cautelar e princípio da proporcionalidade. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, out. 2002. Edição comemorativa. p. 11.

<sup>60</sup>OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 60.

<sup>61</sup>GOMES FILHO, op. cit., p. 42, nota 58.

### 4.3 Presunção de Inocência como Regra de Juízo

A expressão “considerar culpado”, na dicção negativa do princípio da presunção de inocência, estatuído na Constituição Federal brasileira, é destinada a todos, vale dizer, *erga omnes*.

Com relação ao juiz do processo, no entanto, assume um relevo muito particular. Isso porque é a ele que incumbe decidir, ao final, se o acusado é ou não culpado.

Em todas as fases do processo, a presunção de inocência é importante. Tanto no trato da pessoa do acusado quanto com relação à regra de juízo. Toda vez que o juiz é chamado a deliberar, a decisão precisa passar pelo filtro do *in dubio pro reo*.

Para examinar o recebimento da denúncia, o pedido de prisão cautelar, o pedido de liberdade provisória, eventual *habeas corpus* e para proferir sua sentença, sempre há que sopesar o mandamento constitucional.

### 4.4 O Estado de Inocência

Atualmente, a garantia constitucional define um estado de inocência, isto é, um estado jurídico no qual o acusado é inocente até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Como *status* já não remanesce a incompatibilidade com as medidas coativas do processo penal incidentes sobre o acusado e objetos (prisão provisória, exame de sanidade mental, busca e apreensão, sequestro, etc.).

É de se anotar, aliás, que a própria Constituição cogita da custódia cautelar (artigo 50, incisos LXI e LXVI), cabendo à lei infraconstitucional ditar os requisitos delineadores da necessidade e conveniência da medida.

Afirme-se que a consagração do princípio da inocência não afasta a constitucionalidade das espécies de prisões cautelares, que continuam sendo pacificamente reconhecidas pela jurisprudência de todos os tribunais.

A presunção de inocência é parte vital da democracia em que, por princípio, todos são iguais perante a lei. Assim sendo, é justo que todos sejam nivelados pelo lado mais positivo, o da inocência.

Não deve haver precipitação no momento de decidir o futuro do agente, pois, como ser humano, é passível de erros e pode praticar um crime.

Ressalte-se, por oportuno, que é inconteste o entendimento quanto ao caráter cautelar da prisão preventiva e sua natureza instrumental. Nesse sentido a jurisprudência é pacífica: “*A prisão cautelar tem função exclusivamente instrumental, não pode se converter em forma antecipada de punição penal*”.<sup>62</sup>

Deduz-se que a prisão processual só é legítima quando atende aos princípios básicos e fundamentais de uma vida em sociedade, tais como a preservação da integridade física dos indivíduos, a igualdade entre as pessoas, como meio para combater injustiças, etc.

Há que se admitir que a prisão preventiva constitui-se em uma medida de exceção, podendo somente ser aceitável em casos em que denotem, com a maior robustez de certezas, a sua necessidade.

Assunto de relevância se consubstancia acerca da inconstitucionalidade da execução provisória da pena privativa de liberdade por violação ao princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade, tratando o Supremo Tribunal Federal, até o presente momento, da questão da seguinte maneira:

- *apresenta decisões contrárias e outras favoráveis à execução provisória da pena privativa de liberdade;*
- *admite a concessão de certo benefício de execução penal, qual seja, a progressão de regime de cumprimento de pena menos severa ao preso (provisoriamente), independentemente do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.*

Trazemos à colação decisões recentes do Supremo Tribunal Federal que agasalham a tese ora levantada<sup>62</sup>:

---

<sup>62</sup>STF, HC n° 80379/SP, 2ª Turma, Rel. Min Celso Melo, j. 18.12.2000.

### **A) O Supremo Tribunal Federal reafirma que é inconstitucional a execução antecipada da pena**

A 1ª turma do Supremo Tribunal Federal concedeu, na sessão de 06 de abril de 2010, *habeas corpus* nº 97.318 a dois condenados por fazerem parte de uma quadrilha especializada em evasão de divisas. No entendimento dos Ministros, os dois deverão permanecer em liberdade enquanto recorrem da sentença, pois há entendimento pacífico desta Corte que a prisão provisória não pode servir como execução antecipada da pena.

O Ministro Ricardo Lewandowski é o relator do caso e concedeu a liminar por entender que essa matéria é absolutamente vencida e superada na Suprema Corte. Citou a decisão do Ministro Gilmar Mendes, segundo a qual a decretação de prisão antes do trânsito em julgado é inconstitucional.

### **B) HC – 102.098 – Medida Cautelar no Habeas Corpus nº 148.988**

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado pelo ex-Ministro Márcio Thomaz Bastos em favor de Roger Abdelmassih contra a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, consistente em, por maioria de votos, denegarem o *writ* lá impetrado sob o nº 148.988/SP.

Cabe transcrever, nesse tópico, as ponderações do Desembargador Marco Antônio Marques da Silva, em voto vencido externado no julgamento do *habeas corpus*, impetrado perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

*Não resta dúvida de que os delitos imputados, em tese, ao paciente são graves, hediondos, e teriam vitimado grande número de mulheres ao longo de vários anos. Entretanto, a prisão provisória não pode ser pautada em único elemento, sendo necessária a verificação e, sobremaneira, a demonstração de imprescindibilidade. A prisão cautelar é medida excepcional, que se apóia em fatos concretos, com fundamentos claros e robustos, jamais em hipóteses ou possibilidades não demonstradas nos autos.*

Tal aspecto foi, também, identificado pelo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, em seu voto vencido manifestado no julgamento do *habeas corpus* cuja denegação, por maioria, é aqui questionada:

*Aproveito a oportunidade deste julgamento para lembrar que a constrição cautelar antecipada é sempre medida de todo excepcional, sendo inaceitável que a gravidade do crime imputado à pessoa seja suficiente para justificar a sua segregação, antes da decisão condenatória penal transitar em julgado, em face do princípio da presunção da inocência.*

Nesse sentido, transcrevemos o trecho da ementa do HC nº 74.66/RS, da relatoria do Ministro Celso de Melo:

A prisão cautelar da liberdade individual deve revestir-se de caráter excepcional – somente deve ser decretada em situações de absoluta necessidade [...] A prisão preventiva para legitimar-se em face do sistema jurídico, impõe, além da satisfação dos pressupostos a que se refere o artigo 312 do Código de Processo Penal (prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria) – que se evidenciem, – com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade da adoção, pelo Estado, dessa extraordinária medida cautelar de privação do indiciado ou réu. Precedentes.<sup>63</sup>

Infere-se, portanto, que podemos constatar que se determinou uma mudança ideológica no Supremo Tribunal Federal no início dos anos 2000.

A partir de 2003, o colegiado dos onze ministros do Supremo Tribunal Federal sofreu sete substituições e o fato de quase todos serem liberais levou a uma tese que passasse a prevalecer nas decisões do Supremo Tribunal Federal: o princípio da presunção de inocência.

Assinale-se, no tempo da supremacia conservadora do Supremo Tribunal Federal, admitia-se que uma condenação em segunda instância era suficiente para que o réu ficasse preso.

Hoje o quadro delineado é outro, pois, tendo o acusado bons antecedentes e processar inúmeros recursos na Justiça, poderá ficar solto até a decisão final do Supremo Tribunal Federal.

Esclareça-se que o princípio que sustenta a liberdade dos criminosos condenados até o trânsito em julgado definitivo da sentença condenatória norteia as constituições mais modernas – ele existe para garantir que o réu não cumpra uma pena injustamente.

Considerando-se e sendo o processo penal de cada país um índice de aferição do seu nível de democracia e de civilização, a decisão do Supremo Tribunal

---

<sup>63</sup>HC nº 74.666/RS, Relator Min. Celso de Melo - 1ª Turma, j. 11.10.2002.

Federal, ora comentada, marcou um ponto favorável ao Brasil neste importante *ranking*. Prisão antes do trânsito em julgado somente quando absolutamente necessária.

O Supremo Tribunal Federal tem garantido ao condenado, ainda em sede cautelar, o direito de aguardar em liberdade o julgamento dos recursos interpostos, mesmo que destituídos de eficácia suspensiva.<sup>64</sup>

#### 4.5 O Pacto de San José da Costa Rica

Tendo em vista o Pacto de San José da Costa Rica, contemplar inúmeros preceitos, entendemos pertinente e didático, elaborar um quadro sinótico das principais disposições que reflete diretamente nas modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração.

<b>Constituição da República de 1988</b>	<b>Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos</b>	<b>Pacto de San José da Costa Rica</b>
Direito à liberdade e à igualdade (art. 5º, “caput”; artigo 3º, I e IV).	Direito à liberdade (artigo 9º, 1, 1ª parte) e à igualdade (artigo 2º, 1; artigo 14, 1, 1ª parte; art. 26).	Direito à liberdade (artigo 7º, 1) e à igualdade (artigo 1º, 1; artigo 8º, 2, 2ª parte; artigo 24).
Proteção da integridade física e moral do preso (artigo 5º, inciso XLIX), com respeito à dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), vedando-se a tortura, o tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, inciso III), ressalvando-se o direito à inviolabilidade da imagem e respectiva indenização (artigo 5º, inciso X).	Reconhecimento da dignidade do ser humano (artigo 10, 1), com repúdio a tratamento cruel, desumano ou degradante (artigo 7º, “caput”), devendo o acusado preso ser tratado de forma condizente com o status de não condenado (artigo 10, 2, a).	“Toda pessoa tem o direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral” (artigo 5º, 1), inadmitindo-se torturas, bem como penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, devendo toda pessoa privada da liberdade ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano (artigo 5º, 2).

*Continua...*

<sup>64</sup>Nesse sentido, HC 85.710/RJ, Rel. Min. Cesar Peluzo. HC 85.777/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes e HC 88.480/SP, Rel. Min. Marco Aurélio.

<b>Constituição da República de 1988</b>	<b>Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos</b>	<b>Pacto de San José da Costa Rica</b>
Garantia da desconsideração prévia de culpabilidade: “ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (artigo 5º, inciso LVII).	Garantia da presunção de inocência: “Toda pessoa acusada de um delito terá o direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa” (artigo 14,2).	Garantia da presunção de inocência: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa” (artigo 8º, 2, 1ª parte).
Garantia do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV), cujo conceito abrange várias garantias.		
Garantia do juiz natural: “não haverá juízo ou tribunal de exceção” (art. 5º, inciso XXXVII); “ninguém será processado nem sentenciado, senão pela autoridade competente” (artigo 5º, inciso LIII).	Garantia do direito a julgamento por “um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei” (artigo 14,1, 2ª parte).	Garantia do direito a julgamento por “um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei” (artigo 8º, 1, 2ª parte).
Garantia do direito ao silêncio (artigo 5º, inciso LXIII).	Garantia de não obrigação da pessoa acusada de “depor contra si mesma, nem de confessar-se culpada” (artigo 14, 3, g).	Garantia do direito do acusado “não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a declarar-se culpado” (artigo 8º, 2, g).
Garantia da legalidade (artigo 5º, inciso II), vedando-se qualquer prisão ilegal (artigo 5º, inciso LXV).	Repúdio ao encarceramento arbitrário (artigo 9º, 1, 1ª parte), garantindo-se a estrita legalidade: só haverá prisão pelos “motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos” (artigo 9º, 1, 2ª parte).	Vedação a prisões arbitrárias (artigo 7º, 3), impondo-se que a privação da liberdade só seja admitida “pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas” (artigo 7º, 2).

*Continua...*

Constituição da República de 1988	Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos	Pacto de San José da Costa Rica
Garantia da ampla defesa e do contraditório (artigo 5º, inciso LV).	Garantia de defesa com todos os meios e tempo necessários comunicando-se com defensor (artigo 14, 3, b), com minuciosa ciência de todas as acusações (artigo 14, 3, a), resguardando o direito a intérprete (artigo 14, 3, f), com igualdade de tratamento das testemunhas de acusação e defesa, facultando-lhe questioná-las (artigo 14, 3, e).	Garantia da ampla defesa, com direito a intérprete (artigo 8º, 2, a), comunicação prévia e pormenorizada das imputações (artigo 8º, 2, b), concessão do tempo e meios adequados para o preparo da defesa (artigo 8º, 2, c) e faculdade de inquirir testemunhas e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos de outras pessoas (artigo 8º, 2, f).
Garantia do direito à assistência de advogado, gratuitamente, se for o caso, desde o momento da prisão (artigo 5º, incisos LV, LXII, última parte, e LXXIV, artigo 133).	Garantia do direito de ter um defensor de sua escolha e de ser informado, caso não o tenha, “do direito que lhe assiste tê-lo”, nomeando-se “defensor <i>ex officio</i> gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo” (artigo 14.3, d).	Garantia do direito de ser assistido por um defensor de sua escolha e, se não o fizer, de ser ele proporcionado pelo Estado, comunicando-se livremente e em particular com ele (artigo 8º, 2, d e e).
Garantia do direito ao amparo da família, desde o momento da prisão (artigo 5º, inciso LXII, 2ª parte e LXIII, 2ª parte; artigo 226, “caput”).	Resguardo da família, “núcleo natural e fundamental da sociedade” (artigo 23).	Proteção da família, “elemento natural e fundamental da sociedade” (artigo 17, 1).
	“A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir regra geral” (artigo 9º, 3, 3ª parte).	
Garantia de que, salvo a prisão em flagrante, qualquer outra dependerá de ordem fundamentada de juiz competente (artigo 5º, inciso LXI e artigo 93, inciso IX).		
Garantia de que os responsáveis por sua prisão e interrogatório policial sejam identificados (artigo 5º, inciso LXIV).		

Continua...

Constituição da República de 1988	Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos	Pacto de San José da Costa Rica
	Garantia de ser informado das razões de sua prisão, sendo notificado, sem demora, das acusações formuladas contra ele (artigo 9º, 2).	Garantia de que toda pessoa seja informada das razões de sua prisão, sendo notificada, sem demora, das acusações formuladas (artigo 7º, 4).
Garantia de que a prisão em flagrante será imediatamente comunicada ao juiz competente (artigo 5º, inciso LXII).	Garantia de ser o preso conduzido, sem demora, à presença de um magistrado (artigo 9º, 3, 1ª parte).	Garantia de o preso ser apresentado, sem demora, à presença de um juiz (artigo 7º, 5, 1ª parte).
Garantia do direito de que o juiz ou tribunal superior aprecie a legalidade da prisão através de <i>habeas corpus</i> (artigo 5º, inciso LXVIII).	Garantia do direito de recorrer a um tribunal para que se verifique a legalidade de sua prisão (artigo 9º, 4).	Garantia do direito, <i>sem restrições</i> (artigo 7º, 6, 2ª parte e artigo 25, 1 e 2), de recorrer a um juiz ou tribunal para que decida, eficazmente (artigo 25, 2, c) e sem demora, sobre a legalidade de sua prisão (artigo 7º, 6, 1ª parte).
Garantia de que não será mantida a prisão de alguém quando couber liberdade provisória, com ou sem fiança (artigo 5º, inciso LXVI).		A liberdade do acusado “pode ser condicionada a garantias que assegurem seu comparecimento em juízo” (artigo 7º, 5, última parte).
	Garantia de ser o acusado preso julgado em prazo razoável ou ser posto em liberdade (artigo 9º, 3, 2ª parte), não se admitindo dilações indevidas (artigo 14. 3, c).	Garantia de ser o imputado encarcerado julgado em prazo razoável ou ser posto em liberdade, que “pode ser condicionada a garantias que assegurem seu comparecimento em juízo” (artigo 7º, 5, 2ª e últimas partes).
	Os acusados jovens presos devem ser separados dos adultos e julgados o mais rápido possível (artigo 10, 2, b).	Quando o imputado for jovem e estiver preso, deve ser separado dos adultos, sendo conduzido a um tribunal especializado o mais rápido possível, para ser tratado (artigo 5º, 5).

Continua...

<b>Constituição da República de 1988</b>	<b>Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos</b>	<b>Pacto de San José da Costa Rica</b>
Direito à indenização por erro judiciário ou manutenção na prisão por tempo superior “ao fixado na sentença” (artigo 5º, inciso LXXV).	Direito à indenização não só por erro judiciário, com sentença passada em julgado (artigo 14, 6), mas também para “qualquer pessoa vítima de prisão ou encarceramento ilegal” (artigo 9º, 5).	Direito à indenização por erro judiciário, havendo transitado em julgado a sentença (artigo 10).
	Garantia do duplo grau de jurisdição “toda pessoa declarada culpada por delito terá o direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei” (artigo 14, 5).	Garantia do duplo grau de jurisdição: “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior” (artigo 8º, 2, h).

*Conclusão.*

## 5 ESPÉCIES DE PRISÃO CAUTELAR

Inicialmente cumpre definir o termo prisão, que consiste, basicamente, na supressão da liberdade individual de locomoção por ordem judicial ou cometimento de ato ilícito.

Com o escopo de evitar que ocorram ilegalidades, dispõe a Constituição Federal, em seu artigo 5º, incisos LXV e LXVIII, respectivamente, que “*a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela Autoridade Judiciária*” e “*conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder*”.

A prisão cautelar diferencia-se da prisão como pena, porquanto esta tenha caráter repressivo, sendo verificada somente após o trânsito em julgado da sentença condenatória em que se impôs pena privativa de liberdade.

Já a prisão processual, também chamada provisória ou cautelar, é verificada antes desse momento, quando presentes os requisitos do *fumus boni iuris e do periculum in mora*.

Em nosso Direito Pátrio, cinco são as espécies de prisão provisória, a saber: Prisão em Flagrante Delito, Prisão Temporária, Prisão Preventiva, Prisão por Decisão de Pronúncia e Prisão Decorrente de Sentença Condenatória Recorrível, encontrando-se as duas últimas atualmente em desuso.

Passemos então a analisá-las.

### 5.1 Prisão em Flagrante

A prisão em flagrante está prevista nos artigos 301 e seguintes, do Código de Processo Penal, tendo seu significado derivado do latim *flagrare*, que designa aquilo que arde, resplandece.

Já em sentido jurídico, no ensinamento do professor Júlio Fabbrini Mirabete, flagrante é o ilícito patente, irrecusável, insofismável, que permite a prisão de seu autor sem mandado de prisão, por ser considerada a “certeza visual do crime”.

Acerca do tema, destaca referido autor que a prisão em flagrante encontra-se absolutamente distante do conceito de justiça, porquanto:

[...] pelas condições de sua natureza, essa apreciação é a mais falha, a que mais se aproxima da apreciação rude e ipso facto a que mais se distancia da exatidão científica, em decorrência do que, mais se distancia da possibilidade da boa aplicação da justiça. Isto porque melhor será a aplicação da justiça, quanto mais próxima estiver da exata verificação da verdade e mais próxima estará a justiça, da verificação da verdade, quanto mais científica for essa verificação.<sup>65</sup>

Para José Frederico Marques, “flagrante delito é o crime cuja prática é surpreendida por alguém no próprio instante em que o delinquente executa ação ilícita”.<sup>66</sup>

Isto posto, passaremos a discorrer acerca das modalidades de prisão em flagrante delito, previstas no artigo 302, do Código de Processo Penal.

### 5.1.1 Flagrante próprio

Também chamado de propriamente dito, real ou verdadeiro, considera-se flagrante próprio a situação de quem está cometendo a infração penal (inciso I), bem como ainda assim o é considerado na hipótese do inciso II, do citado artigo, que se refere às situações em que o agente acaba de praticar a conduta em tese criminosa.

A expressão “acaba de cometê-la” deve ser interpretada de forma restritiva, ou seja, em “caráter de imediatidade”.

### 5.1.2 Flagrante impróprio

Outra hipótese de prisão em flagrante refere às situações denominadas de flagrante impróprio, ou quase flagrante, nas quais o agente é perseguido, logo após cometer a infração penal, pela autoridade policial, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração (inciso III).

<sup>65</sup>MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. São Paulo: Atlas, 2005. p. 70.

<sup>66</sup>MARQUES, José Frederico. O processo penal na atualidade. In: PORTO, Hermínio A. Marques; SILVA, Marco A. Marques da. (Orgs.). **Processo penal e Constituição Federal**. São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 101.

Nesse sentido, impende afirmar que a expressão “logo após” não evidencia, ao contrário do que se exige nos casos de flagrante próprio, que a captura ocorra no exato momento da prática da conduta em tese criminosa, podendo ocorrer após o tempo necessário para a coleta de provas pela polícia e a sua chegada ao local.

### **5.1.3 Flagrante presumido**

Trata-se da situação elencada no inciso IV do mencionado artigo, em que o agente é preso, logo depois de cometer a infração, com instrumentos, armas, objetos ou papéis, que façam presumir ser ele o autor da infração.

Essa espécie de flagrante, também tratada pela doutrina como flagrante ficto ou assimilado, dispensa a perseguição, bastando para sua consumação que seja o infrator encontrado logo depois do cometimento do ilícito, em situação suspeita.

Note-se que a expressão empregada não é “logo após”, como no inciso anterior, mas sim “logo depois”, o que significa que a prisão pode ocorrer em lapso temporal superior àquele do item acima.

Identificam-se, ainda, outros casos de flagrante, como abaixo se verá.

### **5.1.4 Flagrante compulsório ou obrigatório e flagrante facultativo**

Ambos regulados pelo artigo 301, do Código Processual Penal, o qual dispõe que *“qualquer do povo poderá e as Autoridades Policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”*.

Desta feita, trata-se de flagrante compulsório ou obrigatório, quando há o dever do agente em efetuar a prisão em flagrante, como no caso dos policiais, que não podem escusar-se de fazê-lo por mera discricionariedade.

Já na segunda ocasião – flagrante facultativo – há a faculdade de efetuar ou não o flagrante, reportando-se às pessoas comuns do povo.

### 5.1.5 Flagrante preparado ou provocado

Igualmente conhecido como delito de experiência ou delito de ensaio, encontra-se previsto na Súmula nº 145, do Supremo Tribunal Federal, que disciplina: “*Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível sua consumação*”.

Depreende-se, portanto, comportar natureza jurídica de crime impossível, ocorrendo fato atípico, quando o policial ou terceiro induz o agente à prática delitiva.

Desta feita, é possível afirmar que, nesses casos, inexistente o elemento volitivo consistente na vontade livre e espontânea do autor em consumir o delito.

Diversa não é a orientação da jurisprudência do Tribunal de Justiça:

*Se o agente policial induz ou instiga o acusado fornecer-lhe a droga que no momento não possuía, porém saindo do local e retomando minutos depois com certa quantidade de entorpecente pedido pelo policial que, no ato da entrega, lhe dá voz de prisão, cumpre reconhecer a ocorrência de flagrante preparado.*<sup>67</sup>

### 5.1.6 Flagrante esperado

Ontologicamente diversa da situação anterior, nos casos de flagrante esperado, não há intervenção do policial na vontade do agente.

Ao contrário, nesses casos, a autoridade simplesmente aguarda o cometimento da ação delituosa pelo autor, para que seja possível a prisão em flagrante, o que torna a ação policial plenamente aceitável.

Já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça favoravelmente: “*Não há flagrante preparado quando a ação policial aguarda o momento da prática delituosa, valendo-se de investigação anterior, para efetivar a prisão, sem utilização de agente provocador*”.<sup>68</sup>

---

<sup>67</sup>RT, 707/293

<sup>68</sup>RSTJ, 10/389

### **5.1.7 Flagrante prorrogado ou retardado**

Configura-se flagrante prorrogado ou retardado, quando há um retardamento na interdição policial do que se supõe serem ações praticadas por organizações criminosas ou a elas vinculadas.

Impende afirmar que esta modalidade de flagrante só é verificada quando os policiais mantêm, sob observação e acompanhamento, a atuação dos criminosos, devendo a medida legal concretizar-se no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações, como preceitua o artigo 2º, II, da lei nº 9.034/1995, chamada Lei do Crime Organizado.

Há uma tênue diferença entre o flagrante esperado e o flagrante provocado, o agente não é obrigado a efetuar a prisão em flagrante delito no primeiro momento em que o fato ocorrer, gozando de discricionariedade quanto ao momento da prisão.

Até o advento da lei nº 11.343/2006 (conhecida como a Nova Lei de Drogas), o retardamento da prisão somente se justificava no caso de combate aos crimes cometidos por organizações criminosas, sendo, até então, defesa a sua aplicação em outras espécies de delitos.

### **5.1.8 Flagrante forjado**

Por derradeiro, passaremos a discorrer sobre o flagrante fabricado, em que os policiais formam provas, falseando delito que, na realidade, é inexistente.

Cita-se o caso de policiais que “plantam” provas ou substâncias entorpecentes, com o intuito de justificar a prisão efetuada, o que é capaz de ensejar, muitas vezes, a acusação de abuso de autoridade.

### **5.1.9 Ocorrência de situação flagrancial nas diversas espécies de crimes**

Interessante abordar o tema em testilha, eis que, na prática, revela fonte de muitas controvérsias.

No que se refere ao crime habitual, por exemplo, a doutrina é divergente. Júlio Fabbrini Mirabete, por exemplo, aceita a possibilidade de prisão em flagrante, quando da prática de crime habitual, quando o agente é surpreendido na prática de um dos atos, sendo necessária a obtenção de provas cabais da habitualidade da conduta levada a efeito.<sup>69</sup>

Como esse delito tem seu momento consumativo com a reiteração de atos praticados pelo agente, muitos autores defendem ser impossível a ocorrência do flagrante, pois, verificada a prática de um só ato, isoladamente, não é possível mensurar, na ocasião, por tratar-se de mero ato preparatório, executório ou consumativo, exigindo-se apuração mais circunstanciada.

Já nos crimes permanentes, vale dizer, aqueles cuja consumação se protraí no tempo por vontade do agente, não há muito em que se debruçar sobre o tema. Trata o Código de Processo Penal do assunto em seu artigo 303 com limpidez, quando prevê: “*Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência*”.

Neste diapasão, tem-se que o momento consumativo perpetua-se no tempo. Assim, enquanto o autor mantiver sua conduta por sua vontade, encontrar-se-á em situação que permita a autuação em flagrante delito.

No que tange aos delitos de ação penal privada, não restam maiores dificuldades, havendo constatável plausibilidade na detenção do autor por flagrante delito, desde que haja claro consentimento da vítima por ocasião da lavratura do auto, sob pena de ilegalidade da prisão e conseqüente relaxamento.

Desejável abordar o tema, ainda, com relação ao crime continuado, no qual não restam maiores dificuldades à medida que, surpreendido o agente cometendo uma das ações que se formam independentes, sobre ela recairá o estado de flagrância, isoladamente.

Insta salientar, ainda, que a apresentação espontânea do agente inibe a prisão em flagrante delito, nada obstando, entretanto, a decretação da prisão preventiva, presentes seus requisitos.

---

<sup>69</sup>MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. São Paulo: Atlas, 2005.

Não se pode olvidar que a legislação de trânsito (lei nº 9.503/1997) traz em seu bojo expressa vedação da execução da prisão em flagrante delito, quando o agente socorre a vítima de acidente, consoante se depreende da análise do artigo 301: *“Ao condutor de veículo, nos casos de acidentes de trânsito de que resulte vítima, não se imporá a prisão em flagrante, nem se exigirá fiança, se prestar pronto e integral socorro àquela”*.

E incabível, ainda, referida modalidade de prisão, nos termos do artigo 86, parágrafo 3º, da Constituição Federal, quando figurar o chefe do Poder Executivo Federal no polo ativo da relação, impondo: *“Enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns o Presidente República não estará sujeito à prisão”*.

Restrição semelhante se impõe aos membros do Congresso Nacional, deputados estaduais, magistrados e membros do Ministério Público, que somente poderão ser autuados em flagrante delito em decorrência de crimes inafiançáveis.

Por força do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, o advogado somente poderá ser preso em flagrante, por motivo de exercício da profissão, em caso de delito inafiançável, nos moldes do exposto no artigo 7º, parágrafo 3º, da lei nº 8.906/1994.

Cumprida ainda asseverar que prevê a Lei dos Juizados Especiais Criminais (lei nº 9.099/1995) a conversão do termo circunstanciado em auto de prisão em flagrante delito, nos casos em que o autor dos fatos se recusa a promover a assinatura do termo de comparecimento ao juízo competente.

Torna-se profícuo recordar que, na hipótese de ser o ato praticado na presença da autoridade policial ou contra esta no exercício de suas funções, cabe a ela a faculdade de promover a presidência da lavratura do auto.

Há uma noção folclórica que impera na sociedade de que, não sendo capturado o autor no prazo de vinte e quatro horas após a ação delitiva, não haverá enquadramento nas hipóteses de configuração de flagrante, como já desmistificado.

Em verdade, o interregno tratado refere-se à entrega da nota de culpa ao acusado, devendo ser comunicado ao preso os motivos de sua detenção e a

identificação da autoridade responsável pelo ato, impondo-se idêntico prazo para a remessa dos autos ao juiz para apreciação de sua legalidade.

Aspectos relevantes foram modificados pela Lei Maria da Penha (lei nº 11.340/2006), a qual trouxe profundas alterações ao tratamento da matéria.

A primeira consequência foi a presumível redução do número de termos circunstanciados, anteriormente confeccionados nas Delegacias Especializadas em Defesa da Mulher, em casos de violência doméstica, haja vista não serem mais admitidos, sendo assim forçoso se adotar os procedimentos de lavratura do auto de prisão em flagrante delito ou instauração de inquéritos policiais, ficando, basicamente restrito, o termo em apreço às desavenças entre vizinhos e a outras infrações de menor potencial ofensivo.

Nesse passo, andou bem o legislador em coibir a nefasta aplicação que era dada à lei nº 9.099/95 nos delitos em destaque, que beneficiava os autores.

Do mesmo modo não se permite a confecção de termos circunstanciados nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, ressalvado haver tão somente cometido o autor contravenção penal, como preconiza o artigo 41: “Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099/1995”.

Com respaldo no exposto, em se tratando de indiscutível *novatio legis in pejus*, não há que se cogitar qualquer tipo de ampliação de seu sentido.

## **5.2 Prisão Temporária**

A modalidade de prisão cautelar em apreço possui previsão legal, em substituição à Medida Provisória nº 111, de 24 de novembro de 1989, quando então promulgada a lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989.

O prazo para cumprimento da prisão temporária é de 5 dias, prorrogáveis por igual período, ou, em se tratando de crimes hediondos ou a eles equiparados, será o prazo de 30, prorrogáveis por mais 30 (lei nº 8.072/1990).

A título de confronto, na legislação estrangeira, o prazo é mais brando. Na França, a prisão temporária e de 24 horas, prorrogáveis no caso de prisão em flagrante, desde que presentes indícios de que tenha praticado ou tentado praticar o delito. Já na Espanha, o prazo da prisão provisória é de 3 meses, um ano ou dois, dependendo da pena cominada para o crime.<sup>70</sup>

Desta feita, no entendimento de Juan Cédras, citado por Roberto Delmanto Júnior, tanto nos países da *comon law* como nos romano-germânicos, há a necessidade de conciliação entre dois imperativos contraditórios: por uma a exigência da rapidez, por outro a necessidade de se respeitar os direitos de defesa, que geralmente colaboram para a lentidão do processo.<sup>71</sup>

De acordo com o artigo 2º, da lei nº 7.960/1989, a prisão temporária será decretada pelo juiz, mediante representação do Ministério Público ou da autoridade policial, caso em que deverá ser precedida da oitiva do *parquet*, sendo cabível na fase de inquérito policial, havendo comprovada imprescindibilidade para as investigações.

O artigo 1º do referido dispositivo legal apresenta os fundamentos para sua concessão e os delitos para sua viabilidade, assim dispostos:

*Artigo 1º- Caberá prisão temporária:*

- I) *Quando imprescindível para as investigações do Inquérito Policial;*
- II) *Quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;*
- III) *Quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:*
  - a) *homicídio doloso (artigo 121, caput e seu parágrafo 2º);*
  - b) *sequestro ou cárcere privado (artigo 148, caput e seus parágrafos 1º e 2º do Código Penal, com os acréscimos trazidos pela Lei nº 11.106/2005);*
  - c) *roubo (artigo 157, caput, e seus parágrafos 1º, 2º e 3º);*
  - d) *extorsão (artigo 158, caput, e seus parágrafos 1º e 2º);*
  - e) *extorsão mediante sequestro (artigo 159, caput, e seus parágrafos 1º, 2º e 3º);*

<sup>70</sup>DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>71</sup>CÉDRAS, 1995, apud DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 368.

- f) *estupro (artigo 213, caput, e sua combinação com o artigo 223, caput, e parágrafo único);*
- g) *atentado violento ao pudor (artigo 214, caput, e sua combinação com o artigo 223, caput, e parágrafo único);*
- h) *rapto violento (artigo 219, revogado pela Lei nº 11.106/2005);*
- i) *epidemia com resultado morte (artigo 267, parágrafo 1º);*
- j) *envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte (artigo 270, caput, combinado com o artigo 285);*
- k) *quadrilha ou bando (artigo 288), todos do Código Penal;*
- l) *genocídio (artigos 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956) em qualquer de suas formas típicas;*
- m) *tráfico de drogas (artigo 12 da Lei nº 6.368/1976, atualmente compreendido no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006);*
- n) *crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).<sup>72</sup>*

Referida modalidade de prisão cautelar representa útil instrumento ao combate da criminalidade pelos órgãos repressores, oferecendo, de forma incontestável, ágil resposta aos anseios da sociedade nos casos de maior repercussão.

E assim não foi diferente no caso do homicídio da infante Isabella Nardoni, com a decretação da prisão temporária de seus genitores, apontados como suspeitos principais, o que gerou severas críticas por parte dos operadores do Direito, não obstante pesar em desfavor destes robustas provas em direito admitidas.

Mediante representação da autoridade policial, fora decretada a prisão objeto de estudo em primeiro grau, mas contestada pelo Desembargador da 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo que, em seu relatório manifestou-se, *ipsis literis*:

---

<sup>72</sup>As alíneas “f” e “g”, ante a atualização legislativa pertinente à matéria, sofreram alterações, de modo que o delito de atentado violento ao pudor não mais subsiste, aplicada à inteligência da recente lei nº 12.015/2009, restando apenas a denominação “estupro”, para ambos os sexos, atualmente tipificado no artigo 213, do Código Penal, com a seguinte redação: Artigo 213 – “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”, acrescida à modificação do artigo 225 do mesmo código que preceitua: “Nos crimes definidos nos capítulos I e II deste título, procede-se mediante ação penal pública condicionada a representação” e segue, em seu parágrafo único: “Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 anos ou pessoa vulnerável.”

*[...] por tais razões de ordem fática, doutrinária e jurisprudencial, não representando a liberdade dos pacientes, até aqui, risco para a colheita de provas, não se justifica a excepcional afronta ao princípio constitucional da liberdade e da presunção de inocência.*

Nessa medida, se não comprovado o propósito de comprometimento, dificuldade ou impedimento à apuração dos fatos, seja por meio de inutilização de provas ou induzimento ou ameaça às testemunhas ou, ainda, qualquer outro meio capaz de prejudicar a elucidação do delito, parece discutível a concessão da constrição.

Não se pretende, por outra face, agir em defesa de alguém que, se culpado pela barbárie noticiada, deverá, sem sombra de dúvidas, sofrer as sanções cabíveis, mas a condenação somente é possível após o trânsito em julgado da sentença condenatória, observados os princípios da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal, bem como da dignidade da pessoa humana e da presunção de inocência.

Vale acrescentar que a medida aqui exposta não pode ser decretada de ofício pelo magistrado que, quando do recebimento de sua representação dispõe do prazo de 24 horas para decidir sobre sua concessão, de forma fundamentada.

O mandado de prisão será expedido em duas vias de igual teor, sendo uma entregue ao preso, tendo a mesma validade da nota de culpa e, decorrido o interregno de sua concessão, deve ser o acusado colocado imediatamente em liberdade, sob pena de responsabilidade por abuso de autoridade ou ser-lhe decretada a custódia preventiva, se for o caso.

Decretada a restrição, o preso submeter-se-á a exame de corpo de delito *ad cautelam*, no Instituto Médico Legal, salvaguardando sua integridade física, devendo este procedimento, também, ser adotado quando de sua eventual soltura. Em caso de prorrogação, segue-se idêntico rito. Oportuno lembrar que o preso temporário ficará separado dos demais.

Deduz-se que a prisão temporária há que se encontrar intimamente ligada à necessidade investigatória de um inquérito policial em andamento, a qual somente será requerida e concedida à luz da conjugação dos incisos I e/ou II com o III, do

artigo 1º da legislação sob comento, sob pena de franca ilegalidade e abuso do poder.

### **5.3 Prisão Decorrente de Sentença de Pronúncia**

Nos termos do antigo Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941), anteriormente à alteração pela Lei Fleury (lei nº 5.941, de 22 de novembro de 1973), a qual alterou os artigos 408, 474, 594 e 596 do Diploma Legal referido, a regra era a decretação da prisão por ocasião da decisão de pronúncia, ressalvado se o réu fosse primário e apresentasse bons antecedentes.

O acusado, portanto, após a pronúncia, deveria aguardar seu julgamento preso.

Entretanto, com o advento da lei nº 11.689/2008, o procedimento dos processos de competência do júri fora profundamente alterado, a exemplo da revogação do libelo crime acusatório, dentre outros.

Respeitante ao tema ora tratado, modificou-se a redação dada ao artigo 413, do Código de Processo Penal, de modo que o juiz, ao decidir sobre a prisão o fará fundamentadamente, conforme dicção do parágrafo único, do artigo 387, do mesmo Diploma Legal.

Assim, a decretação da prisão decorrente de pronúncia ou a sua manutenção deverá ser acompanhada dos fundamentos contidos no artigo 312, do Código de Processo Penal, explicitados no capítulo próprio.

Depreende-se que, tal como ocorre com a prisão preventiva, deverá a decisão que decreta a prisão decorrente de pronúncia aclarar os fundamentos ontológicos das medidas cautelares, vale dizer: faz-se mister constar nos autos elementos que conduzam o magistrado ao temor de que o réu tencione se furtar à punição.

#### **5.4 Prisão Decorrente de Sentença Condenatória Recorrível**

Inicialmente cumpre esclarecer que é necessária, para a condenação, a cabal comprovação da materialidade delitiva, bem como da autoria, devendo ser observados os requisitos formais de exposição, de motivação e de conclusão.

Tal comprovação tem por efeito fazer vigorar as forças coativas do ordenamento jurídico e, já no passado, fazia-se imprescindível a sua fundamentação, afinal, concentra-se nesta peça o pronunciamento jurisdicional de procedência da denúncia.

A alteração sofrida nessa medida cautelar é bastante semelhante à prisão em decorrência de pronúncia, tendo sido impostas à sua concessão as mesmas exigências, ou seja, que o magistrado a fundamente em consonância com os requisitos disciplinados para a prisão preventiva para a sua validade.

A restrição é imposta por força do disposto no artigo 393, I, do Código de Processo Penal, que discorre: “*São efeitos da sentença condenatória recorrível: I- ser o réu preso conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança*”.

Salutar a novidade sob a égide da recente lei, digna de aplausos, pois a motivação resguarda maior lisura nas decisões e vem ao encontro do Estado Democrático de Direito.

#### **5.5 Prisão Preventiva *Stricto Sensu***

Ladeada à prisão temporária, encontra-se a mencionada prisão, a qual encontra-se amparada nos artigos 311 e seguintes, do Código de Processo Penal.

A prisão preventiva *stricto sensu* consiste na privação de liberdade do acusado decretada pelo juiz tanto durante a fase de inquérito policial quanto na instrução criminal, conferidos os pressupostos exigidos em lei, assegurando o resultado adequado do processo e seu regular desenvolvimento.

Ao contrário da prisão temporária, a prisão preventiva pode ser decretada *ex officio* pelo juiz, ou, ainda, a requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial.

### 5.5.1 Hipóteses de incidência da prisão preventiva

Nos moldes do Código de Processo Penal, a primeira hipótese de incidência dessa modalidade de prisão diz respeito à garantia da ordem pública que, basicamente, tutela os interesses gerais da sociedade como um todo, impedindo que o bem comum seja afetado caso permaneça o acusado em liberdade.

Em segundo lugar, tem-se a garantia da ordem econômica, introduzida no ordenamento jurídico por meio da lei nº 8.884/1994, é outro requisito para seu embasamento e se aplica na ocorrência de crimes desta natureza.

Já a conveniência da instrução criminal evita que o réu prejudique a coleta de provas, ameaçando vítimas, testemunhas, peritos ou através de atos que turbem o bom andamento dos trabalhos policiais em curso de inquérito policial ou, ainda, no processo criminal. Esta exigência resguarda a *persecutio criminis* assegurando, ainda, que o juiz se baseie em fatos concretos, não em meras suposições.

Não menos coroada de importância no mundo jurídico, vem a garantia da aplicação da lei penal, que tem por escopo impedir a evasão do inculpado ou daquele que, sem endereço certo, se furtasse da constrição contida na sentença condenatória.

Ressalta-se que a enumeração acima compreende um rol exaustivo, *numerus clausus*, de modo que fora destas hipóteses não há que se falar em seu decreto prisional.

Somente é admitida a sua concessão nos casos de crimes dolosos: a) punidos com reclusão; e b) punidos com detenção, se o indiciado for vadio ou de identidade duvidosa.

Não se aplica a segregação preventiva nos delitos culposos tampouco nas contravenções penais e nos crimes em que o réu se livre solto, independente de fiança, ou, ainda, salutar acrescentar-se, quando acobertado o agente por causas

excludentes de ilicitude. Os pressupostos para sua decretação são: a) prova da existência do crime; e b) indícios suficientes de autoria.

Note-se que a dúvida milita em favor da sociedade por não se exigir prova cabal, apenas indícios que demonstrem ser o infrator o autor do delito.

Por fim, o despacho que denegar ou acolher a constrição deverá ser fundamentado, como preceitua o princípio constitucional da motivação das decisões judiciais.

Pode ainda o juiz revogar a custódia preventiva, como regula o artigo 317, do Código de Processo Penal, cabendo deste entendimento ou de seu inverso, recurso em sentido estrito.

### **5.5.2 Prisão preventiva na Lei Maria da Penha (lei nº 11.340/2006)**

Inovação aplaudida foi a previsão de mais uma espécie de prisão preventiva trazida à baila textualmente pela Lei Maria da Penha.

Conforme disposição do artigo 20 da referida lei: *“em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial”*.

Pelo emprego da expressão “agressor”, inicialmente deu-se margem ao entendimento ser cabível tão somente quando se tratava de lesão corporal de natureza leve. Ora, data máxima vênia, beiraria ao esdrúxulo tal interpretação e, praticamente, aniquilaria a aplicação do instituto.

Nem poderia ser diverso o entendimento, deixaria, pois, de alcançar casos de notória seriedade, como nos maus-tratos e constrangimento ilegal.

Superada a questão, mister reforçar que tem sua aplicação albergada tanto nos delitos de *vis attractiva* quanto nos de *vis compulsiva*, bastando comprovar o vínculo doméstico.

Forçoso reconhecer que surpreendeu o legislador ao englobar casos apenados com detenção, à exceção da regra contida no artigo 313, I e II, do Código de Processo Penal.

Em sentido oposto, assevera Guilherme de Souza Nucci que, por vezes, comete o autor infrações incompatíveis com a custódia cautelar, como os de ameaça e lesão corporal, justificando que desta forma estaria configurada abominável violência em desfavor do réu, que se quedaria mais tempo detido cautelarmente do que a pena que seria lhe imposta.<sup>73</sup>

Em que pese à citada opinião em contrário, é forçoso reconhecer que se reveste de imprescindibilidade à ofendida, quando já cansada das sevícias a si impostas, busca efetiva proteção do Estado, segura de que sua dignidade será preservada pelas medidas protetivas ou pela prisão em flagrante de seu algoz.

---

<sup>73</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

## 6 AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS QUE SE INSEREM COMO COROLÁRIOS DAS PRISÕES CAUTELARES

### 6.1 Princípio do Devido Processo Legal

A observância do princípio do devido processo legal adquire fundamental relevo no que se refere às prisões cautelares, já que estas representam medidas bastante gravosas de cerceamento da liberdade do indivíduo.

Dessa maneira, revela-se inaceitável e, até mesmo, inconstitucional que alguém seja preso, mesmo que cautelarmente, sem que lhe seja garantida a efetivação do devido processo legal.

Isso porque, como se sabe,

[...] a prisão, seja preventiva ou definitiva, trata-se de detenção ou de prisão propriamente dita, representa um grande mal para o indivíduo. Fere o seu direito fundamental de liberdade. É essencialmente degradante. Desmoraliza os pacientes e às vezes chega a arruiná-los economicamente.<sup>74</sup>

Ora, diante deste cenário, não há que se cogitar a possibilidade de se decretar a prisão de um cidadão sem que ele tenha acesso a um processo penal justo e adequado.

Em outros termos,

[...] a pessoa física integrante da coletividade não pode ser privada de sua liberdade sem o devido processo penal, em que se realize a ação judiciária, atrelada ao vigoroso e incindível relacionamento entre as preceituações constitucionais e as normas penais – quer de natureza substancial, quer de caráter instrumental –, e de sorte a tornar efetiva a atuação da Justiça Criminal, tanto na inflição e na concretização da sanção, como na afirmação do direito de liberdade do acusado.<sup>75</sup>

Dessa maneira, sendo o devido processo legal fonte de outras garantias constitucionais, impende afirmar que o cidadão só pode ter sua liberdade cerceada após rígida observância aos postulados basilares do Estado Democrático de Direito,

---

<sup>74</sup>AZEVEDO, Noé. **As garantias da liberdade individual em face das novas tendências penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1936. p. 186.

<sup>75</sup>TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 62.

quais sejam, a presunção de inocência, o contraditório e a ampla defesa, a proporcionalidade, entre outros.

Com efeito, o Direito Processual Penal tem a função de assegurar a liberdade do acusado<sup>76</sup>, pois conforme entendimento de Cândido Rangel Dinamarco: “consubstanciando-se, antes de mais nada, em instrumento da liberdade que surge como complemento dos direitos e garantias individuais, impondo limites à atuação estatal em cumprimento de seu dever de prestar jurisdição”.<sup>77</sup>

Diante disso, sendo a função do processo penal a tutela da liberdade jurídica do indivíduo, a estrita obediência ao princípio ora estudado resguarda a própria instituição do Poder Judiciário, para que seus órgãos não cometam arbitrariedades no curso da persecução penal.

É esse, inclusive, o entendimento de Roberto Delmanto Júnior:

[...] já que o poder jurisdicional fundamenta-se na função do Estado em distribuir justiça, constituindo o processo penal o único instrumento para que isso seja legitimamente possível, há este que ser avesso à arbitrariedades, caprichos, humilhações gratuitas, prisões desnecessárias etc, sob pena de o próprio Estado fomentar a desarmonia social, violando, através de opressões e repressões, a própria essência da existência humana, qual seja, a liberdade, voltando-se, assim, contra a sua própria razão de existir.<sup>78</sup>

Diante disso, sendo a prisão cautelar medida excepcional, só se pode cogitar a sua determinação após a fiel observância ao princípio do devido processo legal e às garantias que dele decorrem.

## 6.2 Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa

Os princípios do contraditório e da ampla defesa são de fundamental importância no que se refere ao tema das prisões cautelares.

<sup>76</sup>Nesse sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel. Processo de conhecimento e liberdade. In: MESQUITA, José Ignácio Botelho de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. (Org.). **Estudos em Homenagem a Joaquim Canuto Mendes de Almeida**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 256.

<sup>77</sup>DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 4.

<sup>78</sup>Ibid., p. 5.

Isso porque, sendo a prisão decretada durante o curso do processo, medida de caráter excepcional, não pode o acusado ter sua liberdade cerceada, sem que tenha a oportunidade de exercer sua defesa da forma mais ampla e adequada o possível, e sem que possa influenciar, de maneira efetiva, na decisão do juiz.

Assim, em primeiro lugar, em consonância com o princípio da ampla defesa, deve-se conceder concreta oportunidade ao acusado para que ele possa se defender de maneira efetiva, impondo-se a ele o direito de ser assistido por seu advogado.

Com efeito, ao ser decretada a prisão cautelar, caberá ao juiz ou ao tribunal garantir o acesso do acusado a um defensor – o qual, como destacado, poderá ser escolhido pelo cidadão ou, quando isso não ocorrer, deverá ser nomeado pelo Estado – devendo-se proporcionar a possibilidade de efetiva integração entre a defesa técnica – exercida a cargo de um profissional habilitado – e a autodefesa – exercida pelo próprio acusado.

Em adição, ao acusado também deve ser proporcionada a oportunidade de manifestar sua visão dos fatos, contribuindo para a concretização do movimento dialético que caracteriza o princípio do contraditório.

Impende afirmar que o exercício da ampla defesa e do contraditório depende, diretamente, da observância do dever de motivação das decisões judiciais. Isso porque o acusado só poderá se defender de maneira adequada quando tiver efetivo acesso aos motivos que levaram à sua prisão.

Assim, consoante será verificado adiante, a decisão que decretar referida medida cautelar deverá ser acompanhada da descrição de fatos concretos, que justifiquem a cautelaridade da medida, em consonância com o artigo 312 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido,

*[...] o acusado deve tomar conhecimento da acusação de modo explícito e efetivo para que o ato não tenha cunho meramente formal, provocando, de fato, uma situação de impossibilidade de defesa. Assim, a acusação deverá ser certa, portanto não pode ser implícita ou presumida. Deve, ainda, ser*

*clara, expressa e completa e ilustrada com todos os fatos históricos em que se fundamenta a acusação.*<sup>79</sup>

Desta feita, o acusado tem o direito de ser devidamente informado dos motivos que acarretaram a sua prisão, podendo exercer, de forma efetiva, o seu direito de reação a essa decisão.

Dessa maneira, a motivação referente à prisão cautelar que meramente repita o texto legal, além de contrariar o dever de justificar as decisões, implica sério óbice à efetivação dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, resultando em inaceitável constrangimento ilegal ao acusado.

### **6.3 Do Dever de Motivar as Decisões**

O artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal, é claro ao dispor que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judicial”.

Da mesma maneira, o artigo 315 do Código de Processo Penal, prevê que “o despacho que decretar ou denegar a prisão preventiva será sempre fundamentado”.

Em um primeiro momento, por força do dispositivo constitucional transcrito, pode-se cogitar a inexistência da necessidade de motivação no que se refere à prisão em flagrante, o que, entretanto, consoante será demonstrado, não se coaduna com os preceitos norteadores do Estado Democrático de Direito.

Desta feita, pelo fato de a prisão em flagrante ser uma espécie de prisão cautelar fundada na presunção de autoria de uma infração penal – pela constatação visual de circunstâncias fáticas que relacionem a pessoa ao ato tido como ilícito – não se exige motivação prévia para sua efetivação, o que não desobriga a autoridade judiciária de justificar, *a posteriori*, a necessidade de sua manutenção.

Em outros termos, não ficam o juiz ou o Tribunal desobrigados a motivar a determinação da prisão em flagrante. Ao contrário: devem, assim que informados a

---

<sup>79</sup>SILVA, Marco Antônio Marques da. **Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

respeito de tal medida, demonstrar a sua imprescindibilidade, com base no artigo 312, do Código de Processo Penal.

Diante disso, revela-se fundamental que a determinação de prisão cautelar seja devidamente fundamentada. É esse, inclusive, o entendimento da doutrina:

*É de se consignar, ainda, que tratando a prisão cautelar de uma “providência violenta”, apesar de seu cunho legal cujas consequências são as mais sérias e da mais alta responsabilidade, incluindo-se indenização em hipóteses de absolvição, ela deverá sempre ser fundamentada, de maneira condizente com a sua violência, refutando-se decretos que simplesmente venham a repetir o texto legal.<sup>80</sup>*

Impende consignar que, no momento da motivação da decretação da prisão cautelar ou de sua manutenção, deve o juiz justificar a cautelaridade, a excepcionalidade, a adequação e a proporcionalidade da medida, de forma a demonstrar estarem presentes os pressupostos – prova da existência do crime e indício suficiente de autoria – e os requisitos – conveniência da instrução criminal, garantia da aplicação da lei penal, garantia da ordem pública e garantia da ordem econômica – que informam a matéria.

Nesse sentido, esclarece Eduardo Espínola Filho que:

*[...] a exigência de fundamentação de decisões, principalmente no caso de ordenar a prisão preventiva, foi um dos postulados do nosso direito processual penal, em todos os tempos, não tolerando, tanto a doutrina e a jurisprudência, quanto a própria legislação, qualquer descuido no cumprimento de tão importante dever imposto ao juiz.<sup>81</sup>*

No entanto, uma análise mais detida da matéria revela que, muitas vezes, a prisão cautelar é motivada de forma insuficiente, com base em meras presunções, o que contraria frontalmente os preceitos constitucionais basilares de um Estado Democrático de Direito.

Com efeito, muitas decisões judiciais, contidas nos anexos jurisprudenciais dessa dissertação, justificam a necessidade da efetivação da prisão cautelar e, principalmente, a prisão preventiva, com base na conveniência da instrução criminal,

<sup>80</sup> DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 169.

<sup>81</sup> ESPINDOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Anotado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. p. 408.

fazendo supor que a liberdade do acusado, por si só, prejudicaria o bom andamento da persecução penal.

Ocorre que, a mera suposição de fatos não se revela suficiente para justificar o cerceamento da liberdade do indivíduo, devendo o juiz ou o Tribunal apontarem fatos concretos que comprovem, de maneira efetiva, que a liberdade do acusado implica sérios óbices à instrução criminal.

Ademais, é importante reiterar que uma vez finda a instrução criminal, a decretação da prisão cautelar com base nesse requisito traduz inaceitável constrangimento ilegal ao acusado, sendo, portanto, inadmissível.

No que concerne à decretação da prisão cautelar com base na garantia da aplicação da lei penal, também, deve o juiz motivar sua decisão com elementos concretos, que indiquem que o acusado esteja, de fato, planejando fugir e se furtar à aplicação da lei penal.

Com efeito, segundo Aury Celso Lima Lopes Júnior: “é inconcebível qualquer hipótese de presunção de fuga, até porque substancialmente inconstitucional ante a frente à presunção de inocência”. Assim, segundo o mesmo autor: “o risco de fuga deve apresentar-se como um fato claro, determinado, que justifique o medo de evasão do acusado”.<sup>82</sup>

Por sua vez, a determinação de prisão cautelar com intuito de assegurar a ordem pública, também, precisa ser efetivamente justificada em fatos concretos e não em meras presunções.

Sendo o conceito de “ordem pública”, de difícil definição, muitos entendem como Basileu Garcia, que a sua garantia implica em evitar que o acusado volte a cometer o suposto crime.

Em outras palavras,

[...] para a garantia da ordem pública, visará o magistrado, ao decretar a prisão preventiva, evitar que o delinquente volte a cometer delitos, ou porque é acentuadamente propenso à prática delituosa, ou porque, em

---

<sup>82</sup>LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **Fundamento, requisito e princípios gerais das prisões cautelares**. In: RT 748/457.

liberdade, encontraria os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida.<sup>83</sup>

Ocorre, no entanto, que essa não nos parece a melhor solução, uma vez que:

[...] não há como negar que a decretação de prisão preventiva com o fundamento de que o acusado poderá cometer novos delitos baseia-se, sobretudo, em dupla presunção: a primeira, de que o imputado realmente cometeu um delito; a segunda, de que em liberdade e sujeito aos mesmos estímulos, praticará outro crime ou, ainda, envidará esforços para consumir o delito tentado.<sup>84</sup>

Da mesma forma, não há que se cogitar a possibilidade de justificar a prisão cautelar, por meio do requisito “garantia da ordem pública”, invocando possível impacto social ou credibilidade do Poder Judiciário.

O que o magistrado deve fazer é, novamente, procurar fatos concretos e perceptíveis que indiquem que a conduta perpetrada pelo acusado esteja, verdadeiramente, afetando a denominada ordem pública.

Por fim, no que se refere à garantia da ordem econômica, a mesma orientação deve ser seguida, não podendo ser a decisão do magistrado acerca da decretação da prisão cautelar fundada em presunções, porquanto, quando isso ocorre:

[...] a prisão cautelar afasta-se por completo de sua natureza, transformando-se em meio de prevenção especial e geral, e, portanto, em punição antecipada, uma vez que uma medida cautelar jamais pode ter como finalidade a punição e a ressocialização do acusado para que não mais infrinja a lei penal, bem como a consequente desestimulação de outras pessoas ao cometimento de crimes semelhantes, fins exclusivos da sanção penal.<sup>85</sup>

O texto deixa claro, portanto, a importância e a necessidade da motivação da decisão do juiz ou do Tribunal que decreta a prisão cautelar de um cidadão, não podendo, em hipótese alguma, a justificativa da medida transformar-se em mera repetição do texto legal.

---

<sup>83</sup>GARCIA, Basileu. **Comentários ao Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1945. p. 169.

<sup>84</sup>DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 236.

<sup>85</sup>Ibid., p. 192.

A importância da motivação reside, também, na possibilidade de se verificar a obediência ao princípio da legalidade. Ou seja, é por meio da motivação, que será possível verificar se a medida tomada foi ou não legal.

Dessa forma, não conseguindo a autoridade judiciária motivar e justificar a efetivação da prisão cautelar ou sua manutenção, deve esta ser revogada, sob pena de inaceitável constrangimento ilegal, sanável por meio de *habeas corpus*.

#### 6.4 Princípios da Presunção de Inocência e *In Dubio Pro Libertatis*

Para que se cogite a aplicação do princípio da presunção de inocência ao tema ora estudado, mister esclarecer que as prisões cautelares não podem ser confundidas com a punição propriamente dita.<sup>86</sup>

Nesse sentido,

[...] as medidas cautelares têm em comum as seguintes características ou, como preferem outros, elementos: a) são **medidas judiciais** uma vez que, mesmo nas hipóteses de flagrante delito, logo são submetidas ao crivo do magistrado; b) são **medidas instrumentais**, ou seja, são adotadas em função do processo, para assegurar o seu processamento, julgamento e eficácia da sentença proferida; e c) são **medidas provisórias**, isto é, só podem subsistir enquanto subsistam os motivos que a determinam.<sup>87</sup>

Desta feita, o juízo acerca da possibilidade da decretação da prisão cautelar não se confunde com o julgamento da culpabilidade do acusado. Nesse sentido, esclarece-se que

[...] a verificação acerca da seriedade dos indícios de autoria não se confunde, efetivamente, com eventual prejulgamento, mesmo porque a prisão provisória não será nunca decretada com base nessa constatação, mas, sim, com fundamento em sua necessidade cautelar de seus requisitos. Tal verificação afigura-se, antes de tudo, como uma verdadeira exigência do direito à presunção de inocência, uma vez que vem a tutelar a liberdade dos cidadãos.<sup>88</sup>

<sup>86</sup>Nesse sentido, João Mendes de Almeida Júnior, ao discorrer sobre a prisão no curso do processo, salienta que “a prisão, antes do julgamento, não é ainda a pena do delito; ainda não está legalmente verificado que o preso seja um delinquente, ou que, sendo delinquente, seja culpado” (**O processo criminal brasileiro**. Rio de Janeiro-RJ: Freitas Bastos, 1959. p. 87).

<sup>87</sup>DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 82 (grifo nosso).

<sup>88</sup>Ibid., p. 169.

Assim, à luz dos autores supracitados, se o acusado só pode ser considerado culpado após a sentença condenatória transitada em julgado, a prisão cautelar não pode configurar simples antecipação de pena, somente se justificando quando comprovada a sua cautelaridade, proporcionalidade e excepcionalidade.

Nesse sentido, reitera-se que não basta que o magistrado aponte a existência dos requisitos e pressupostos presentes no artigo 312, do Código de Processo Penal, devendo, ao contrário, justificar com fatos colhidos ao longo da instrução criminal a efetiva necessidade de adoção de referida medida cautelar, sob pena de violação do princípio ora em comento.<sup>89</sup>

Em suma, pode-se deduzir que qualquer prisão provisória deve ter natureza cautelar e não pode resultar de prejulgamento acerca da culpa do acusado, cabendo ao juiz ou ao Tribunal justificá-la com base em fatos concretos, sob pena de inaceitável ofensa ao princípio da presunção de inocência.

Outro aspecto da aplicação de referida garantia diz respeito à efetivação do princípio *in dubio pro reo* – que, em matéria de prisões cautelares, passa a ser melhor denominado de *in dubio pro libertatis*. Nesse sentido, esclarece-se que

[...] a presunção de inocência desempenha um papel crucial no caso das medidas de coação destinadas a limitar o direito de liberdade do cidadão porquanto, em sua complementaridade e interdependência com outras normas constitucionais, projeta uma escolha axiológica pelo favor libertatis (liberdade) e pelo favor dignitatis (dignidade da pessoa humana).<sup>90</sup>

Isso significa que, não atingindo, a autoridade judicial, o nível de certeza necessário para a decretação da medida cautelar, deve-se pugnar pela liberdade do acusado.

---

<sup>89</sup> Nesse sentido, “a privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada ou mantida em situações de absoluta necessidade. A prisão cautelar, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o artigo 312 do Código de Processo Penal (prova da existência material do crime e presença de indícios suficientes de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu” (STF, HC 93.056, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16.12.2008).

<sup>90</sup> MORAES, Maurício Zanóide. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro** – Análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010. p. 378.

Desta feita, restando dúvida acerca da existência do crime ou dos indícios suficientes de autoria, a prisão cautelar revela-se ilegal e inconstitucional, não podendo ser decretada ou mantida.

Essa afirmação é constatada, inclusive, no conteúdo da Recomendação nº 5, do XXV Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, ocorrido em abril de 1992, em Toledo, na Espanha: “*a presunção de inocência proíbe a aplicação e a manutenção da prisão preventiva, sempre que não existam indícios sérios no sentido da responsabilidade penal do arguido*”.<sup>91</sup>

Consoante salientado, não se exige, em matéria de prisão provisória, a mesma certeza que deve ser alcançada para que se determine a condenação do acusado, o que não significa, entretanto, que o juiz ou Tribunal devam buscar, em atenção ao disposto no próprio artigo 312, do Código de Processo Penal, indícios suficientes de autoria.<sup>92</sup>

Assim, em consonância com o arrazoado acima, meras suposições ou presunções não são adequadas para justificar a efetivação da prisão cautelar.

É nesse sentido que nossos Tribunais têm se manifestado:

*[...] meras suspeitas não podem ser havidas como indícios suficientes de autoria a justificar a necessidade da prisão cautelar. Para tanto, devem os indícios convencer o juiz da probabilidade da prática do crime, e não de mera possibilidade.*<sup>93</sup>

Diante disso, deve-se encontrar um perfeito equilíbrio entre a necessidade de se encontrarem indícios sérios e suficientes da autoria de um fato em tese criminosa e a proibição de transmutar a determinação da prisão cautelar em julgamento de mérito, sob pena de se ferir o princípio da presunção de inocência.<sup>94</sup>

<sup>91</sup> RECOMENDAÇÃO Nº 5, XXV Congresso da Associação Internacional de Direito Penal. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Aequitas, Lisboa, Ano 2, n. 4, p. 654, out./dez. 1992.

<sup>92</sup> A propósito da necessidade de existirem indícios suficientes de autoria, Eduardo Espíndola Filho salienta que a autoria deve ser “determinada por indícios sérios, apontados ao paciente, sem probabilidade de erro” (**Código de Processo Penal Anotado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. p. 398).

<sup>93</sup> STF, RHC 64.240, RTJ 123/925.

<sup>94</sup> Nesse sentido, ensina Rogério Lauria Tucci que: “somente com relação à prisão provisória tipicamente cautelar, é que, por não ocorrer apriorística consideração de culpa do indiciado ou acusado, nenhuma afronta sofrerá o preceito constitucional” (TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 406).

## 6.5 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade adquire especial importância no tratamento do tema das prisões cautelares, pois, consoante já reiterado, estas impõem severas restrições a um dos mais importantes direitos fundamentais do cidadão: a liberdade.

Com efeito,

[...] constituindo a liberdade física do indivíduo um dos dogmas do Estado de Direito é natural que a Constituição fixe certas regras fundamentais a respeito da prisão cautelar, pois a restrição ao direito de liberdade, em qualquer caso, é medida extraordinária, cuja adoção deve estar sempre subordinada a parâmetros de legalidade estrita.<sup>95</sup>

Assim, no que se refere ao processo penal, não há que se cogitar a existência de um chamado “poder geral de cautela”<sup>96</sup>, por meio do qual a autoridade judicial possa impor ao acusado medidas restritivas, não previstas expressamente pelo legislador, já que, consoante afirmado, a liberdade do cidadão é a regra, só podendo ser restringida em casos excepcionais.

Nesse sentido, as modalidades de restrições cautelares devem, obrigatoriamente, estar previstas em lei, de forma que o juiz não pode aplicar medida diversa daquela expressamente admitida pelo legislador.

É assim que se manifestam os Tribunais Superiores:

*I. O poder geral de cautela para imposição de restrições ao direito de locomoção somente pode ser admitido com o amparo no princípio da estrita legalidade, conforme assim o determinam princípios constitucionais, dentre outros, o da legalidade, o da liberdade de locomoção e o da presunção de inocência.*

*II. O Poder Judiciário não pode impor restrições ao direito de locomoção que não foram expressamente instituídos pelo legislador.<sup>97</sup>*

Como preceitua Aury Celso Lopes Júnior,

<sup>95</sup>GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 227.

<sup>96</sup>A esse respeito, explica Piero Calamandrei que, no processo civil, é reconhecido o poder geral de cautela, confiado aos juízes, em virtude do qual eles podem, sempre, onde se manifeste a possibilidade de um dano que derive do atraso de um procedimento principal, providenciar de modo preventivo a eliminar o perigo, utilizar a forma e o meio que considerem oportuno e apropriado para o caso (CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari**. Padova, 1936. p. 47). Significa dizer, portanto, que o juiz que atua na esfera cível possui amplo poder de lançar mão de medidas de cunho acautelatório, mesmo sendo atípicas as medidas, para efetivar a tutela cautelar.

<sup>97</sup>TRF 2ª Região, HC 1999.02.01.058420-4, Rel. Des. Maria Helena Cisne, j. 25.04.2000.

[...] no processo penal, forma é garantia. Logo, não há espaço para “poderes gerais”, pois todo poder é estritamente vinculado a limites e à forma legal. O processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal, de modo que ele somente pode ser exercido e legitimado a partir do estrito respeito às regras do devido processo legal. E, nesse contexto, o princípio da legalidade é fundante de todas as atividades desenvolvidas, posto que o **due process of law** estrutura-se a partir da legalidade e emana daí o seu poder.<sup>98</sup>

Assim, à luz do discorrido, implicando as prisões cautelares em severas restrições aos direitos fundamentais do cidadão, o princípio da legalidade deve ser estritamente observado, não havendo que se admitir a possibilidade de ampliação do rol de referidas medidas por meio de analogias ou interpretações extensivas, sob pena de se configurar abusivo e legítimo o pretense poder punitivo do Estado.

## 6.6 Princípio da Proporcionalidade

A aplicação do princípio da proporcionalidade, no que se refere ao tema das prisões cautelares, reflete, de forma inequívoca, a constante busca pelo equilíbrio:

[...] entre a proteção dos direitos e liberdade da pessoa, de um lado, e, de outro, a criação de instrumentos legais para que o Estado cumpra com o seu dever de prestar jurisdição, em função do interesse geral de individualização de condutas altamente antissociais, viabilizando-se, assim, a justa aplicação da lei penal e, por conseguinte, a manutenção da paz e harmonia sociais.<sup>99</sup>

Desta feita, cumpre ressaltar que, sendo a prisão provisória medida excepcional, sua decretação deve ser pautada pelo princípio da proporcionalidade.

Nesse sentido, anota Fernando Gómez de Liaño que:

[...] el principio de proporcionalidad servira de modelo, de medida para el decreto de una medida cautelar personal en el proceso penal, pero los órganos jurisdiccionales, precisamente por esa discrecionalidad medida por la proporcionalidad de la vía cautelar, demostrarán su grado de responsabilidad frente a sí mismos y frente la propia sociedad.<sup>100</sup>

Assim, resta evidente que a prisão cautelar só poderá incidir quando outros mecanismos menos radicais não puderem ser aplicados. Com isso, ela só poderá

<sup>98</sup> LOPES JÚNIOR, Aury Celso. A (in)existência de poder geral de cautela no processo penal. **Boletim IBCCRIM**, ano 17, n. 203, out. 2009. p. 09.

<sup>99</sup> DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 5.

<sup>100</sup> LIAÑO, Fernando Gómez de. **El proceso penal** - Tratamiento jurisprudencial. Olviedo: Forum, 1992. p. 222.

ser decretada como *extrema ratio*, em consonância com o respeito aos outros princípios constitucionais ora estudados.

É esse, inclusive, o entendimento da doutrina:

*[...] o que importa é que a prisão no curso persecutório deva ser imposta como a última ratio das medidas. Para isso, o legislador deve fixar, de maneira clara e expressa, que cabe ao julgador demonstrar que nenhuma medida coativa e menos invasiva do que a prisão é apropriada ao caso concreto. Em uma verdadeira inversão cultural, o julgador deverá justificar por que medidas menos invasivas não são apropriadas no caso concreto. E não, como ocorre atualmente, manter o hábito de decretar primeiro a prisão preventiva ou temporária, para depois determinar medida alternativa ou substitutiva menos invasiva.<sup>101</sup>*

Dessa maneira, é importante ressaltar que, mesmo com a presença dos requisitos e pressupostos que informam a matéria, nem sempre referida medida cautelar poderá ser determinada, porquanto não caberá a aplicação da prisão provisória quando esta constituir medida evidentemente desproporcional.<sup>102</sup>

Exemplo disso refere-se aos casos em que o cidadão está sendo acusado por um crime cuja pena máxima seja inferior a quatro anos. Nesses casos, a aplicação da prisão provisória é patentemente desproporcional, já que a condenação final sempre será substituída por outra pena alternativa.

É esse, inclusive, o entendimento dos Tribunais:

*Direito Processual Penal. Revogação da suspensão condicional do processo. Prisão preventiva. Garantia da ordem pública.*

1. *Instauração de novo feito criminal no curso do prazo da suspensão condicional do processo anterior implica revogação do benefício.*
2. *O fundamento da prisão preventiva decretada em garantia da ordem pública deve relevar perseverança criminal atual, e não referente ao passado.*
3. *Demais, na hipótese de vir a ser condenado pela prática de descaminho, o paciente poderá ser beneficiado com a substituição da pena ou com o sursis.<sup>103</sup>*

<sup>101</sup>MORAES, Maurício Zanóide. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro** – análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010. p. 380.

<sup>102</sup>Nesse sentido, entende Juan-Luis Gómez Colomer que não se pode ordenar a prisão provisória do acusado “cuando fuera desproporcionada respecto a la importancia del asunto y la pena o medida de corrección y de seguridad esperadas” (**El proceso penal alemán introducción y normas básicas**. Barcelona, Bosch, 1985. p. 108).

<sup>103</sup>TRF 4ª Região, 2ª Turma, HC 99.04.01.006790-1/PR, Rel. Juiz Jardim de Camargo, j. 25.03.99.

Dessa maneira, deve haver, por parte de nossos magistrados, uma efetiva verificação do crime imputado e da sanção que poderá ser aplicada em caso de eventual condenação, levando-se sempre em consideração que a custódia cautelar só poderá ser determinada quando qualquer outra medida resultar inadequada, em consonância com o princípio da proporcionalidade.

Com isso, revela-se que a análise da possibilidade da decretação da prisão cautelar deve se desdobrar na análise: (I) da adequação da medida aos fins perseguidos; (II) da sua exigibilidade ou necessidade, de modo a indagar acerca da possibilidade dos fins almejados serem alcançados por outra via menos violenta; e (III) da proporcionalidade em sentido estrito, impedindo-se a adoção de medidas desproporcionais e excessivas em relação aos fins obtidos.

Assim, “a regra terá de consistir no respeito pela liberdade do arguido, devendo o seu funcionamento subordinar-se a uma apertada compreensão dos critérios da necessidade, da proporcionalidade e da menor intervenção possível”.<sup>104</sup>

## 6.7 Princípio da Duração Razoável do Processo

A garantia do acusado de ser julgado em prazo razoável ou ser colocado em liberdade, não se admitindo dilatações indevidas, demonstra

[...] a preocupação dos países civilizados em diminuir, ao máximo, o tempo da custódia cautelar, a fim de evitar ainda maiores iniquidades resultantes da inflição de sofrimentos morais e físicos a um acusado que acaba absolvido, e, também, de comprometer os Estados subscritores a se empenharem o máximo para tanto, buscando, ainda, dar à sociedade e ao imputado resposta célere quanto ao seu estado de culpado ou inocente, permitindo, outrossim, a boa colheita de provas, a possibilidade de a vítima ou seus herdeiros entrarem com processo de indenização o mais rápido possível.<sup>105</sup>

No entanto, a discussão acerca da duração razoável do processo, no que se refere às prisões cautelares, desenvolve-se de maneira bastante delicada.

<sup>104</sup>COSTA, Antônio Manuel Almeida. Alguns princípios para um Direito e processo penais europeus. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, ano 4, fascículo 2, abr./jun. 1994. p. 212.

<sup>105</sup>DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 236.

Isso porque, se, de um lado, deve-se atentar para a celeridade do processo, por outro, tem-se a exigência de efetiva observância às garantias constitucionais, tais como a presunção de inocência, a ampla defesa e o contraditório, tornando, assim, imprescindível que toda prisão provisória tenha prazo predeterminado.

A compatibilização desses preceitos não é tão fácil de ser alcançada, como descreve Roberto Delmanto Júnior:

Infeliz do acusado preso cautelarmente: se julgado de maneira muito rápida, a sentença pode não ser serena ou não se embasar em amplos elementos de prova, condizentes com as garantias da defesa; se julgado após muito tempo, terá sofrido por maior período na promiscuidade do cárcere brasileiro, restando-lhe sequelas incomensuráveis, podendo, enfim, ser absolvido.<sup>106</sup>

Diante disso, deve o magistrado conferir à sociedade e ao acusado respostas céleres, sem que isso, no entanto, prejudique o fiel cumprimento dos preceitos constitucionais.

Assim, mister o estabelecimento de prazos concretos, os quais não podem ser extrapolados, de forma a garantir que o acusado preso cautelarmente tenha sua liberdade restringida durante o menor espaço temporal possível.

Dessa maneira, esclarece Fernando Fabião que:

[...] a fixação de apertados prazos de duração da prisão preventiva é um processo que, embora não remedeie completamente, pelo menos, muito atenua, à medida em que reduz a sua duração, a injustiça da prisão de um indivíduo que, ulteriormente, se averigua estar inocente, ou mesmo culpado mas não condenado em prisão efetiva, ou condenado nesta última, quando de menor duração que a prisão preventiva sofrida.<sup>107</sup>

Com efeito, é importante ressaltar que o respeito ao preceito referente à duração razoável das prisões cautelares propicia a efetivação de outros princípios constitucionais já analisados.

De acordo com este entendimento, por exemplo, não há que se admitir, em consonância com a garantia da presunção de inocência, que um acusado fique preso cautelarmente por tempo indefinido.

---

<sup>106</sup> DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 7.

<sup>107</sup> FABIÃO, Fernando. **A prisão preventiva**. Braga: Livraria Cruz, 1964. p. 138.

Com efeito, Alberto Silva Franco entende que:

[...] a duração temporal do processo tem de ser devidamente demarcada, não só em respeito aos princípios constitucionais já enunciados, mas também em consideração com o princípio da presunção de inocência, que não suporta que um acusado fique preso, a título provisório, no aguardo sem limitação temporal, do encerramento do processo penal.<sup>108</sup>

Diante do exposto, sendo a prisão provisória medida excepcional, porquanto restritiva da liberdade do cidadão, sua duração não deve extrapolar o exato tempo necessário para o cumprimento dos objetivos que levaram à sua decretação.

---

<sup>108</sup>FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 365. No mesmo sentido, esclarece Roberto Delmanto Júnior que “entre nós, a garantia da reserva legal, estatuída no artigo 5º, inciso II, da Constituição da República, e o reconhecimento da dignidade do ser humano, do devido processo legal, da desconsideração prévia de culpabilidade, bem como dos direitos a ser julgado em prazo razoável e da presunção de inocência, exigem que toda a prisão cautelar deve estar devidamente prevista em lei, e de forma razoável e proporcional, não só quanto à definição clara e objetiva das hipóteses de incidência, como também quanto à fixação de sua duração máxima, que, diante da excepcionalidade que lhes é ínsita, deverá ser a estritamente necessária” (DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 238).

## 7 REQUISITOS E FUNDAMENTOS DAS MEDIDAS CAUTELARES

### 7.1 *Fumus Boni Iuris e Periculum in Mora*

A prisão provisória é aquela verificada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória: diz-se interina por não se tratar de prisão-pena ou prisão definitiva.

As medidas cautelares possuem características que lhes são peculiares, como a instrumentalidade, constituindo meio e modo de garantir a efetividade de providências definitivas objeto do processo principal; caráter provisório e passageiro, por gozar de limitada duração, até que sobrevenha o trânsito em julgado da sentença penal; e natureza acessória, pois se destina a assegurar o resultado de outro processo.

Com a promulgação da Constituição Federal em 1988, torna-se inadmissível que preveja a legislação processual penal modalidades de medidas constritivas efêmeras que não contenham, já em suas tipificações, os elementos estruturais das cautelares.

A partir da análise dos textos citados, é possível supor:

A questão da concessão das segregações cautelares transcende às meras conjecturas e o grande enigma reside no equilíbrio em adotá-las e possibilitar o pleno exercício do direito de acusação, garantindo igualmente a eficácia do dever de punir externado na provável sanção a ser imposta ou em não concedê-las, colocando em risco a impunidade.

Para que seja aplicada a prisão *ad cautelam* há que se analisar tanto o *fumus commissi delicti* quanto o *periculum libertatis*, e desta forma, averiguar a prova colhida indica realmente ter o acusado cometido o delito, após já comprovada sua materialidade, e se a liberdade do réu representa ameaça ao normal desenvolvimento do processo a que será submetido, e, ainda, ao julgamento da ação penal que lhe é movida ou a futura execução.

Da mesma maneira, é possível deduzir que a sentença que mantiver o encarceramento passageiro terá que exibir dados concretos acerca do perigo ofertado pela liberdade do agente, seja à instrução ou à eventual submissão à pena.

## **7.2 Considerações: *fumus commissi delecti e periculum libertatis***

As medidas cautelares de natureza processual penal buscam garantir o normal desenvolvimento do processo e a eficaz aplicação do poder de apenar. O que se pretende é possibilitar o pleno exercício do direito de acusação garantindo, também, a eficácia do direito de punir externado na provável pena a ser imposta.

A prisão preventiva é uma prisão processual de natureza cautelar.

Fernando da Costa Tourinho Filho define a prisão preventiva como sendo aquela medida restritiva de liberdade, determinada pelo juiz, em qualquer fase do inquérito ou da instrução criminal, como medida cautelar, seja para garantir eventual execução da pena, seja para preservar a ordem pública, ou econômica, seja por conveniência da instrução criminal.<sup>109</sup>

Será decretada a requerimento do Ministério Público, por representação da autoridade policial, ou de ofício pela autoridade judicial, tanto em ação penal pública como em ação penal privada. A decretação da prisão preventiva deve partir dos seguintes pressupostos: prova da materialidade e indícios de autoria.

Assim, constitui o *fumus boni iuris* no requisito para utilização das medidas cautelares é a fumaça do bom direito. Não se exige um juízo de certeza, mas de probabilidade razoável.

O *fumus boni iuris* exige a existência de sinais externos, com suporte fático real, extraídos dos atos de investigação levados a cabo, por meio de um raciocínio lógico, sério e desapaixonado, que permitam deduzir a possibilidade de se determinar um sujeito concreto. Há que se determinarem indícios suficientes de culpabilidade, pois sem estes requisitos sequer uma imputação pode ser formulada.

---

<sup>109</sup>TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Pergunta-se: qual o valor das provas de culpabilidade exigido para que o imputado possa ser detido?

Para que possamos responder a esta indagação deve-se distinguir entre juízo de probabilidade e juízo de possibilidade, posto que, em sede de medida cautelar, não se pode falar em juízo de certeza.

O juízo de possibilidade prescinde da afirmação de um predomínio das razões positivas sobre as razões negativas ou vice-versa.

Para o indiciamento seria suficiente um juízo de possibilidade, posto que, no curso do processo, deve o Ministério Público provar de forma plena, absoluta a culpabilidade do réu. A sentença deve sempre refletir um juízo de certeza para que possa o réu ser condenado. Caso contrário, a absolvição é imperativa.

Não obstante essas condições, impende afirmar que, para a aplicação de uma medida cautelar é necessário: deve existir um juízo de probabilidade, um predomínio das razões positivas. Se a possibilidade basta para a imputação, não pode bastar para a detenção, pois o peso do processo agrava-se notavelmente sobre as costas do imputado.

O que deve ser demonstrado de plano é a aparente tipicidade da conduta do autor. Este ato deve adequar-se perfeitamente a alguns tipos previstos no Código Penal, mesmo que a prova não seja plena, pois o que exige é a probabilidade e não a certeza. Em síntese, deve o juiz analisar todos os elementos que integram o tipo penal, ou seja, a conduta humana voluntária e dirigida a um fim, presença de dolo ou culpa, resultado, nexos causal e tipicidade.

Para tanto, é necessário que o pedido venha acompanhado de um mínimo de provas que se revelem suficientes para demonstrar a autoria e a materialidade do delito e que a decisão venha fundamentada.

Admita-se que o sentenciado possa perder a liberdade, ainda que não tenha ocorrido o trânsito em julgado da sentença. Todavia, é preciso que conste da sentença fundamentação no sentido de que esse recolhimento precoce, antecipado, faz-se o campo acautelador, tendo em vista os interesses da sociedade.

Além do *fumus boni iuris*, as medidas cautelares exigem uma situação de perigo representada na maioria das vezes pelo *periculum in mora*.

Entre os requisitos que integram o chamado *periculum in mora*, tem-se a garantia da ordem pública, a qual visa impedir que o agente solto continue a delinquir ou acautelatar o meio social. Maus antecedentes e reincidência evidenciam prováveis práticas de novos delitos. Também cabível quando o crime se reveste de grande violência e crueldade.

Em segundo lugar, tem-se a denominada conveniência da instrução criminal, a qual visa impedir que o agente perturbe ou impeça produção de provas.

Em adição, fala-se na garantia da aplicação da lei penal, evocada quando há iminente risco de o acusado fugir, inviabilizando a aplicação da lei penal. Cabível principalmente nos casos de o agente não ter residência fixa ou ocupação lícita.

Por fim, figura como pressuposto da prisão cautelar a garantia da ordem econômica, a qual foi introduzida pela Lei Antitruste (Lei nº 8.884/1994), visando coibir graves crimes contra a ordem econômica, ordem tributária e o sistema financeiro.

É importante ressaltar que só se admite a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos: a) punidos com reclusão; b) punidos com detenção, se o acusado for vadio ou de identidade duvidosa; c) se o réu foi condenado por outro crime doloso em sentença transitada em julgado.

## **8 EXCESSOS DE PRAZO NA PRISÃO PREVENTIVA E A REFORMA PROCESSUAL PENAL**

As leis nºs 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008 alteraram substancialmente o Processo Penal brasileiro. Com elas, novos procedimentos foram estabelecidos e, conseqüentemente, novos prazos vieram à tona.

Diante de tais mudanças, a prisão preventiva passou a deter novos contornos, tanto em relação às suas hipóteses de incidência quanto à delimitação do prazo para sua decretação.

Em relação ao prazo da prisão preventiva, a reforma do Código de Processo Penal advinda em agosto de 2008 silenciou quanto à matéria, permanecendo dessa forma a ausência de previsão legal sobre o tema dessa prisão cautelar.

Constata-se, também, que o prazo de 81 dias já não pode ser mais considerado como limitador de tal medida, haja vista as alterações ocorridas nos procedimentos, que necessariamente alteraram os prazos existentes no processo penal.

Admite-se que há a necessidade imperiosa de delimitar um prazo máximo para a prisão preventiva, situação que, lamentavelmente, a reforma não resolveu.

Nessa esteira de pensamento, é lícito concluir que o prazo delimitador da prisão preventiva não foi fixado ou analisado pela reforma processual penal, fazendo com que a análise do Princípio da Razoabilidade surja como forma de suprir tal lacuna, haja vista possuir previsão legal no ordenamento jurídico, norteando todo o sistema processual.

Para evitar que a medida cautelar venha causar danos irreparáveis ao indivíduo, é primordial que esta possua um prazo definido.

Considerando-se que o legislador omitiu-se de tal função, cabe ao julgador, diante do caso concreto, ponderando os requisitos da prisão cautelar e o Princípio da Razoabilidade, verificar se a medida é legítima e se possui condão de alcançar os objetivos a que se propõe.

A partir do que foi exposto buscou-se verificar a excepcionalidade das leis abaixo descritas.

Estipula o artigo 51, da legislação de drogas, lei nº 11.343/2006, interregno de 30 dias para conclusão do inquérito policial, caso o réu esteja preso e 90 dias se solto e, ainda, em seu parágrafo único, reza que tais períodos podem ser duplicados pelo magistrado, depois de ouvido o membro do *parquet*, mediante justificativa da autoridade de polícia judiciária.

Na mesma linha, estabelece a lei nº 7.960/1989, que disciplina a prisão temporária, no prazo de 05 dias, prorrogáveis por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

Contrária aos interesses do acusado, a Lei de Crimes Hediondos (lei nº 8.072/1990) que rege, no parágrafo 3º, do artigo 2º, que, nos casos de prisão temporária em delitos hediondos, o prazo estende-se para 30 dias, prorrogáveis pelo mesmo período, restando comprovada absoluta necessidade.

No mesmo diapasão, prescreve ainda a lei nº 5.010/1966, que organiza a Justiça Federal de Primeira Instância e dá outras providências, interregno de 15 dias para a conclusão do inquérito policial, quando o indiciado se encontrar preso, podendo haver dilação por igual período através de pedido fundamentado da autoridade policial ao magistrado.

Nessa compreensão, há coincidência entre o prazo de conclusão do inquérito policial e o prazo máximo em que o investigado encontra-se cautelarmente segregado, resguardadas as exceções retromencionadas.

Como exposto, invocando o Princípio da Razoabilidade, consolidou a jurisprudência o prazo de 81 dias para a conclusão da instrução criminal, rogando por sua ampliação em hipóteses de flagrante complexidade, desde que o possível excesso não decorresse por desídia imputável aos órgãos e agentes do Estado. Afirme-se o prazo de 81 dias já não pode ser considerado como delimitador de tal medida em face de reforma processual ocorrida em 2008 (lei nº 11.719/2008).

Com base no inciso II, do artigo 648, do Código de Processo Penal, compreende-se que, ultrapassado o lapso temporal em tela, estará o agente preso por tempo superior ao que a lei determina, culminando em constrangimento ilegal.

Portanto, no sistema processual penal brasileiro, em contradição a outros países como a Alemanha, Portugal e Espanha, não há preestabelecimento de prazo para cumprimento da prisão cautelar imposta aos acusados, inexistindo homogeneidade de entendimentos.

No que tange ao excesso de prazo, há dois entendimentos, a saber: o excesso ocorrerá toda vez que for negligenciado o prazo para cada ato do processo, de maneira isolada, e, em contrapartida, há entendimento diverso, contando-se o prazo de maneira global, vale dizer, para todos os atos, ainda que o prazo de um ato isolado seja ultrapassado.

Afirme-se, nessa esteira de pensamento que a prisão cautelar – cuja função é exclusivamente instrumental – não pode converter-se em forma antecipada de punição penal, uma vez que a privação cautelar da liberdade somente se justifica em casos restritos e não retira do réu o direito a um julgamento num prazo compatível com a complexidade da causa, tendo ele direito a julgamento sem delações indevidas, como decorrência da garantia constitucional do *due process of law*, conforme preceituam a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (artigos 7º, 5º e 6º) e a Constituição Federal brasileira no seu artigo 5º, incisos LV e LXXVIII.

Neste contexto em que os critérios postos são insuficientes para nortear o intérprete da norma, torna-se necessário aplicar-se o Princípio da Razoabilidade como critério norteador para suprir as falhas perceptíveis na análise da jurisprudência, que consolidou o prazo como parâmetro para a conclusão da instrução criminal de réu preso.

Ressalte-se, por oportuno, que a lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, alterou dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e aos procedimentos.

A reforma contemplou o princípio da identidade física do juiz no Direito Processual Penal. Este princípio tinha aplicação no Direito Processual Civil, porém

não no Direito Processual Penal, consistindo na imposição de que o juiz que venha proferir a sentença seja o mesmo que presidiu a instrução.

O parágrafo 2º, do artigo 399, do Código de Processo Penal, assim passou a preconizar: “o juiz que presidiu instrução deverá proferir a sentença”.

A ideia que norteia a reforma é traçar regras que autorizem julgamento mais célere e que possibilite cumprimento aos preceitos constitucionais. Permeiam a interpretação do rito os princípios da economia processual, da celeridade, da concentração dos atos processuais em audiência e da identidade física do juiz.

Admite-se que diligências indispensáveis, em casos de maior complexidade, podem demandar mais tempo e dificultar o atendimento integral a esses preceitos.

Contudo, o mais relevante é existir uma disciplina capaz de se ajustar a uma realidade de um processo mais justo, rápido e efetivo.

Nos termos do artigo 400, *caput*, do Código de Processo Penal, a audiência de instrução e julgamento nos procedimentos ordinário e sumário deve ser realizada no prazo máximo de 60 dias.

Necessário se faz afirmar que o prazo acima delimitado trata-se de prazo impróprio, conforme Guilherme de Souza Nucci nos seus comentários, Código de Processo Penal (artigo 400, *caput*).

O ideal seria, em homenagem à celeridade dos processos criminais em geral, que a realização da audiência de instrução e julgamento fosse efetivada, no máximo, após 60 dias em que o juiz, afastando a possibilidade da absolvição sumária, determinasse o prosseguimento da instrução.

Porém, tratando-se de prazo impróprio, ou seja, se não for respeitado, inexistente sanção, a orientação é que o julgador deve analisar caso a caso, a fim de verificar se realmente ocorre constrangimento ilegal.

Merece crítica a lei nº 11.719/2008 recém-editada, que deveria conter os prazos verossímeis para serem alcançados. Em caso de réu preso, fatalmente, novas discussões irão surgir a respeito do constrangimento ilegal, por excesso de prazo na formação da culpa, uma vez que o Estado não cumpriu o disposto em lei.

## 9 DA EXECUÇÃO DA PENA

A regra, em nosso sistema penitenciário contida na Lei da Execução Penal (lei nº 7.210/1984) é a da progressão de regimes, ou seja, cumpridas as exigências para sua concessão, deverá o juiz da execução conceder o benefício do regime menos rigoroso.

O assunto será tratado de forma minudente em cada um de seus tópicos, limitando-nos, neste momento, a esclarecer que a legislação infraconstitucional não mais prevê o cumprimento da pena em regime integralmente fechado.

Como adiante se verá, atualmente fora alterado o dispositivo da Lei de Crimes Hediondos, lei nº 8.072/1990, que regia que o condenado por estes delitos deveria cumprir a pena integralmente em regime fechado.

Como é notório, o delito de tortura é assemelhado a este e veio à baila com uma modificação, contida na lei especial em comento (lei nº 9.455/1997), em seu artigo 1º, parágrafo 7º, prevendo que o regime de pena iniciaria em regime fechado, não dispondo, desta forma, em sua integralidade.

Muito se relutou, sem êxito, inicialmente, para que fosse considerada, junto à Suprema Corte, a inconstitucionalidade da Lei de Crimes Hediondos neste sentido, que seria mais tarde acatada pelo Superior Tribunal Federal.

Resultou dessa alteração uma incongruência, uma vez que, tanto para os crimes hediondos como para os comuns, o legislador aplicou o mesmo tratamento para concessão da progressão de regimes que se tornaram alhures, mal vistos pela sociedade e pelos operadores do Direito.

Tal incorreção fora sanada pela promulgação da lei nº 11.464/2007, que preceitua que, nos casos de delitos hediondos, o prazo para concessão do benefício citado, ou seja, passou de um sexto para dois quintos ou três quintos, dependendo se reincidente o réu.

## 9.1 Regime Integral Fechado

O regime fechado, consoante disposto na Lei de Execução Penal (lei nº 7210/1984) significa o cumprimento da pena pelo acusado em penitenciária de máxima e média segurança; já no regime semiaberto, deverá o autor recolher-se à colônia agrícola, industrial ou similar e, por derradeiro, a casa do albergado, destinada aos presos em regime aberto.

*AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO PARA SUBSTITUIR O REGIME INTEGRALMENTE FECHADO PELO INICIALMENTE FECHADO. RETIRANDO ÓBICE A EVENTUAL PROGRESSÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. 1. É inadmissível a imposição de regime integralmente fechado, quando o Supremo Tribunal Federal declarou sua inconstitucionalidade, estendendo os seus efeitos a todas as penas em execução. 2. A aplicação da Lei nº 11.464/2007, com a modificação de seu parágrafo 1º, que substitui a expressão “integralmente” por “inicialmente”, deve retroagir para alcançar os fatos criminosos ocorridos antes de sua vigência, por se tratar de Lex Mellior, segundo comando constitucional (artigo 5º, XL, da Constituição da República). 3. Dado parcial provimento ao recurso para substituir o regime integralmente fechado pelo inicialmente fechado, com recomendação.<sup>110</sup>*

## 9.2 Progressão do Regime Prisional

De acordo com o ordenamento jurídico, há três regimes previstos para o cumprimento das penas privativas de liberdade, a saber: fechado, aberto e semiaberto.

Dispõe o artigo 11 da Lei de Execução Penal (lei nº 7.210/1984), que, durante o cumprimento da pena, o condenado poderá ser transferido para o regime menos severo, operando-se desta forma a progressão, cumpridas as exigências legais.

Por outro lado, o preso também poderá sofrer migração do regime menos para o mais severo, ocorrendo a regressão.

Depreende-se que o regime inicial é determinado pelo juiz da sentença, mas, no caso de omissão, deverá ser fixado pelo juiz da execução, bem como nos casos de unificação de penas e de soma destas.

---

<sup>110</sup>STJ, Ag. Rg no HC 96.281 ES 2007/0293141-1, j. 29.04.08.

Antes de adentrar propriamente na questão aventada, é cabível fazer algumas distinções acerca de matérias correlatas, definindo-as.

Nesse contexto, detração é o cômputo, pelo juiz da execução, do tempo de cumprimento da reprimenda de caráter provisório da pena privativa de liberdade e, por se tratar de prazo penal, conta-se o dia do início do cumprimento.

Já a remissão consiste no cômputo do tempo trabalhado pelo condenado em regime fechado ou semiaberto, na proporção de três dias de trabalho para um de pena.

Assevera sobre o assunto em apreço o artigo 112 da Lei de Execução Penal:

*A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para o regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. Parágrafo 1º: A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor.*

Questionamento assaz profícuo emana da progressão de regime prisional encontrando-se o preso no Regime Disciplinar Diferenciado (RDD).

Deixa a legislação de disciplinar acerca do assunto, por não prever qualquer vedação, sendo defeso, portanto, ampliação em detrimento aos interesses do preso.

Admite-se a possibilidade de sua concessão durante o tempo em que o autor fica sob o regime retromencionado, permanecendo ao prudente arbítrio do magistrado avaliar caso a caso, se recomendável ou não o benefício.

Idêntico raciocínio se impõe quanto ao livramento condicional, na medida de sua compatibilidade com o regime vertente.

Por derradeiro, oportuno aclamar que, no caso da obtenção do benefício de progressão de regimes, estando o preso sob o Regime Disciplinar Diferenciado, caso tenha sido contemplado com o regime semiaberto, deverá cumprir a reprimenda disciplinar diferenciada antes de gozar do novo benefício.

*Jurisprudência: HABEAS CORPUS HC 10658/SP 1999/0082012-6 (STJ) REGIME PRISIONAL PROGRESSÃO. A admissibilidade de progressão do regime prisional prevista na Lei nº 9455/97 alcança a execução da pena dos crimes de que trata a Lei nº 8.072/1990 – Superior Tribunal de Justiça, 14 de dezembro de 1999.*

*AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL AGPEN 99081068494 SP (TJSP). Progressão de Regime Prisional – Ausência de requisito – Manutenção da decisão – Necessidade. Ausente um dos requisitos legais exigidos para a perseguida progressão de regime prisional, imperiosa a manutenção da r. decisão recorrida. TJSP – 11 de dezembro de 2008.*

### **9.3 Progressão do Regime Prisional nos Crimes de Tortura**

Regido o tema no artigo 1º, parágrafo 7º, da lei nº 9.455/1997, preceitua-se que: “o condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do parágrafo 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.”

Com base na declaração de inconstitucionalidade do parágrafo 1º, do artigo 2º, da lei nº 8.072/1990, a Lei de Crimes Hediondos, passou-se então conforme preceituado à época, a conceder a progressão de regime após o cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena, aplicada a inteligência do artigo 112 da Lei de Execução Penal.

Não tardou virem à tona justos questionamentos acerca do igualitário tratamento despendido aos delitos hediondos daqueles que não se revestiam desta qualidade, à medida que, em ambos os casos, o condenado obtinha o benefício no mesmo tempo de cumprimento de pena, contrariando, inclusive, preceito constitucional que, de forma límpida não escondeu tal distinção.

Com a lei nº 11.464/2007, foram alterados, dentre outros, o disposto no artigo 2º, da lei nº 8.072/1990, que passou a tratar o assunto com maior rigidez, em consonância à Magna Carta, prevendo: “A Progressão de Regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos) se reincidente”.

Por analogia, deve ser dispensado o mesmo tratamento aos delitos de tortura, uma vez que a lei em comento refere-se aos crimes hediondos e equiparados, fazendo-se necessária a inclusão do delito em apreço, vale dizer, o paradigma agora não é de 1/6 (um sexto), como antes da vigência da lei nº 11.464/2007, e, sim, como

o início da pena é cumprido em regime fechado, a progressão no crime de tortura dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos), ou 3/5 (três quintos), conforme seja ou não primário o réu.

Ora, tratando-se de majoração do tempo de pena a ser cumprido para obtenção de benefício configura-se explicitamente hipótese de *novatio legis in pejus* que, por sua feita, não pode retroagir aos casos anteriores de sua vigência.

Cabe salientar a ressalva assinalada no parágrafo 7º, do artigo 2º da mencionada legislação, que regula: “O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo na hipótese do parágrafo 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado”, apontando para os casos de omissão em face destas condutas, quando tinha o agente dever de evitá-las ou apurá-las.

Além disso, apena-o à sanção de detenção, de um a quatro anos, possibilitando ainda cumprimento em regime aberto ou semiaberto, dependendo das circunstâncias judiciais e pessoais do autor, como no caso de reincidência.

#### **9.4 Progressão do Regime Prisional nos Crimes Hediondos**

Reporta-se ao tema a nossa Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLIII, descrevendo, *ipsis literis*:

*A Lei considerará crimes inafiançáveis, e insuscetíveis de graça ou anistia, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecente, e drogas afins, o terrorismo, e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.*

Como é cediço, introduziu a lei nº 8.072/1990 no ordenamento infraconstitucional normas especiais destinadas aos delitos hediondos, bem como aqueles a eles equiparados, enrijecendo o tratamento dado ao acusado, em resposta à brutalidade e aos nefastos efeitos que geram. Nos termos do parágrafo 1º, do artigo 2º, da citada lei: “A pena por crime hediondo será cumprida inicialmente em regime fechado”.

Nota-se que, a partir do advento da lei nº 11.464/2007, a redação deste parágrafo sofreu profunda modificação, pois, nos casos de crimes requintados por

hediondez, o réu já não mais cumpre a prisão integralmente em regime fechado, mas sim, “inicialmente”, conforme novo preceito legal.

Já na primeira redação mostra-se a inviabilidade do termo “integralmente”, porque, também, a estes já se admitia a concessão de livramento condicional, salvo se fosse o acusado reincidente específico.

Até meados do ano de 2004, a Suprema Corte havia firmado entendimento peremptório de que aos delitos hediondos não se aplicava a progressão de regime.

Todavia, sob a égide da Lei de Tortura (Lei nº 9.455/1997), em sede de seu artigo 1º, parágrafo 7º, foi permitida a progressão de regimes e, ante este quadro, tentou-se à época, em vão, fazer aplicar o benefício, também, em relação aos crimes hediondos, sendo a tese repudiada pelo Supremo Tribunal Federal, e cita:

*1- A Lei nº 9.455/1997, parágrafo 7º, do artigo 1º, estabeleceu que, nos casos de crime de tortura, o cumprimento da pena se inicie no regime fechado. 2- Tal norma não se aplica aos demais crimes hediondos, de que trata a Lei nº 8.072, de 26 de julho de 1990 (artigo 1º), e cuja pena deve cumprir em regime integralmente fechado (artigo 2º, parágrafo 1º), inclusive o de latrocínio, como é para o caso dos autos. 3- Não há inconstitucionalidade na concessão de regime mais benigno, no cumprimento de pena, apenas inicialmente fechado, para o crime de tortura. E se inconstitucionalidade houvesse, nem por isso seria dado ao Poder Judiciário, a pretexto de isonomia, estender tal benefício aos demais crimes hediondos, pois estaria agindo desse modo, como legislador positivo (e não negativo), usurpando, assim, a competência do Poder Legislativo, que, fez sua opção política. 4- Por outro lado, já decidiu o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do habeas corpus nº 69.657, que não é inconstitucional o parágrafo 1º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/1990, quando impõe o regime integralmente fechado, no cumprimento de penas por crimes hediondos, nela definidos.<sup>111</sup>*

Trata o parágrafo 2º, do artigo 2º, da lei nº 8.072/1990 (igualmente alterado pela lei nº 11.464/2007) da progressão do regime, dispondo: “*A progressão de regime, no caso de condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) de pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente*”.

Isto posto, se considera que a novel legislação, a exemplo da que prevê os crimes de tortura, hoje textualmente já não mais ordena o cumprimento da pena imposta em regime integralmente fechado.

---

<sup>111</sup>HC – indefinido, por maioria, nos termos do voto do Relator. (HC SP, julgado pelo Tribunal Pleno em 25.03.1998).

Logo, é lícito deduzir que a partir de 29 de março de 2007, findou-se a discussão acerca da concessão ou não do benefício da progressão de regime no tocante aos delitos hediondos, tratando-se de direito subjetivo do réu, uma vez cumpridas as exigências legais.

### 9.5 Da Irretroatividade e Retroatividade da Lei

Inserido já no primeiro artigo do Código Penal, define-se o princípio da anterioridade da lei penal, dispondo: “*não há crime sem lei anterior que o defina*”.

Assim sendo, não há possibilidade de se aplicar a lei sem prévia descrição do tipo na legislação, ainda que seja fato imoral ou mesmo danoso.

Constitui fato notório no meio jurídico que a lei penal não deve retroagir, salvo em benefício do réu. Assim sendo, a norma penal mais severa não é dotada de retroatividade, bem como a lei mais benéfica, *novatio legis in melius* comporta ultratividade.

Em decorrência dessa garantia, surge o princípio da irretroatividade da Lei Penal, previsto na Constituição Federal, quando prescreve, em seu artigo 5º, XL: “*a lei penal não retroagirá, salvo em benefício do réu*”.

Nessa circunstância, enquadram-se leis posteriores que, de alguma forma, seja cominada reprimenda mais rigorosa, seja extirpando benefícios anteriormente a sua disposição, que pioram a situação do réu, sendo denominadas *novatio legis in pejus*.

Discute-se aqui a ideia de que o criminoso, no ato de sua conduta, só pode motivar-se pelo mandamento legal, quando o fato se encontra definido em lei, bem como as consequências de sua prática.

Contudo, não é possível explorar o tema sem breve passagem pela *abolitio criminis*, ou seja, o surgimento de lei posterior que não mais considere o fato como crime, inexistindo, portanto, interesse do Estado em punir determinada conduta.

Ante o princípio da legalidade, é defeso a qualquer ato normativo diverso dar cabo a existência de um delito, ou seja, não pode uma medida provisória ou os

costumes, por exemplo, deixar de considerar crime uma conduta que antes ou era por força de lei em sentido estrito.

Assim já se pronunciou a jurisprudência:

*Inadmissibilidade de abolitio criminis por medida provisória. – TACRSP: Impossível aplicar-se a norma do artigo 2º, Caput do Código Penal – abolitio criminis – se a discriminante é uma medida provisória não transformada em lei pelo Congresso Nacional, pois o Poder Executivo não tem a prerrogativa de concretizar disposições penais, o que é atribuição privativa do Poder Legislativo.<sup>112</sup>*

Em consonância com esse entendimento, prevê o Código Penal, no parágrafo único, do artigo 2º que: “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.

Destaca-se, ainda, admitir-se que as leis favoráveis sobrepujam até mesmo a coisa julgada, lançando sobre ela seus efeitos.

Em conformidade com o artigo 2º, do Código de Processo Penal: “A lei processual penal aplicar-se-á, desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”.

O autor ressalva que a legislação telada não distingue se trata de lei mais benigna ou severa, tendo sua regência definida no tempo pelo brocardo *tempus regit actum* e, desta maneira, os atos já praticados permanecem válidos, assim como a lei posterior passa a vigorar para todos os atos de natureza processual.

Da mesma forma, já houve pronunciamento da Suprema Corte nesse sentido: “Tratando-se de norma de caráter processual, como é relativa à incompetência, sua aplicação não pode abranger ato definitivamente julgado antes de seu advento. Não se pode falar, na hipótese, em retroatividade mais benigna”.<sup>113</sup>

No que tange ao processo penal, as regras se balizam pelo princípio do efeito imediato, ou princípio da aplicação imediata da lei processual penal que, inclusive, tem que ser considerada em matéria de competência seja ela regulada por leis de processo ou norma de organização judiciária.

---

<sup>112</sup>RJDTACRIM 9/164.

<sup>113</sup>RT 548/411.

Nessa esteira, afirma o autor que ainda que lei nova substitua juízes ou modifique a composição de tribunais, deve ela ser aplicada aos procedimentos em curso.

Interessante salientar que, quando uma lei é revogada e aquela que a revogou perde sua vigência, aquela não passa novamente a vigorar; é a reprivatização, assim declarada no artigo 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil: *“salvo em disposição em contrário, à lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a sua vigência”*.

Ressurge, no entanto, a lei anterior, quando a lei revogadora expressamente o prevê ou mesmo se de sua interpretação concluir-se ser esta a intenção do legislador.

A literatura confirma que situações de hibridismo existem no ordenamento jurídico, coexistindo, na mesma norma, preceito de natureza penal e extrapenal, não sendo infrequente neste aspecto, dificuldades quanto à aplicação da retroatividade ou não da lei.

Procura Fernando da Costa Tourinho Filho sanar os inconvenientes sobre os aspectos da inconstitucionalidade, argumentando que:

[...] se a lei processual coarctar a defesa, suprimindo por exemplo, recurso, proibindo esta ou aquela prova, obstaculizando, enfim, aquela ampla defesa a que se refere à Lei das Leis, é óbvio que tal norma não poderá ter aplicação. Não pelo fato de ser severa, que seria irrelevante, mas pela circunstância de ser inconstitucional.<sup>114</sup>

Por outra medida, alguns entendimentos escudam-se na validade da Lei de Introdução do Código Civil, em seu artigo 2º, atribuindo-lhe perenes efeitos, exprimindo, por sua vez, sustentação para a ressalva da aplicação imediata tão somente quando disponham sobre a liberdade do acusado.

Ocorre, entretanto, que isso não resolve o problema.

O autor justifica que, ao falarmos de retroatividade, o que importa não é necessariamente a natureza jurídica da norma, se penal ou processual penal, mas o grau de garantismo que se encerra, ou seja, tanto o delito como o modo de

---

<sup>114</sup>TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

aplicação da pena têm de ser antecedentes ao fato que motivou a intervenção jurídico-penal.

Dessa forma, no entendimento do autor, sempre que a lei processual dispuser de maneira mais benéfica ao réu, deverá ter aplicação retroativa, como por exemplo, quando admite a fiança ou prevê novos recursos.

Ainda, tratando-se de normas mistas de conteúdo neutro em relação a eventual prejuízo ao réu, terão aplicação imediata, conforme preceitua o artigo 2º, do Código de Processo Penal. Nesse caso vigora a regra geral, devendo ser avaliados os atos então praticados, segundo o autor.

Outro não é o posicionamento de Fernando da Costa Tourinho Filho referente às normas da Lei de Execução Penal, aplicando-se a retroatividade da norma mais complacente e da irretroatividade da que lhe for prejudicial.<sup>115</sup>

Acrescenta ainda o autor que a irretroatividade é a regra, a retroatividade será exceção. Sobre elas se assentam a estabilidade dos direitos adquiridos, a intangibilidade dos negócios jurídicos perfeitos e a invulnerabilidade da coisa julgada, que, de acordo com o autor, constituem as garantias constitucionais (artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal e artigo 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil).

Cabe ressaltar que, entre a retroatividade e a irretroatividade existe situação intermediária, a da aplicabilidade imediata da lei nova. Embora nascidas sob a égide da lei antiga, ainda não se aperfeiçoaram, não se consumaram. O requisito *sine qua non* para a imediata e geral aplicação é, também, o respeito ao direito adquirido ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.

Acham-se nesse caso as leis constitucionais, políticas, administrativas de ordem pública (ainda de que direito privado) de interesse geral, penais mais benignas, organização judiciária e processo (civil e criminal).

Com base no exposto, é lícito concluir que sob o aspecto do direito intertemporal as leis são retroativas, de aplicação imediata e irretroativa. As primeiras atingem as relações perfeitas e acabadas. As segundas, relações

---

<sup>115</sup>STJ, 6ª Turma, Resp. 61.897-0/SP, Rel. Min. Adhemar Maciel, v.u. DJ, 20.06.2000.

nascidas sob o império de outra lei, mas ainda não aperfeiçoadas, e as terceiras limitam-se a dispor sobre relações nascidas a partir de sua entrada em vigor.

## CONCLUSÕES

1) Os princípios constitucionais devem ser aplicados na resolução dos conflitos inerentes à matéria ora analisada, de forma a ressaltar a sua importância essencial para a proteção dos direitos fundamentais.

2) Importa destacar que tais princípios apresentam-se como normas do sistema processual, que vão dar alicerce à formação do sistema constitucional, além de terem a função de estabelecer critérios para se chegar à interpretação de outras normas conflitantes.

Pode-se concluir que os princípios constitucionais devem nortear e servir de suporte jurídico na resolução de conflitos existentes entre o exercício de um poder sancionador do Estado, que limita a liberdade de ir e vir, e o indivíduo que é protegido por uma norma superior, que abrange a todos direitos coletivos e individuais necessários para o convívio regular da sociedade. Assim, tais princípios mostram-se de extrema valia para discussão da aplicação das medidas cautelares.

3) Nas relações penais, exatamente pelo mesmo motivo, isto é, em razão da disparidade de forças entre os sujeitos da relação processual – Estado acusador e indivíduo acusado –, o legislador fixou como regra basilar a presunção de inocência, e seu corolário como regra de julgamento *in dubio pro reo*. A regra visa, de forma mediata, à proteção do indivíduo, lado mais fraco da relação processual sancionatória.

Desta feita, deve-se reafirmar o valor da preservação dos princípios constitucionais que servirão de fundamento para estruturar as leis processuais, além de funcionarem como vetores para a mais correta interpretação dessas leis.

4) A busca de uma sociedade mais justa, sem criminalidade, por enquanto, está longe de ser atingida, principalmente por causa da presença de fatores sociais que diferenciam as pessoas que convivem em um mesmo âmbito social.

É defeso ao Estado extrapolar os limites garantidos pela Constituição Federal, norma maior do nosso ordenamento jurídico, que protege direitos individuais essenciais para se chegar a essa justiça social.

5) Considerando-se que o nosso propósito tem como objeto a análise dos princípios constitucionais nas prisões cautelares e, para que nossa tarefa pudesse se apresentar com o sucesso pretendido, procuramos sistematizar e levar em conta todo o sistema, tal como positivado, dando-se ênfase, porém, aos princípios correlacionados com a dissertação por nós proposta.

Isto posto, torna-se claro que o nosso estudo teve como escopo estender-se com mais amplitude no campo de atuação do Poder Judiciário, pois, é nos Tribunais e Juizados Especiais que a matéria apresenta-se com uma roupagem mais concreta.

6) Abordados foram os princípios constitucionais que se inserem como corolários nas prisões cautelares, quais sejam: o devido processo legal, ampla defesa e contraditório, motivação e adequação da prisão temporária ao princípio da presunção de inocência.

7) Ressalta-se que a liberdade deve ser vista como regra, sendo protegida de todas as formas possíveis, desde que não interfira na ordem pública e no bem-estar social. Desse modo, todo fundamento da decretação da prisão temporária, deve basear-se no seu caráter de cautelaridade e excepcionalidade, como medida para assegurar a eficácia do processo penal.

8) Não pode ser aceito que seja decretada uma prisão provisória que viole os princípios constitucionais, que detêm valores fundamentais para a validade do nosso ordenamento jurídico e aplicação do Direito Positivo, devendo estes terem aplicação imediata.

Demonstrada está a finalidade objetiva: a importância dos princípios constitucionais nas prisões cautelares.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **O processo criminal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro-RJ: Freitas Bastos, 1959.
- AZEVEDO, Noé. **As garantias da liberdade individual em face das novas tendências penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1936.
- BARROS, Carmem Silva de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- BARTOLI, Márcio Orlando. Prisão cautelar e princípio da proporcionalidade. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, out. 2002. Edição comemorativa.
- BENTHAM, Jeremy. **Introdução aos princípios da moral e da legislação**. Sistema de lógica dedutiva e indutiva e outros textos. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1994.
- BRANCO, Tales Castelo. **Da prisão em flagrante**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BUENO FILHO, Edgard Silveira. **O direito à defesa na Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo Studio Sistemático dei Provvedimenti Cautelari**. Padova, 1936.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (RT Mini Códigos).
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- \_\_\_\_\_. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1984.
- CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. **O processo penal em face da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **As nulidades do processo penal**. 3. ed. São Paulo-SP: Malheiros, 1993.
- COIMBRA, Valdinei Cordeiro. A progressão de regime para os condenados por crime de tortura, após a lei nº 11.464 - Novatio legis in pejus. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 14 jan. 2009.

COLOMER, Juan-Luis Gómez. **El proceso penal alemán introducción y normas básicas**. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1985.

COSTA, Antônio Manuel Almeida. Alguns princípios para um Direito e processo penais europeus. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, ano 4, fascículo 2, abr./jun. 1994.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Processo de conhecimento e liberdade. In: MESQUITA, José Ignácio Botelho de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. (Org.). **Estudos em Homenagem a Joaquim Canuto Mendes de Almeida**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 256.

ESPINDOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Anotado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962.

FABIÃO, Fernando. **A prisão preventiva**. Braga: Livraria Cruz, 1964. (Coleção *Scientia Iuridica*).

FALCONI, Romeu. **Sistema presidencial**. São Paulo: Icon, 1988.

FARIA, Bento de. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1942.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Nascimento da prisão. Tradução de Lígia M. Ponde Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1987.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GARCIA, Basileu. **Comentários ao Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

GOMES, Luiz Flávio. STF admite progressão de regime nos crimes hediondos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1003, 31 mar. 2006.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRECO, Lucas Silva e. Lei nº 11.464/07: progressão de regime nos crimes hediondos. **Jus Navegandi**, Teresina, ano 10, nº 1003, 31 mar. 2006.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Código de Processo Penal Anotado**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

LIAÑO, Fernando Gómez de. **El proceso penal** - Tratamiento jurisprudencial. Oviedo: Forum, 1992.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso. A (in)existência de poder geral de cautela no processo penal. **Boletim IBCCRIM**, ano 17, n. 203, out. 2009.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso. **Fundamento, requisito e princípios gerais das prisões cautelares**. In: RT 748/457.

MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão preventiva** – (crítica e dogmática). São Paulo: Acadêmica, 1993.

MARCÃO, Renato Flávio. **Curso de Execução Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARQUES, José Frederico. O processo penal na atualidade. In: PORTO, Hermínio A. Marques; SILVA, Marco A. Marques da. (Orgs.). **Processo penal e Constituição Federal**. São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 101.

MARQUES, José Frederico. Processo penal e Constituição Federal. In: PORTO, Hermínio A. Marques; SILVA, Marco A. Marques da. (Orgs.). **Processo penal e Constituição Federal**. São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 14.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2005.

\_\_\_\_\_. **Processo penal**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. **Execução penal**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1992.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Maurício Zanóide. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro** – análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Curso de Direito Processual**. 5. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1982.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

RECOMENDAÇÃO Nº 5, XXV Congresso da Associação Internacional de Direito Penal. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Aequitas, Lisboa, Ano 2, n. 4, p. 654, out./dez. 1992.

SALLA, Fernando. Rebeliões nas prisões brasileiras. **Serviço Social & Sociedade**, São Paulo, n. 67, 2001.

SILVA, Marco Antônio Marques da. **Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TEIXEIRA, Renildo do Carmo. **Da prisão em flagrante** – Teoria, prática e jurisprudência. 2. ed. Leme-SP: Direito, 1988.

TORNAGHI, Hélio Bastos. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

TUCCI, Rogério Lauria. **Constituição de 1988 e processo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

**ANEXOS**

**DECISÕES DOS NOSSOS TRIBUNAIS QUE NOS REVELAM A IMPORTÂNCIA E APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA.**

**A EXCEPCIONALIDADE DA PRISÃO CAUTELAR E A INDISPENSABILIDADE DO CONTRADITÓRIO DA AMPLA DEFESA.**

**PODER JUDICIÁRIO  
SÃO PAULO**

**16ª CÂMARA CRIMINAL**

**HABEAS CORPUS nº 990.09.214907-5**

**COMARCA – Sorocaba**

**IMPETRANTE: MARIA DE FÁTIMA DE SOUZA OLIVEIRA**

**PACIENTE: GABRIELA MATHIAS DE MOURA**

**Voto nº 11.189**

***Habeas Corpus* – Decisão que indeferiu pedido de liberdade provisória formulado em favor da paciente acusada da prática, em tese, do delito de tráfico de drogas – Fundamentação baseada na gravidade do delito e garantia da ordem pública – Paciente primária, possuidora de residência fixa e ocupação lícita (autônoma) – Necessidade da custódia para a garantia da ordem pública não demonstrada – Gravidade do crime que, por si só, não pode ensejar a manutenção da prisão cautelar – Portanto, não demonstrado o necessário nexos de causalidade entre a realidade do agente e o fim precípua da prisão processual, torna-se necessária à concessão da ordem para que a paciente responda o processo em liberdade – Concessão da ordem revogada em favor de Gabriela Mathias de Moura, expedindo o competente Alvará de Soltura clausulado.**

**Nesse sentido:**

**“HABEAS CORPUS PROCESSUAL PENAL. ROUBO QUALIFICADO. LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. DECISÃO BASEADA NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO E MOTIVO GENÉRICOS DE OFENSA A ORDEM PÚBLICA. ORDEM CONCEDIDA. 1. A decisão negativa do pedido de liberdade provisória foi feita em favor de quem foi preso em flagrante delito, deve ser concretamente fundamentada, com a exposição dos elementos concretos e justificadores de que o réu solto irá perturbar a ordem pública, a instrução criminal ou aplicação da lei penal. A gravidade do delito, por si só, não é razão suficiente para impedir o benefício da liberdade provisória. 2. Ordem concedida para assegurar a liberdade provisória ao paciente, se por outro motivo não tiver preso” (HC 28014 – MG – Rel. I.Min. Laurita Vaz, j. 30/06/03, DJU 30/06/03).**

**“Prisão preventiva. Paciente primário, de bons antecedentes e detentor de mandato popular de vereador. Clamor público. A sua existência por motivo de crime, não é bastante para autorizar a custódia provisória do acusado, porque não se enquadra a circunstância deferida no artigo 312 do Código de Processo Penal Precedentes, Habeas Corpus deferido para que o paciente aguarde em liberdade, se por a/ não houver de ser preso, o julgamento do processo que responde perante o TJPI (STF – 2ª T – HC 78.425-0 – Rel. Néri da Silveira – j. 09.02.1999 – DJU 19.11.1999 e RBCCRIM 30/326.**

**Processo nº 104352/SP**

**HABEAS CORPUS 2008/081189-1**

**Relator: Ministro JORGE MUSSI (1138)**

**Órgão Julgador: T5 – QUINA TURMA**

**Data do julgamento; 27/04/2009**

**Data da Publicação/Fonte: DJE 15/06/2009**

**EMENTA**

**HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. PACIENTE QUE RESPONDEU À INSTRUÇÃO CRIMINAL EM LIBERDADE. ESGOTAMENTO DA VIA ORDINÁRIA. PRISÃO DETERMINADA NO TRIBUNAL DE ORIGEM. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. INTERPOSIÇÃO DE RECURSOS ESPECIAL. EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO AFASTADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA ANTECIPAÇÃO DO CUMPRIMENTO DA PENA. EXEGESE DO ARTIGO 5º, LVII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.**

1. Viola o princípio da presunção de inocência a expedição de Mandado de Prisão pelo simples esgotamento das vias ordinárias, pois o Supremo Tribunal Federal, haja vista interpretação decorrente do inciso LVII, do artigo 5º da Constituição da República decidiu pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena, baseada mero efeito devolutivo do recurso especial, previsto no artigo 637 do Código de Processo Penal.
2. Se a determinação da segregação pelo Tribunal de Origem é procedida sem que se fundamente a necessidade da prisão do paciente antes do trânsito em julgado da condenação, *ex vi* do disposto no artigo 312 do Código de Processo Penal resta caracterizado o constrangimento ilegal sanável por via de *habeas corpus*.
3. Ordem concedida para permitir que o paciente permaneça em liberdade até o trânsito em julgado da condenação, sem prejuízo de que, caso ocorra os pressupostos incertos do artigo 312 Código de Processo Penal, possa eventual prisão ser fundamentalmente determinada.

HABEAS CORPUS nº 50.460 – SP (2005/0197491-7)

RELATORA: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

IMPETRANTE: JOSÉ RICARDO A BARBOSA

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE: ALEXANDRE RICARO DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

PENAL PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME HEDIONDO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. LIBERDADE PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE, AUSENTES OS PRESSUPOSTOS PARA A PRISÃO PREVENTIVA. DESNECESSIDADE DA PRISÃO ANTES DO TRANSITO EM JULGADO. MAUS ANTECEDENTES. INQUÉRITOS POLICIAIS ARQUIVADOS. NÃO CARACTERIZAÇÃO. PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA. VIOLAÇÃO. SUPERVINIÊNCIA DE SENTENÇA DE PRONÚNCIA. IRRELEVÂNCIA. PERMANECENDO A DESNECESSIDADE DA PRISÃO CAUTELAR É INDIFERENTE A SUPERVINIÊNCIA DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA. IRRAZOABILIDADE DA DURAÇÃO DO PROCESSO. OCORRÊNCIA. ALCOOLISMO CRÔNICO.

1. É possível a concessão de liberdade provisória em crime de homicídio qualificado se ausentes os pressupostos para a manutenção da prisão em flagrante, mormente se a hediondez do delito é controvertida nos autos.
2. O registro de Inquéritos Policiais arquivados em que a paciente figura como investigado não podem ser usados para caracterizar maus antecedentes, diante do princípio da presunção da inocência.
3. A mera referência à existência de sentença de pronúncia não é suficiente para justificar a manutenção da prisão, se ausentes elementos concretos.
4. Réu que está preso há mais de dois anos sem previsão de julgamento. Excesso de prazo reconhecido.
5. Ordem concedida para conceder a liberdade provisória ao paciente.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por maioria, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Senhora Ministra Relatora. Vencido o Senhor Ministro Hamilton Carvalhido que a denegava”. Os Srs. Ministros Nilson Naves e Paulo Gallotti votaram com a Sr<sup>a</sup>. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Paulo Medina.

Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Nilson Naves.

Brasília, 08 de maio de 2007 (data do julgamento)

**Ministra Maria Thereza de Assis Moura**  
**Relatora**

**HABEAS CORPUS nº 128.714 – SP (2209/0027802-8)**

RELATOR: MINISTRO OG FERNANDES

IMPETRANTE: JOSÉ CARLOS DIAS E OUTROS

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE PAULO ROBERTO DE ANDRADE.

**EMENTA**

HABEAS CORPUS PROCESSO PENAL SENTENÇA CONDENATÓRIA, RÉU EM LIBERDADE. JULGAMENTO DA APELAÇÃO. EXPEDIÇÃO AUTOMÁTICA DE MANDADO DE PRISÃO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. A prisão processual, assim entendida como aquela que antecede o trânsito em julgado, só pode ser imposta se evidenciada sua rigorosa necessidade.
2. A determinação da prisão, com base apenas no esgotamento das instâncias ordinárias e sem amparo em dados concretos, evidencia constrangimento ilegal.
3. No caso o paciente que permaneceu livre todo o processo, foi condenado por sentença que lhe beneficiou com a possibilidade de recorrer em liberdade e de que o mandado de prisão só fosse expedido após o trânsito em julgado.
4. Ordem concedida para assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o desfecho do processo.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acórdão os ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça por unanimidade, conceder a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro relator. Os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Nilson Naves, Paulo Gallotti e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves. Sustentação oral feita pelo Dr. Francisco Pereira de Queiroz, pela parte paciente Paulo Roberto de Andrade.

**Brasília, 19 de maio de 2009 (data do julgamento)**

**MINISTRO OG FERNANDES**

**Relator**

**VOTO**

O Sr. Ministro OG Fernandes (relator): na linha da pacífica orientação desta turma, configura constrangimento ilegal a expedição de mandado de prisão tão somente com base no exaurimento das instâncias ordinárias.

A título de exemplo, vejam-se estes precedentes:

**AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. APELAÇÃO. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAR A ADOÇÃO DA MEDIDA EXTREMA. RECURSO IMPROVIDO.**

1- É pacífico o entendimento da Sexta Turma desta corte de que toda prisão cautelar, assim entendida aquela que antecede a condenação transitada em julgado, somente pode ser decretada quando evidenciada, com explícita fundamentação, a necessidade da rigorosa providência.

2- Há constrangimento ilegal quando o Tribunal local antes do trânsito em julgado determina a expedição de mandado de prisão sem demonstrar qualquer justificativa para imposição da medida extrema.

3- A circunstância dos recursos ditos extraordinários não possuem efeito suspensivo não autoriza, só por isso, a expedição do mandado de prisão após o esgotamento da instância ordinária, exigindo sempre que a custódia cautelar seja devidamente motivada.

4 - Agravo regimental a que se nega provimento (Ag. Rg. no HC – 101.517/S a relator Ministro Paulo Gallotti, DJ de 08.09.08)

Réu (em liberdade). Apelação (expedição de mandado). Prisão (caráter provisório). Trânsito em julgado da sentença (não ocorrência).

1-Antes de a sentença penal condenatória transitar em julgado, a prisão dela decorrente tem a natureza de medida cautelar, a saber, de prisão provisória – classe de que são espécies a prisão em flagrante, a temporária, a preventiva etc.

2- O ato que determina a expedição de mandado de prisão – oriundo de juiz ou proveniente de tribunal (do relator de apelação, por exemplo) – há de ser sempre fundamentado.

3- Presume-se que toda pessoa é inocente, isto é, não será considerada culpada até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, princípio que, de tão eterno, e

de tão inevitável, prescindiria de norma escrita para tê-lo inscrito no ordenamento jurídico.

4- É da jurisprudência do Superior Tribunal que, em liberdade, o réu possa permanecer até que se esgotem os recursos de índole ordinária e extraordinária.

5- Ordem concedida em parte a fim de se garantir a liberdade ao paciente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. (HC – 49.672/SP, Relator Ministro Nilson Naves, DJ de 06.11.06).

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL CONDENAÇÃO. APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. AUSÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. INTERPOSIÇÃO. MANDADO DE PRISÃO. EXPEDIÇÃO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA.

- A prisão processual só pode ser imposta se evidenciada sua rigorosa necessidade.

- Paciente que permaneceu livre durante todo o processo, condenado por sentença que lhe beneficiou com a possibilidade de recorrer em liberdade e de que o Processo de Execução Criminal Provisório só fosse formado após o trânsito em julgado.

- A determinação de sua prisão, sem amparo em dados concretos de cautelaridade, após o julgamento da apelação, mas antes do trânsito em julgado, eis que pendente julgamento de recurso especial, constitui evidente constrangimento ilegal.

- Ordem concedida para assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação (HC -105.810/RS, de minha relatoria, DJ de 15.09.08).

Também o Supremo Tribunal vem perfilhando esse entendimento.

A propósito, confira-se:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. PENDÊNCIA DE RECURSO DE NATUREZA EXTRAORDINÁRIA. RÉU QUE AGUARDOU, EM LIBERDADE, O JULGAMENTO DA APELAÇÃO. DECRETO DE PRISÃO CARENTE DE FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. GARANTIA DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E DIREITO À PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE. LIMINAR DEFERIDA. ORIENTAÇÃO DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM CONDEDIDA.

1- No julgamento do *habeas corpus* nº 84.078, do relatório do Ministro Eros Grau, o Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou, por maioria de votos, a inconstitucionalidade da execução provisória da pena. Isto por entender que o esgotamento das instâncias ordinárias não afasta, automaticamente, o direito à presunção de não culpabilidade.

2- Em matéria de prisão provisória, a garantia da fundamentação das decisões judiciais consiste na demonstração da necessidade da custódia cautelar, a teor do inciso LXI do artigo 5º da Magna Carta e do artigo 312 do Código de Processo Penal. A falta de fundamentação do decreto de prisão inverte a lógica elementar Constituição, que presume a não culpabilidade do indivíduo até o momento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal).

3- Na concreta situação dos autos, contra o paciente que aguardou em liberdade o julgamento da apelação interposta pela defesa foi expedido mandado de prisão em nenhum fundamento idôneo.

4-Ordem concedida. (HC – 83.062/MG, Relator Ministro Carlos Britto, DJ, de 12.03.09).

No caso presente, há ainda outra peculiaridade: a sentença condicionou a expedição do mandado de prisão ao trânsito em julgado e, nesse ponto, não houve irresignação por parte da acusação.

É certo que o Tribunal, havendo efetiva demonstração da real necessidade, poderia decretar a prisão do paciente. Não foi o que aconteceu. Sem nenhuma

fundamentação, o voto do Relator, laconicamente, dispõe: “expedir mandado de prisão”.

Pelo exposto, ratifico a liminar e concedo a ordem com o intuito de assegurar possa o paciente aguardar em liberdade o desfecho do processo.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 115.580 – MG (2008/2002984-5)

RELATORA: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

IMPETRANTE: CLAUDINEI APARECIDA DA CUNHA E OUTRO

**ADVOGADO: PAULA REGINA FONTE BOA PINTO-DEFENSORA PÚBLICA**

**IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

**PACIENTE: CLAUDINEI APARECIDA CUNHA (PRESO)**

**PACIENTE: LUIZ AUGUSTO ARAÚJO SOUZA PAIVA (PRESO)**

#### **EMENTA**

**HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. VEDAÇÃO DO ARTIGO 44 DA LEI Nº 11.343/2006. ARTIGO 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. REQUISITOS NÃO DEMONSTRADOS. REINCIDÊNCIA. FUNDAMENTO INSUFICIENTE. ORDEM CONCEDIDA.**

1- É pacífica na Sexta Turma do Tribunal Superior de Justiça a compreensão de que exige concreta motivação para a manutenção de qualquer prisão cautelar, inclusive nas hipóteses de crimes hediondos e de tráfico de drogas, sendo de rigor a demonstração da presença dos requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal.

2-A simples alusão à vedação contida no artigo 44 da Lei nº 11.343/06 não basta para indeferir a liberdade provisória, se não demonstrada a real imprescindibilidade da medida extrema.

3- A reincidência, por si só, também não é fundamento válido para justificar a segregação cautelar, conforme entendimento pacificado na Corte.

4- Ordem concedida para garantir aos pacientes o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação, mediante assinatura de termo de compromisso de comparecimento a todos os atos do processo, devendo ser expedido alvará de soltura clausulado.

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça. “A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. “Os Srs. Ministros Og. Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Nilson Naves votaram com a Sra. Ministra Relatora”.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília, 20 de outubro de 2009 (Data do Julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Relatora

**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 0091098-7, da Comarca de Ribeirão Preto, em que são impetrantes ANDRÉ BOIANI E AZEVEDO, ERIC RIBEIRO PICCELLI, NEWTON AZEVEDO, LUCAS RIBEIRO DO PRADO e Paciente VANDERSON BULLAMAH.

ACÓRDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “CONCEDERAM A ORDEM, MANTENDO A LIMINAR DEFERIDA, PARA RECONHECER AO PACIENTE O DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. V.U” de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SOUZA NERY (Presidente sem voto), FRANCISCO BRUNO E NUEVO CAMPOS.

São Paulo, 18 de março de 2010.

**ROBERTO MIDOLLA**  
**RELATOR**

VOTO nº 18.523

Habeas Corpus nº. 990.09.351098-7 – Ribeirão Preto

Impetrantes: 1) André Boiani e Azevedo

2) Eric Ribeiro Picceli

3) Newton Azevedo

4) Lucas Ribeiro do Prado

Paciente: Vanderson Bullamah ( Bulamah)

Trata-se o pedido de *Habeas Corpus* formulado pelos ilustres advogados André Boiani e Azevedo, Eric Ribeiro Piccelli, Newton Azevedo e Lucas Ribeiro do Prado em favor de Vanderson Bullamah, com pedido de liminar.

Alegam que o paciente sofre constrangimento ilegal porque, condenado por infração no artigo 121, *caput*, do Código Penal, à pena de dezoito anos de reclusão, em regime fechado, e teve decretada a prisão cautelar. Sustentam que a medida é ilegal, arbitrária aos princípios do direito processual. Assim, pretendem que o paciente possa apelar em liberdade.

A liminar foi deferida (fls. 43) e vieram as informações prestadas pela D. impetrada.

A D. Procuradora Geral de Justiça ofertou parecer pela concessão de ordem (fls.55).

È o relatório.

Consoante informado, o paciente foi condenado por infração ao artigo 121, *caput*, do Código Penal, à pena de dezoito anos de reclusão, em regime fechado.

Já houve concessão da medida liminar, por mim ratificada, autorizando o recurso em liberdade (fls. 43 e 46).

Anoto que para a negativa do apelo em liberdade, por parte da autoridade impetrada, seria imprescindível houvesse registro, na r. sentença, da presença dos motivos que autorizem a custódia cautelar, mormente quando, na espécie, o paciente respondeu solto e compareceu a todos os atos processuais.

A prisão provisória, em qualquer das suas modalidades, (flagrante, pronúncia, preventiva, sentença condenatória recorrível), exige, sempre respeitado o princípio da presunção da inocência, estejam confirmados os requisitos pertinentes.

A regra geral é recorrer em liberdade, principalmente quando solto respondeu ao processo e não haja motivo novo que justifique a prisão.

Só excepcionalmente deve ser exigida a prisão para recorrer preso, o que não é a hipótese dos autos. Esse é o entendimento atual dos Colendos Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

Assim, para reconhecimento da excepcionalidade, deve a sentença demonstrar a necessidade jurídica da prisão. Não o fazendo, evidente o constrangimento.

Posto isso, adotamos também os fundamentos do Digno representante da Procuradora Geral de Justiça, mantenho a liminar deferida e concedo a ordem para reconhecer ao paciente Vanderson Bullamah (Bulamah) o direito de apelar em liberdade.

**ROBERTO MIDOLLA**

**Relator**