

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA - PROPPEC

CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS - CEJURPS

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ

PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PCMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: HERMENÊUTICA E PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL

**O NOVO REGIME DA PRISÃO CAUTELAR A PARTIR DA
LEI N. 12.403/11:**

O paradigma constitucional garantista

JOÃO MARCOS BUCH

Itajaí (SC), 9 de novembro de 2011

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA - PROPPEC

CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS - CEJURPS

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ

PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PCMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: HERMENÊUTICA E PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL

**O NOVO REGIME DA PRISÃO CAUTELAR A PARTIR DA
LEI N. 12.403/11:**

O paradigma constitucional garantista

JOÃO MARCOS BUCH

Dissertação submetida ao Programa de
Mestrado em Ciência Jurídica da
Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI, como requisito parcial à
obtenção do Título de Mestre em
Ciência Jurídica.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Moraes da Rosa

Itajaí (SC), 9 de novembro de 2011

Um olhar para a atualidade, para nossas telas de televisão, pode indicar que o homem colocou com frequência a sua inventividade a serviço da destruição do outro e que a fascinação diante da dor é cada vez mais banalizada. Basta ver que a violência dos homens sobre outros homens bate todos os recordes de audiência (execuções sumárias, guerras, atentados...), e não há sombra de dúvida de que uma execução pública na Place de la Concorde teria mais sucesso e mais (tele) espectadores que qualquer outra festividade...

Sylvain Ricard

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador, de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí/SC, 9 de novembro de 2011

João Marcos Buch

Mestrando

Página de aprovação

Será entregue pela secretaria do curso de mestrado em ciência Jurídica da Univali após a defesa em banca.

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
Art.	Artigo
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPP	Código de Processo Penal
DJ	Diário de Justiça
Dje	Diário da Justiça Eletrônico
HB	Habeas Corpus
IBCCRIM	Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
LEP	Lei de Execução Penal
MP	Ministério Público
ONU	Organização das Nações Unidas
PL	Projeto de Lei
PLS	Projeto de Lei do Senado
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

RESUMO.....	VIII
ABSTRACT.....	IX
INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1.....	14
A JURISDIÇÃO E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE) NA LIBERDADE PROVISÓRIA	14
1.1 UMA LEITURA DE JURISDIÇÃO GARANTISTA (FERRAJOLI).....	14
1.2 O PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL.....	22
1.3 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E LIBERDADE PROVISÓRIA.....	32
CAPÍTULO 2.....	42
A PRISÃO CAUTELAR NO SISTEMA BRASILEIRO ATÉ A LEI N. 12.403/11.....	42
2.1 O SISTEMA INQUISITÓRIO E O SISTEMA ACUSATÓRIO.....	42
2.2 A PRISÃO CAUTELAR E PRINCÍPIOS GERAIS.....	50
2.3 OS SISTEMAS INQUISITÓRIO E ACUSATÓRIO ADOTADOS NO BRASIL PARA A LIBERDADE PROVISÓRIA – A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A VEDAÇÃO LEGAL DA LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS, NOS CRIMES HEDIONDOS E A ELES EQUIPARADOS E NOS CRIMES DE PORTE E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO.....	56
CAPÍTULO 3.....	70
O NOVO REGIME DA PRISÃO CAUTELAR A PARTIR DA LEI N. 12.403/11	70
3.1 O PROCESSO LEGISLATIVO DA LEI N 12.403/11.....	70
3.2 OS PRESSUPOSTOS DA ORDEM PÚBLICA, ORDEM ECONÔMICA, INSTRUÇÃO CRIMINAL E APLICAÇÃO DA LEI PENAL.....	73
3.3 A LEI N 12.403/11 – ANÁLISE PONTUAL DOS DISPOSITIVOS E APLICAÇÃO.....	80

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	113
REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS.....	117
BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR.....	122
ANEXOS.....	124

RESUMO

Esta dissertação trata do novo regime da prisão cautelar a partir da Lei n.12.403/11, sob o paradigma constitucional garantista. Partindo de uma leitura da jurisdição garantista, baseada especialmente na doutrina de Ferrajoli, e de um processo penal constitucional, com enfoque na presunção de inocência e liberdade provisória, estabelecendo as distinções dos sistemas inquisitório e acusatório, com os princípios gerais da prisão cautelar, reconhece-se a adoção de um perfil prevalentemente garantista no novo regime, ainda que com orientações divergentes. A partir desta perspectiva, conclui-se que o balanço final da nova lei é positivo e deve servir de exemplo para o legislador. A Dissertação está inserida na Linha de Pesquisa: HERMENÊUTICA E PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL.

Palavras-chave: lei, jurisdição, garantismo, processo penal constitucional, presunção de inocência, liberdade provisória, sistema inquisitório, sistema acusatório, prisão cautelar, ordem pública, ordem econômica, instrução criminal, aplicação da lei penal.

ABSTRACT

This thesis attempts to the new system about provisional detention, considering the Law number 12.403/11, under the paradigm of constitutional penal rule of law. Beginning with a penal rule of law lecture, based especially at Ferrajoli doctrine and in a constitutional criminal proceeding, focalizing in the presumption of innocence and release on own recognizance, fixing the difference between the trier of facts and adversarial models, with the general principles of provisional detention, concluding that the constitutional penal rule of law predominates in the new system, despite conflicts orientation. Under this perspective, the conclusion is that the final balance of the new law is positive and has to serve as an example to the legislator. This thesis is embedded in the Research Line: CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS AND SET OF PRINCIPLES.

Key Words: law, jurisdiction, penal rule of law, constitutional criminal proceeding, presumption of innocence, release on own recognizance, trier of facts model, adversarial model, provisional detention, public order, economy order, pre-sentence investigation, penalty law application.

INTRODUÇÃO

Quando se ensina a teoria dos princípios constitucionais e as garantias deles decorrentes, é comum ouvir que a realidade das ruas é outra, dissociada dos mais básicos direitos. Acaba-se, então, por concluir que o plano das idéias não corresponde ao plano real, abandonando-se assim a intenção de ação que insista em fazer valer o que a teoria defende.

Porém, é possível agir e fazer exatamente o contrário. É possível acreditar na política como fenômeno de transformação e evolução da sociedade; acreditar no Legislativo legítimo, cuja razão é a de responder às demandas da população; no Executivo regido pela legalidade, sem fisiologismos e clientelismos; no Judiciário com membros que pregam a Constituição e seus postulados com independência e coragem; na polícia capacitada, reta, que protege e pacifica. No sistema penitenciário estatal respeitador dos direitos humanos; na educação pública eficaz, que ensina os valores humanos, os pressupostos éticos e os fundamentos da cidadania; na saúde pública de qualidade para todos.

Enfim, é preciso acreditar que é possível viver num país que tem, como fundamental do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal) e objetivo de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com erradicação da pobreza e marginalização.

Dentro desta perspectiva, o objeto¹ desta Dissertação é a pesquisa acerca do novo regime da prisão cautelar a partir da Lei n.12.403/11, sob o paradigma constitucional garantista.

O seu objetivo institucional é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali. O seu objetivo científico é

¹ Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. 12. ed . rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p.206.

constatar o paradigma constitucional garantista no novo regime da prisão cautelar previsto na Lei n.12.403/11.

O problema inicial que instigou a realização da pesquisa foi o seguinte: a introdução da Lei n.12.403/11, prevendo medidas cautelares alternativas e apontando a prisão cautelar como última *ratio*, e ainda assim dentro de condições e requisitos delimitados, trouxe um perfil constitucional garantista ao ordenamento das prisões cautelares?

Para o equacionamento do problema são levantadas as seguintes hipóteses:

- a) A jurisdição e a presunção de inocência são alicerces da liberdade provisória?
- b) Como a prisão cautelar foi tratada dentro dos sistemas inquisitório e acusatório, com seus princípios gerais, até a Lei n.12.403/11 e qual foi sua evolução jurisprudencial perante o Supremo Tribunal Federal?
- c) Como a prisão cautelar passou a ser tratada com a vigência da Lei n.12.403/11?
- d) O paradigma constitucional garantista restou fortalecido no novo ordenamento?

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão expostos na presente Dissertação, e são aqui sintetizados, como segue.

O primeiro capítulo trata da jurisdição e da presunção de inocência na liberdade provisória. É apresentada uma leitura de jurisdição garantista, tendo como parâmetro a doutrina de Ferrajoli, na qual se defende que os direitos fundamentais somente realizam-se quando as liberdades individuais são garantidas pela limitação e controle do exercício do poder. Segue-se então para uma análise do processo penal constitucional, onde a produção do direito bem como de seus operadores passou a ter maior papel na afirmação constitucional e na consequente crença no Estado Democrático de Direito. Em seguida, aborda-se o princípio constitucional da presunção de inocência e seu liame e importância para a liberdade provisória.

O segundo capítulo discorre sobre a prisão cautelar no sistema brasileiro até a Lei n.12.403/11, iniciando pelos estudos a respeito do sistema inquisitório e sistema acusatório, bem como sobre sua difícil convivência no ordenamento processual penal. Dentro desse contexto, parte-se para a análise dos princípios gerais que regem a prisão cautelar, no caso os princípios da jurisdicionalidade, da provisionalidade, da provisoriedade, da excepcionalidade, da presunção de inocência e da proporcionalidade. Finalmente, faz-se um levantamento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito de liberdade provisória em crimes de tráfico de drogas, em crimes hediondos e a eles equiparados e nos crimes de porte e posse ilegal de arma de fogo.

O terceiro capítulo dedica-se a demonstrar o novo regime da prisão cautelar a partir da Lei n.12.403/11, primeiro trazendo o histórico do processo legislativo da referida lei, passando após para a análise dos pressupostos da prisão preventiva e da conflituosa justificativa de permanência da ordem pública e ordem econômica, como tanto, ao lado da instrução criminal e aplicação da lei penal. Por fim, tendo por base todos os estudos dos capítulos e títulos anteriores, passa-se ao estudo pontual da Lei n.12.403/11, com comentários específicos sobre seus artigos, com conteúdo constitucional garantista.

O Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre o regime da prisão cautelar baseado no paradigma constitucional garantista.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação, o Método² foi o Indutivo, na fase de Tratamento dos Dados o Cartesiano e, no presente Relatório da Pesquisa, é empregada a base indutiva³. Foram acionadas

² Idem: "Método é forma lógico-comportamental na qual se baseia o Pesquisador para investigar, tratar os dados colhidos e relatar os resultados".

³ Sobre os métodos e técnicas nas diversas fases da Pesquisa Científica, vide PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, *cit.* especialmente p. 81-105.

as técnicas do referente⁴, da categoria⁵, dos conceitos operacionais⁶, da pesquisa bibliográfica⁷ e do fichamento⁸.

⁴ Ibid., p. 54: "explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitado o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa".

⁵ Ibid., p. 25: "palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma idéia".

⁶ Ibid., p. 37: "definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias expostas".

⁷ Ibid., p. 207: "Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais".

⁸ Ibid., p. 201-202: "Técnica que tem como principal utilidade otimizar a leitura na Pesquisa Científica, mediante a reunião de elementos selecionados pelo Pesquisador que registra e/ou resume e/ou reflete e/ou analisa de maneira sucinta, uma Obra, um Ensaio, uma Tese ou Dissertação, um Artigo ou uma aula, segundo Referente previamente estabelecido."

CAPÍTULO 1

A JURISDIÇÃO E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE) NA LIBERDADE PROVISÓRIA

E, contudo, eu não era mau, miseráveis leis e miseráveis homens! Oh! Morrer dentro de poucas horas e pensar que, havia um ano, neste mesmo tempo eu era livre e sem mácula, dava os meus passeios de outono, andando a sombra das árvores e por cima das folhas!⁹

1.1 Uma Leitura de Jurisdição Garantista (Ferrajoli)

O Direito Penal tem hoje função de garantia da liberdade individual.¹⁰ A pena não é considerada a única função do Direito Penal. Para além dela está a proteção do indivíduo em relação ao poder punitivo, especialmente através do princípio da reserva legal.

Dito isso, segundo Fernandes¹¹, na evolução do relacionamento indivíduo-Estado houve necessidade de normas que garantissem os direitos fundamentais do ser humano contra o forte poder estatal intervencionista. Para isso, os países inseriram, em suas Constituições, regras de cunho garantista que impõem ao Estado e à própria sociedade o respeito aos direitos individuais. Além disso, principalmente após as guerras mundiais, os países firmaram declarações conjuntas, plenas de normas garantidoras, visando justamente que seus signatários assumissem o compromisso de, em seus territórios, respeitarem os direitos básicos do indivíduo.

⁹ HUGO, Victor. **O Último dia de um Condenado**. Tradução de Sebastião Paz. São Paulo: DPL, 2005, p.92.

¹⁰ Esta afirmação será, ao longo desta pesquisa, justificada, bem como analisada teoricamente. Por ora, apenas pode-se afirmar que o direito penal é nada além de um sistema de garantias do sujeito, informador do sistema jurídico através de um papel limitador do poder do Estado e amparado precipuamente, não no Código Penal ou de Processo Penal, mas, no artigo 5º da Constituição Federal.

¹¹ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.13.

Também é necessário observar que, como há tempos já ensinou Roxin¹², não se pode pensar em direito penal senão na ótica de proteção do bem jurídico, que é o que o legitima. Para Roxin

O hodierno Estado Democrático de Direito, enquanto laico e fundado na soberania popular, não pode perseguir o aperfeiçoamento moral dos cidadãos adultos, mas deve limitar-se a assegurar as condições de uma convivência pacífica [...]; o direito penal, ao fornecer seu contributo em tal direção, deve antes de tudo garantir os bens jurídicos fundamentais que estão sob os olhos de todos, como a vida, a integridade física, a liberdade, o patrimônio, etc. (1982, p.46)

Nesta pesquisa, o caminho teórico adotado baseia-se nos limites constitucionais à prisão cautelar e, assim, seu início não poderia deixar de tratar do Garantismo, mais precisamente da Jurisdição Garantista. Não se desconsiderou, por óbvio a lição de Cademartori¹³, para quem a defasagem entre o modelo normativo de Estado e as práticas efetivas de seus agentes é evidente e para quem o garantismo é uma teoria jurídica e política de grande potencial explicativo e propositivo, em especial sobre as patológicas práticas operativas, e cujo fim é reivindicar a implementação dos direitos fundamentais como condição de legitimidade do Estado.

De uma forma ou de outra, optou-se por trazer algumas notas teóricas do Garantismo de Luigi Ferrajoli¹⁴, com base especialmente na obra *Derecho y razon, teoria del garantismo penal*¹⁵

Conforme lições de Pinho¹⁶, o garantismo defendido por Ferrajoli parte das formulações iluministas, pois o pressuposto invocado é a utilização de técnicas de

¹² ROXIN apud FIANDACA, Giovanni, **Il "Bene Giurídico"**. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 1982, p.46. Revista dos Tribunais n.776/00.

¹³ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista**. Campinas – SP, Millennium, 2007.

¹⁴ Luigi Ferrajoli, professor de Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito na Universidade de Camerino – Itália.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razon, teoria del garantismo penal**. Madri: Trota, 1995. Faz-se necessário lembrar que esta obra de Ferrajoli, por seu extenso conteúdo e imensurável profundidade, não é objeto desta pesquisa mas, unicamente, fonte teórica para uma limitada análise do garantismo e por consequência da jurisdição e, por isso, não se pretende exaurir ou “dissecar” a sua doutrina.

¹⁶ PINHO, Ana Cláudia Bastos. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito**. Uma abordagem

limitação de poder. É preciso lembrar que o Direito Penal nasce da necessidade de impor limites ao poder punitivo do Estado que, na época moderna, era absoluto. Assim, muitas das premissas que embasaram as idéias da época ilustrada servem de base para argumentações do garantismo penal (por exemplo, a secularização/separação entre moral e direito).

Desta forma, Ferrajoli defende que os direitos fundamentais somente se realizam quando as liberdades individuais são garantidas pela limitação e controle do exercício do poder. Sua teoria de garantismo consiste

*em la tutela de los derechos fundamentales: los cuales – de la vida a la libertad personal, de las libertades civiles y políticas a las expectativas sociales de subsistencia, de los derechos individuales a los colectivos – representan los valores, los bienes y los intereses, materiales y prepolíticos, que fundan y justifican la existencia de aquellos ‘artíficios’ - como los llamó Hobbes – que son el derecho y el estado, cuyo disfrute por parte de todos constituye la base sustancial de la democracia.*¹⁷

Para Ferrajoli, portanto, num primeiro significado¹⁸,

*garantismo designa un modelo normativo de derecho: precisamente, por lo que respecta al derecho penal, el modelo de ‘estricta legalidad’ SG propio del estado de derecho, que en el la no epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, es garantista todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva.*¹⁹

a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.3.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razon, teoria del garantismo penal**. Madri: Trota, 1995, p.28-9.

¹⁸ Registre-se que, para Ferrajoli, o garantismo possui outros dois significados de acordo com a teoria do direito e crítica do direito e, também, de acordo com a filosofia do direito e crítica política, áreas pelas quais se optou por não adentrar, haja vista matéria suficiente para a pesquisa no primeiro significado.

¹⁹ Ibid., p. 851-2.

Dessa definição, como afirmado por Lopes²⁰, pode-se concluir como imperativo básico que o direito existe para tutelar os direitos fundamentais.

Em sede jurisdicional, Ferrajoli indica que o garantismo confere preferência ao cognoscitismo sobre o decisionismo, ou seja, que o juiz deve decidir com base na verdade processual decorrente dos elementos de convicção coletados, com exaustiva motivação, afastando-se assim da possibilidade de disposição livre. Conforme Pinho²¹

O garantismo impõe uma série de vínculos a que deve ficar adstrito o juiz por ocasião do processo penal, privilegiando o cognoscitismo (labor de conhecimento baseado na verdade processual apurada por meio da coleta de provas, exigindo do juiz a máxima motivação de suas decisões) em detrimento do decisionismo (espaço demasiado aberto para o poder de disposição do juiz). Minimização do poder e maximização do saber judicial. É a estrita jurisdicionalidade.

Na mesma linha Lopes²² observa que

A discricionariedade judicial deve ser sempre dirigida não a estender, mas a reduzir a intervenção penal enquanto não motivada por argumentos cognoscitivos seguros. A dúvida sobre a verdade jurídica exige a intervenção de instituições como a presunção de inocência do imputado até a sentença definitiva; o ônus da prova a cargo da acusação; o princípio *in dubio pro reo*; a absolvição em caso de incerteza sobre a verdade fática e, por outro lado, a analogia *in bonam partem* e a interpretação restritiva dos pressupostos típicos penais e extensivas das circunstâncias eximentes ou atenuantes.

Por outro lado, a legitimação da jurisdição depende do predomínio do conhecimento sobre o poder de decisão, pois, para Ferrajoli

Em esto, la jurisdicción no constituye una excepción, pues como há recordado Perfecto Andrés Ibáñez es um saber-poder, es decir, un mixto de conocimiento y de decisión, cuya legitimación política

²⁰ LOPES Jr., Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.45.

²¹ PINHO, Ana Cláudia Bastos. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito**. Uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.7.

²² LOPES Jr, Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.47.

*depende del predominio del primero sobre la segunda, tal como exige la estricta legalidad, es decir, la taxatividad del lenguaje legal y la consiguiente decibilidad de la verdad procesal.*²³

É claro que Ferrajoli reconhece que a discricionariedade judicial existe em todos os casos, mas que, ainda assim, ela deve ser usada com base na interpretação das leis ordinárias e nas normas e princípios constitucionais. Para ele o Garantismo é um modelo a ser buscado, numa medida ideal, porque

*El juez no es una máquina automática en la que por arriba se insertan los hechos y por abajo se sacan las sentencias, acaso con la ayuda de algún empujón cuando los hechos no se adaptan perfectamente a ella. E prossegue: tanto las condiciones de uso del término 'verdadero' como los criterios de aceptación de la 'verdad' en el proceso exigen inevitablemente decisiones dotadas de márgenes más o menos amplios de discrecionalidad. E como se disse, a forma de permitir a limitação e controle dessa discricionariedade é impor ao juiz que submeta sua discricionariedade somente ao campo de interpretação das normas, nada mais.*²⁴

O espaço próprio da jurisdição e discricionariedade judicial para Ferrajoli deve resumir-se às controvérsias e decisões interpretativas, relativas ao significado das normas a serem aplicadas, tanto constitucionais como ordinárias. Isto assim deveria ser suficiente para

*alejar el fantasma del supuesto 'gobierno de los jueces' que obsesiona a una parte de la filosofía política y, sobre todo, de la clase política. Em efecto, también el juicio de constitucionalidad consiste, repito, en la aplicación de la ley, y por tanto en una actividad cognoscitiva no diferente, en el plano epistemológico, de la que realizan otros órganos jurisdiccionales.*²⁵

Por outro lado, para Ferrajoli, a maneira para limitar e controlar a atividade judicial é distinguir e explicar os espaços de poder jurisdicionais específicos e insuprimíveis, tais como: *el poder de denotación, de interpretación o de verificación jurídica; el poder de comprobación probatoria o de verificación fáctica;*

²³ FERRAJOLI, Luigi. Garantismo, una discusión sobre derecho y democracia. Madri: Trota, 2006, p.93.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razon, teoria del garantismo penal**. Madri: Trota, 1995, p.38.

²⁵ Id. **Garantismo, una discusión sobre derecho y democracia**. Madri: Trota, 2006, p.96.

*el poder de connotación o de comprensión equitativa; el poder de disposición o de valoración ético-política.*²⁶

Nesta senda, o poder de denotação, interpretação ou verificação jurídica trata de verificar e reconhecer que os pressupostos legais da pena jamais são absolutamente certos e objetivos. A interpretação da lei não é apenas uma atividade de re-cognição, mas sim fruto de uma eleição prática a respeito de hipóteses interpretativas alternativas.

Já o poder de comprovação ou verificação fática não significa tampouco uma atividade de cognição, mas sempre uma forma de conclusão do mais ou menos provável, por um procedimento indutivo.

De seu lado, o poder de conotação ou compreensão equitativa significa que o juiz, além de comprovar os fatos exigidos pela lei para a pena, deve distinguir as conotações concretas de cada fato, advindas então da sua valoração, usando a equidade. Neste ponto, Ferrajoli lembra que

*Em el plano axiológico, por lo demás, el modelo penal garantista, al tener la función de delimitar el poder punitivo del estado mediante la exclusión de los castigos extra e ultra legem, no es em absoluto incompatible con la presencia de momentos valoreativos cuando éstos, em vez de dirigirse a penalizar ao reo más allá de los delitos cometidos, sirven para excluir su responsabilidad o para atenuar las penas conforme a las específicas y singulares circunstancias em las que los hechos comprobados se han verificado.*²⁷

Em razão do nexo entre a jurisdição e a legalidade, o poder de disposição ou de valoração ético-política aponta que o modelo penal garantista não se satisfaz com o plano legislativo e, assim, ele abre espaços de discricionariedade, que compromete o caráter de cognição do juízo e sua sujeição à lei. Desta maneira, o juiz dentro desses espaços, quando em conflito com a natureza de seu papel, não pode subtrair-se da responsabilidade política da eleição de suas decisões. Para Ferrajoli “*ésta es la contradicción, nunca del todo resoluble, que aflige a los*

²⁶ Id. **Derecho y razon, teoria del garantismo penal**. Madri: Trota, 1995, p.38.

*fundamentos de legitimidad de la jurisdicción penal y sobre la cual se afana desde siempre la reflexión de la cultura liberal-garantista.”*²⁸

Ferrajoli diz que ao mesmo tempo em que o poder de cognição é a soma dos três primeiros poderes, de denotação jurídica, de verificação fática e de conotação equitativa, todos eles em certa medida irredutíveis e limitados. O poder de disposição é um produto patológico de desvio e disfunção politicamente injustificado desses mesmos três poderes. Assim,

*las garantías penales y procesales representan precisamente aquel conjunto de técnicas de definición y de comprobación de los presupuestos de la pena encaminadas a reducir todo lo posible el poder judicial arbitrario y a satisfacer el modelo de manera siquiera sea parcial y tendencial. Aun cuando su realización perfecta corresponda a una utopía liberal, el modelo aquí delineado, una vez precisados sus límites y requisitos, puede acogerse, pues, como parámetro y como fundamento de racionalidad de cualquier sistema penal garantista.*²⁹

Nessa linha, ao tratar da jurisdição, Ferrajoli afirma que ela é a principal garantia processual e constitui pressuposto de todas as demais. Para ele, os três adágios, *nulla poena, nullum crimen, nulla culpa sine iudicio*, expressam em seu conjunto o princípio da jurisdicionalidade em sentido lato enquanto que os adágios *nullum iudicium sine accusatione, sine probatione y sine defensione* expressam o princípio da jurisdição em sentido estrito.

No ordenamento pátrio, Lopes³⁰ relembra que o princípio da jurisdicionalidade é ligado ao *due processo of law*, tendo a Constituição Federal, em seu artigo 5º, LIV, estabelecido que ninguém pode ser privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Mais uma vez, *nulla poena sine praevio iudicio*.

E ainda, segundo Lopes

²⁷ Ibid., p.39.

²⁸ Ibid., p.39-40.

²⁹ Ibid., p.40.

³⁰ LOPES Jr., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal** (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.201.

No Brasil, a jurisdiicionalidade está consagrada no art. 5º, LXI, da CF, segundo o qual ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de crime militar. Assim, excetuando-se a prisão em flagrante (que não é cautelar),³¹ ninguém poderá ser preso por ordem de delegado de polícia, promotor ou qualquer outra autoridade que não a judiciária (juiz ou tribunal) com competência para tanto. Eventual ilegalidade deverá ser remediada pela via do habeas corpus nos termos do art. 648, III, do CPP.³²

Neste aspecto, uma questão que deve ser ressaltada, utilizando-se mais uma vez da obra de Ferrajoli, é a da irrenunciabilidade e inderrogabilidade da jurisdição. Como foi observado, apenas o Poder Judiciário pode jurisdicionar e privar alguém de sua liberdade e seus bens (art. 5º, LIV, da Constituição Federal), através de seus órgãos julgadores, mediante forte fundamentação, sendo inaceitável a transferência desta prerrogativa fundamental irrenunciável, cujo principal objetivo é fazer respeitar direitos e garantias individuais.

Nesse sentido, observa Ferrajoli³³ que o princípio da jurisdição não expressa somente a garantia da presunção de inocência do imputado, mas

Tiene también el valor de una norma de organización sobre la inderogabilidad del juicio cuando el mismo es activado por una acción acusatoria que denuncia la existencia de un delito y reclama la imosición de una pena. Ressalta ainda que La inderogabilidad del juicio penal postulada por primera vez em Inglaterra em 1689, por el art.7 del Bill of Rights, quiere decir a su vez dos cosas, ambas conexas com el principio de legalidad: que el juicio es indeclinable, em el sentido de que el juez no puede sustraerse a él, se cual fuere el sujeto al que hay que juzgar, y que no es fungible, em el sentido de que no puede se sustituido por otras formas de actividad cognoscitiva o potestativa a cargo de otros sujetos públicos o privados.

Verificado pois, conforme Ferrajoli³⁴, que os valores da jurisdição se identificam com a imunidade das pessoas diante do arbítrio e intromissão inquisitória, com a

³¹ Como se verá adiante, a prisão em flagrante deixou de ser uma modalidade de prisão cautelar, mas sim mero ato da autoridade policial que dependerá da análise de conversão em preventiva pelo juiz.

³² LOPES Jr, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal** (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.201.

³³ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razon, teoria del garantismo penal**. Madri: Trota, 1995, p.561.

³⁴ Ibid., p.546.

proteção dos mais frágeis através das regras de jogo iguais para todos, com a dignidade da pessoa do imputado e em consequência com o respeito à sua verdade. Isto supõe um direito penal concebido não só como instrumento de prevenção de crimes, mas também como técnica de contenção da violência e da resposta ao delito.

1.2 O Processo Penal Constitucional

O Estado tem se colocado no centro e principal papel de construção social. Seu crescimento, adentrando em praticamente todas as camadas do homem resulta em crescentes exigências dos cidadãos, não só no respeito aos direitos individuais, mas na implementação dos direitos sociais.

Segundo Modesto³⁵

O Estado contemporâneo não interrompeu o seu crescimento enquanto instituição social, ampliando continuamente a sua intervenção nos domínios do mundo da via (Habermas). [...] O Estado não foi reduzido ao mínimo, nem é uma instituição em processo adiantado de decomposição, como alguns sugerem. Ao contrário amplia seus tentáculos continuamente, penetrando em quase todas as dimensões da vida privada, tornando-nos cada vez mais dependentes de suas regulações e controles. É o crescimento do Estado, não a sua diminuição, a causa imediata dos graves problemas de legitimação que atormentam o Estado contemporâneo.

Como se viu, o garantismo, sob o enfoque jurisdicional, é base para a limitação do poder do Estado. Assim, na evolução do relacionamento do indivíduo com o estado, constituíram-se direitos fundamentais para, com validade superior, delimitar e limitar o poder do Estado, uma vez que esses mesmos direitos não podem ser abolidos por normas jurídicas inferiores devendo, isto sim, ser efetivados.

³⁵ MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. **Jus Navigandi**. Dez. 2000. Disponível em: < <http://jus.com.br/revista/texto/343/notas-para-um-debate-sobre-o-principio-da-eficiencia> > Acesso em: 16/09/2011.

Nesse contexto, o Estado brasileiro se vê num momento crucial: de um lado a necessidade de afirmação e crença nos valores constitucionais, e de outro a grave crise de legitimidade, decorrente da ausência da aplicação concreta desses valores e do desrespeito e investida contra os direitos fundamentais.

Há mais de 30 anos, ao discorrer sobre reorganização das bases da convivência social e da indissociável reforma do Estado, Bobbio³⁶ já ensinava que a razão das instituições políticas é a de responder às demandas da sociedade. Esta sociedade, transformada pela resposta dada, outra demanda apresenta, cabendo às instituições novamente responder e assim por diante. Há um processo de mudança contínua da sociedade e por óbvio das instituições políticas. Havendo correspondência entre as demandas e respostas, a mudança é gradual. Se as demandas não forem respondidas satisfatoriamente, a mudança é brusca e pode acabar em completa modificação das instituições políticas vigentes.

Assim, é preciso renovar e fortalecer a legitimidade do Estado, que deriva da crença na racionalidade do comportamento conforme a lei, numa limitação de poder.

Com efeito, a produção do direito bem como de seus operadores, passou a ter maior papel na afirmação constitucional e na consequente crença no Estado Democrático de Direito. E o judiciário especialmente acaba por ser o principal protagonista dessa nova ordem, pois segundo Barroso

A grande marca do constitucionalismo contemporâneo é a ascensão institucional do Judiciário e o espaço que tem ocupado na paisagem política. Judicialização e ativismo judicial são temas que mobilizam, nos dias que correm, não apenas a comunidade jurídica, como a sociedade em geral. No Brasil e no mundo. A expansão judicial tem suscitado críticas e preocupações que apontam para riscos diversos. O primeiro, e mais constantemente lembrado, envolve a questão da legitimidade democrática. Na medida em que juízes e tribunais, que não têm o batismo da votação popular, invalidam decisões do Legislativo e do Presidente da República ou impõem determinadas políticas públicas, surge a indagação acerca da justificação do poder judicial. Por qual razão um agente público não-eleito pode

³⁶ BOBBIO, Norberto. **Estado Governo e Sociedade**. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra.

sobrepôr sua vontade à de quem foi escolhido com milhares ou milhões de votos? ³⁷

À parte dessas questões - cujo objeto não faz parte desta pesquisa, mas servindo na espécie como amostra da importância da nova forma de produzir o direito - o certo é que nenhuma legislação infraconstitucional pode ser lida ainda sem o devido filtro constitucional, adentrando especialmente no Código de Processo Penal. Para Lopes³⁸

Com a Constituição de 1988 e a instituição do Estado Democrático de Direito, rompeu-se um paradigma da maior relevância para o sistema jurídico. O novo modelo de Estado impõe uma nova forma de produção do direito e, acima de tudo, uma nova postura do operador jurídico, pois a função transformadora e promotora que o Direito passa a desempenhar tem sua eficácia pendente da atuação daquele.

Seguindo essa linha, tem sido árdua a luta diária dos atores jurídicos nas lides forenses penais para que as leis processuais penais, dentre elas especialmente o Código de Processo Penal, sejam aplicadas a partir e de acordo com os princípios constitucionais. Frequentemente, depara-se com discurso reativo às normas constitucionais, que se caracteriza, na maioria das vezes, pelo caráter pejorativo e despido de base científica. O fato é que, como Lopes ensina

O Código de Processo Penal não pode mais ser lido de forma desvinculada do texto constitucional. É o Código de Processo que deve ser lido à luz da Constituição, e não o contrário, como querem alguns paleopositivistas, que restringem a eficácia garantista da Constituição para fazer com que esta entre na sistemática autoritária superada do nosso CPP.³⁹

Grinover, ratificando as lições de Lopes, acrescenta que

O importante não é apenas realçar que as garantias do acusado – que são, repita-se, garantias do processo e da jurisdição – foram alçadas a nível constitucional, pairando sobre a lei ordinária, à

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. Ativismo judicial mobiliza Justiça e sociedade. **Consultor Jurídico**. Dez. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-dez-15/retrospectiva-2009-ativismo-judicial-mobiliza-justica-sociedade>> Acesso em: 16/09/2011

³⁸ LOPES Jr, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal** (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2055, p. 40.

³⁹ Ibid., p.42.

qual informam. O importante é ler as normas processuais à luz dos princípios e das regras constitucionais. É verificar a adequação das leis à letra e ao espírito da Constituição. É vivificar os textos legais à luz da ordem constitucional. É, como já se escreveu, proceder à interpretação da norma em conformidade com a Constituição. E não só em conformidade com sua letra, mas também com seu espírito. Pois a interpretação constitucional é capaz, por si só, de operar mudanças informais na Constituição, possibilitando que, mantida a letra, o espírito da lei fundamental seja colhido e aplicado de acordo com o momento histórico que se vive.⁴⁰

Com efeito, ainda que de suma importância e norte, a Declaração dos Direitos Universais do Homem (ONU/1948); a Convenção europeia para a salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais (Roma/1950); o Pacto internacional de direitos civis e políticos (1966); a Convenção dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), ratificado pelo Brasil em 1992; além de ser válido destacar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 marcou indelevelmente, no país, com chancela de cláusula de eternidade os direitos individuais e coletivos (art. 5º). Como se vê, dentre estes direitos, em boa parte o artigo refere-se a matérias penais e processuais penais, tratando de preceitos afeitos à preservação da liberdade, ao acesso à Justiça, à plenitude da defesa, à inafastabilidade do juiz natural, à publicidade dos atos processuais penais, à motivação das decisões, etc.

Assim é que, entre outros direitos, o art. 5º da Constituição veda a tortura (III), preserva a casa como asilo inviolável (XI), prevê a estrita legalidade quanto à tipificação de fatos puníveis (XXXIX e XL), estabelece a individualização da pena (XLV e XLVI), adentra no seu cumprimento (XLVIII, XLIX e L), resguarda a competência jurisdicional (LIII), chancela o devido processo legal (LIV), veda a prova ilícita (LIV), prevê a ampla defesa e contraditório (LIV, LV, LVI), assim como realça do estado de inocência (LVII) e restringe os limites da prisão e seus requisitos (LXI a LXVIII).

⁴⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. **As Garantias Constitucionais do Processo, Novas Tendências do Direito Processual de Acordo com a Constituição de 1988**. São Paulo: Forense Universitária, 1990, p. 16-7.

De todos, ao que parece, um deles dá origem a vários outros, qual seja, o devido processo legal, onde o art. 5º, LIV, da Constituição Federal enfaticamente explicita que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Desta garantia constitucional, em si mesma considerada, decorre o acesso à Justiça, o juiz natural, a ampla defesa, o contraditório, a presunção de inocência, o *status libertatis*, a paridade de armas, a publicidade dos atos processuais, a razoável duração do processo e outros.

Especificamente sobre um *devido processo penal*, que recentemente começa a ser estudado em separado, as garantias supra recebem uma característica a mais, qual seja, a conotação processual penal. Assim é que, todo sujeito, previamente a qualquer imposição de sanção penal, tem direito a um processo anterior, no qual, segundo leciona Tucci⁴¹ são garantidos:

- a) a atuação de órgão jurisdicional precedentemente designado pela lei para o respectivo julgamento, independente e imparcial;
- b) a estatuição, em lei regularmente elaborada e promulgada, e vigente, de um procedimento destinado a investigação, instrução e posterior julgamento sobre fato tido como penalmente relevante;
- c) o proferimento deste, em prazo razoável, pública e motivadamente;
- d) a correlação entre a acusação e a sentença de mérito;
- e) a possibilitação de reexame dos fatos e de sua qualificação jurídica, versados nos atos decisórios desfavoráveis ao imputado;
- f) a propiciação de ampla defesa, com todos os meios e recusos a ela inerentes, tanto material, quanto tecnicamente; e,
- g) o não-reconhecimento da culpabilidade do indiciado, ou acusado, senão quando transitada em julgado a sentença condenatória.

Desta forma, em louvável síntese, Oliveira⁴² remete a três princípios estruturais do devido processo penal, a saber: o princípio da inocência, o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente e o princípio do direito ao silêncio. Quanto ao princípio da inocência, será ele analisado no título seguinte.

⁴¹ TUCCI, Rogério Lauria. **Direito e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993, p.68-9.

⁴² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

No que se refere às provas obtidas ilicitamente, Mendonça⁴³ conceitua como prova ilícita aqueles instrumentos que não são aptos à formação do convencimento judicial por estarem contaminadas por vícios comprometedores da norma material, assim como dos princípios constitucionais.

A obtenção ilícita da prova assim afeta e mancha o seu conteúdo de maneira absoluta e, por isso, não pode ser usada para a formação do convencimento judicial.

Na esteira Constitucional (artigo 5º, LVI), a Lei n.11.690/08 (em vigor em 10/08/08) deu redação consentânea ao artigo 157º, do CPP.

“Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

§ 4º (VETADO) ⁴⁴

Com se vê, outra consagração Constitucional passa a existir determinação legal para desentranhamento das provas ilícitas. O artigo vai além e define o que são provas ilícitas, ou seja, todas as que violarem as normas constitucionais ou legais, como, por exemplo, a busca domiciliar sem ordem judicial, fora de situações de flagrância ou ordem de prisão. Importante é que, agora, todos os elementos colhidos com as referidas violações devem ser desentranhados dos autos e, uma vez precluída a decisão que assim determinou-os inutilizados.

⁴³ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Prova Ilícitas: Limites à Licitude Probatória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.31.

⁴⁴ Código de processo penal, Constituição Federal e Legislação Complementar. São Paulo: Saraiva, 2011, p.41.

Já o direito ao silêncio consiste, conforme Tucci⁴⁵, em proteção ao silêncio do imputado e, por conseguinte, na proteção contra a sua auto-incriminação.

Fernandes⁴⁶ lembra que a doutrina brasileira já era sensível no sentido de extrair o princípio de que ninguém é obrigado a se auto-incriminar, não podendo o suspeito ou acusado ser forçado a produzir prova contra si mesmo. E com a Convenção de Costa Rica, ratificada pelo Brasil (Decreto 678/92), o princípio foi inserido no ordenamento jurídico nacional (artigo 8º, n.2, alínea g, da referida Convenção). Como derivação do direito de não se incriminar decorre o direito ao silêncio, expressamente estabelecido na Constituição Federal no art. 5º, LXIII.

São estes os resultados da Constituição de 1988 para o processo penal que, como se disse, precisam sempre ser afirmados como valores fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Resta saber para onde se vai e quais as tendências do direito processual penal sob o filtro Constitucional. Para isso, socorre-se da doutrina de Fernandes⁴⁷. Para ele, a tarefa de identificar as tendências do direito processual penal não é simples, haja vista o forte conteúdo político que o informa.

Neste ponto é certo que, entre os mais variados assuntos que estão na pauta do dia dos meios acadêmicos às conversas de botequim, o fenômeno da violência é o que recebe as maiores manchetes. É óbvio que irregularidades, ilegalidades e crimes precisam ser apurados, processados e julgados, em tempo razoável, responsabilizando-se quem deve ser responsabilizado. Entretanto, no Brasil, as pessoas parecem acreditar que a violência urbana não só pode, como deve ser resolvida pelo cárcere, pelo castigo, pela repressão ostensiva, enfim, pela pena privativa de liberdade. Assim é que, quando da ocorrência de um crime de maior alcance e repercussão - abrangendo não só os delitos contra a administração pública, mas todo aquele que, de algum modo, suscita algum espetáculo

⁴⁵ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.363.

⁴⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.292.

tenebroso, que mais lembra um filme de terror ou horror - a população, embalada pelos meios de comunicação e por discursos demagógicos, para satisfazer sentimentos coletivos paranóicos de vingança, prega a morte por empalamento. E neste campo o legislador costuma aparecer para, com *pílulas milagrosas* e com nítido interesse político eleitoral, lançar mão de leis penais violadoras de garantias constitucionais. Esquecem que a prisão como pena é uma última *ratio*, última alternativa, devendo ser restrita para os casos em que a violência aparece de forma premente e grave, em que avaliadas as peculiaridades da situação, individualmente, os fatores intrínsecos e extrínsecos, conclui-se que tudo o mais falhou, que a liberdade do autor do crime trará irreparáveis seqüelas e que infelizmente a segregação é o único caminho que resta.

Especificamente, sobre as manifestações populares, Mello diz que

A opinião pública, por ser fenômeno cultural, tem um caráter relativo, pois muda conforme as circunstâncias que assim o determinam. E mais, para que a opinião pública se torne construtiva, exige alguns requisitos do ambiente em que se desenvolve, como liberdade de expressão, publicidade dos atos do Governo, do Parlamento e do Judiciário e condição de formação e expressão da cidadania.⁴⁸

Sobre esta situação, adiante, no capítulo 3, título 3.1, esta questão será retomada.

Nesta etapa, mesmo tendo isso em conta, bem como as divergências ideológicas dominantes, Fernandes⁴⁹, sobre as tendências, afirma que existem “*em alguns pontos, certas inclinações comuns, principalmente em países da Europa e da América do Sul da família romântica, manifestadas em recentes e semelhantes reformas legislativas ou em idênticas reivindicações doutrinárias.*”

Para Fernandes

⁴⁷ Id.

⁴⁸ MELLO, Osvaldo Ferreira de. **Temas Atuais de Política do Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p.24.

⁴⁹ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005 p.21.

Uma primeira e manifesta inclinação hodierna é a do rompimento com o dogma da obrigatoriedade da ação penal, por meio da paulatina e gradual abertura ao princípio da oportunidade ou mediante novas alternativas procedimentais que, para evitar o processo, estimulam o acordo entre Ministério Público e acusado. E prossegue, alertando que há grande debate, não se encontrando uniformidade nas legislações, em torno da autoridade que deve dirigir a investigação criminal, sendo que no Brasil o poder de investigar já desde o Império é da polícia. Neste aspecto, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, reconheceu por unanimidade que existe a previsão constitucional de que o Ministério Público (MP) tem poder investigatório, no Habeas Corpus 91661, referente a uma ação penal instaurada a pedido do MP.⁵⁰

De maior relevância, segundo Fernandes⁵¹, acrescenta-se que na busca de um sistema acusatório mais apurado reserva-se ao Ministério Público o direito de acusar e também se delimita o âmbito da acusação, vedando-se ao juiz a atuação de ofício. Trata-se do sistema acusatório na sua essência, que se trabalhará no próximo capítulo.

Finalmente, esclarece Fernandes que *“É generalizada a tendência consistente em dar à vítima novo papel no processo criminal, tirando-a do ostracismo que lhe foi imposto nos últimos tempos.”*⁵²

Em especial, neste ponto, da figura do ofendido no processo penal, a já mencionada Lei n.11.690/08 trouxe a redação que segue ao art. 201, do CPP:

Art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações.

§ 1o Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade.

§ 2o O ofendido será comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem.

⁵⁰ Ibid., p.22.

⁵¹ Ibid. p.23.

⁵² Id.

§ 3o As comunicações ao ofendido deverão ser feitas no endereço por ele indicado, admitindo-se, por opção do ofendido, o uso de meio eletrônico.

§ 4o Antes do início da audiência e durante a sua realização, será reservado espaço separado para o ofendido.

§ 5o Se o juiz entender necessário, poderá encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado.

§ 6o O juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação.(NR)

Como pode ser observado, sem descuidar do fato de que o processo penal é um sistema de garantias do réu, para limitação do poder do estado em punir, o ofendido passa a ter papel mais importante na relação processual.

Além das mantidas prescrições sobre seu comparecimento para oitiva, inclusive com condução (§1º), o ofendido deve ser obrigatoriamente comunicado dos atos processuais de ingresso e saída do acusado da prisão, da designação de audiências e da sentença e acórdão (§2º) e, para tanto, poderá ser utilizado o meio eletrônico (§3º). Interessante assim, neste ponto, que as autoridades policiais sejam provocadas para que por ocasião das oitivas em flagrantes ou inquéritos a vítima seja perguntada sobre seu email e sobre a concordância em assim ser informada.

O ofendido, assim como as testemunhas, como sempre foi de praxe, tem agora na lei a previsão de permanecer em espaço separado antes do início da audiência (§4º), bem como de ter sua privacidade preservada, inclusive com decretação de segredo de justiça (§6º).

Finalmente, o §5º prevê o amparo do ofendido, podendo o juiz encaminhá-lo a atendimento multidisciplinar, a expensas do ofensor ou do Estado. É claro que, na

maioria das vezes, o ofensor não terá condições de arcar com o tratamento. Da mesma forma, se for às suas expensas, haverá necessidade de encerramento do processo com sentença condenatória transitada em julgado, o que tornará ineficaz o amparo à vítima, por óbvio. O que acontecerá com maior frequência, portanto, é o tratamento às expensas do Estado. E como se sabe, o Estado não cuida bem da saúde dos cidadãos, cabendo então ao juiz de forma firme fazer valer este direito.

Assim, já não há mais dúvidas na importância do Direito Constitucional para o processo penal. É consenso na jurisprudência e doutrina que o Código de Processo Penal foi radicalmente abalado pela Constituição de 1988 e passou a estruturar-se sobre o devido processo constitucional, ainda que em alguns casos a matéria seja tratada com ressalvas.

1.3 Presunção de Inocência e Liberdade Provisória

De início é preciso observar que a significante adotada nesta pesquisa é a da presunção de inocência, ainda que outros autores trabalhem a significante da não-culpabilidade.⁵³ Neste aspecto, acredita-se ser desnecessário para esta pesquisa adentrar na questão.

A presunção de inocência, conforme leciona Oliveira, tem sua origem mais remota na Revolução Francesa e queda do Absolutismo e tem no Brasil atualmente tratamento diferenciado. Para o autor, *“A nossa Constituição, com efeito, não fala em nenhuma presunção de inocência, mas da afirmação dela, como valor normativo a ser considerado em todas as fases do processo penal ou da persecução penal.”*⁵⁴

⁵³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

⁵⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 5ª edição, p.403.

Ocorre que não é possível se falar em presunção de inocência e fundamento da liberdade provisória sem antes pontuar se é aquele um princípio ou não insculpido na Constituição Federal. Para Moraes⁵⁵

A presunção de inocência tem uma sina sempre mais difícil e sempre mais saborosa para quem lhe deita atenção. No tocante a quase todos os outros preceitos processuais penais mais diretamente ligados aos desígnios juspolíticos constitucionais é fácil saber se estamos diante de um direito fundamental ou não. Para tanto, a tarefa imediata é verificar se aquele preceito se encontra insculpido no Título II da constituição da República, denominado 'Direitos e Garantias Fundamentais'. Se lá estiver o preceito procurado, o legislador constituinte facilitou o trabalho, restando a tarefa de medir as consequências daquela inserção no sistema processual penal.

Desta forma, uma vez que a presunção de inocência não está literalmente escrita na Constituição Federal, nem no art.5º e tampouco em algum outro dispositivo, poder-se-ia pensar em não incluí-la como princípio constitucional. Porém, sem adentrar nas diferenças entre “norma” e “enunciado normativo”, não objeto deste estudo, o certo é que a presunção de inocência é um direito fundamental, entendido como garantia da pessoa humana, visto que a Constituição Federal assegura em seu art.5º, LVII, que “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.*”⁵⁶, e assim, sendo direito fundamental, a presunção de inocência deve ser tratada como princípio. Segue-se que, para Oliveira⁵⁷

A consideração prévia de não-culpabilidade, ou de não-culpado, com efeito, institui-se como princípio orientador e vinculante não só da legislação infraconstitucional, como da autoridade judiciária, obrigada a fundamentar todas as decisões judiciais, e, de modo ainda mais sensível, a prisão ou a manutenção de toda prisão, segundo os expressos termos do art.5º, LXI, da constituição da República.

⁵⁵ MORAES, Maurício Zanoide. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.212.

⁵⁶ BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Organização do texto: I. Pinto. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.11.

⁵⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.31.

De outro visio o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de julgar casos que tratam do princípio de inocência, inclusive em feito envolvendo repercussão geral, *in verbis*⁵⁸

RECURSO. Extraordinário. Transação penal. Homologação. Efeitos de decisão condenatória. Ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da presunção de inocência. Relevância. Repercussão geral reconhecida. Apresenta repercussão geral o recurso extraordinário que verse sobre a imposição de efeitos de sentença penal condenatória à transação penal prevista na Lei nº 9.099/95.

Conclui-se assim, com Wedy⁵⁹ que

Em verdade, quer se trate de presunção de inocência ou de presunção de não culpabilidade, faz-se referência a um direito fundamental da pessoa humana, assegurado na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LVII – Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória) e nas Cartas Universais referentes aos Direitos Humanos (art.11, inciso I, da ‘Declaração Universal dos Direitos Humanos’; ‘Pacto Internacional Sobre os Direitos Cívicos e Políticos de 1966’, ‘Convenção Européia dos Direitos do Homem de Roma/1950’; e a ‘Convenção Americana sobre Direitos Humanos de San Jose da Costa Rica/1969’).

Superada esta questão, passando-se assim ao princípio da inocência, forçoso reconhecer ser ele um dos princípios fundamentais do processo penal. E isso independentemente do grau de importância de cada princípio que rege a matéria, mas sim por uma questão de ordem prática. Se considerar-se que a sanção penal e a prisão é uma das mais acentuadas e importantes restrições de direitos, através da atuação do Estado, é corolário que o princípio da inocência seja também considerado como estruturante de todo o processo penal.

De acordo com Oliveira⁶⁰

⁵⁸ AI 762146 RG/PR – PARANÁ. Relator Ministro Cezar Peluso. Julgamento: 03/09/2009. DJe-181. Divulgado em 24 set. 2009. Publicado em 25 set. 2009.

⁵⁹ WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria Geral da Prisão Cautelar e Estigmatização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.114.

⁶⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.175.

A pena privativa da liberdade, pela sua gravidade, somente há de ser imposta a quem tenha sido condenado, a prisão do inocente deve ser sempre uma medida excepcional, reclamando, também sempre, um juízo de ponderação acerca da necessidade da custódia, considerada em uma relação de meio a fim, sem perder de vista um juízo de proporcionalidade estrita, a ser feito segundo a modalidade e o grau da pena prevista par o crime.

Com efeito, o princípio da presunção da inocência é inequivocamente um limitador fundamental do poder punitivo e persecutório. Na visão de Lopes⁶¹ é um princípio que rege o processo penal constitucional e democrático, cuja eficiência serve como medida para avaliação do grau de civilidade do processo.

Ferrajoli vai mais além, dizendo que a presunção de inocência é um princípio fundamental de civilidade, fruto de uma *“opción garantista a favor de la tutela de la inmunidad de los inocentes, incluso ao precio de la impunidad de algún culpable.”*⁶²

A presunção de inocência assim, como direito fundamental e verdadeiro princípio, acaba por ligar-se a outros direitos. Além disso, indica nitidamente uma opção política do constituinte, que concretiza seu avanço no curso da história. A importância da sua relação com outros direitos fundamentais faz a presunção de inocência adquirir maior força constitucional. Sua inter-relação como os demais, em especial os referentes ao processo penal, completa-a e agrega-a.

Moraes⁶³ acrescenta que

A presunção de inocência teve a sua criação justificada porquanto veio preencher um espaço juspolítico de intersecção de todos aqueles direitos fundamentais referidos. Um âmbito em que todos atuavam, mostrando-se necessária a criação de uma idéia única e individualizada que os representasse e os enfeixasse para espaços de vida específicos. A presunção de inocência, assim, está fundada em todos e em cada um daqueles direitos fundamentais. Daí por que se ter afirmando que sua concepção

⁶¹ LOPES Jr, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Vol.II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.53.

⁶² FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razon, teoria del garantismo penal**. Madri: Trota, 1995, p.549.

⁶³ MORAES, Mauricio Zanoide. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.346.

político-ideológica surgiu apenas na Revolução Francesa, a qual trouxe, pela primeira vez na história, uma concepção combinada e interdependente dos ideais, em sentido mais amplo, de 'igualdade, fraternidade e liberdade'.

Cumpra ainda registrar que a presunção de inocência atua em duas dimensões, a interna ao processo e a externa a ele.

Nas lições de Lopes⁶⁴ a **dimensão interna** é uma obrigação de tratamento estabelecida ao juiz, no sentido de que a carga da prova recaia integralmente sobre o acusador, sendo a dúvida o caminho devido para a absolvição. Neste ponto, respeitante à análise da prova, o juiz deve interpretar o disposto no art.156 do CPP de forma restritiva, uma vez que se trata de norma originária de instituto processual civil, onde o princípio da igualdade rege o ônus da prova. Ao bem da verdade, em seara penal, não há como se aplicar o instituto, irrestritamente.

O que se verifica porém é que boa parte dos magistrados, resistentes aos filtros constitucionais do processo penal, insistem em condenar pessoas que obviamente não tinham possibilidade alguma de comprovar algum fato. Exemplo disso são os precedentes a respeito de crimes de receptação (art.180 do Código de Processo Penal). É comum que pessoa flagrada conduzindo em via pública a vista de todos um veículo de origem ilícita, seja tão somente por isso condenada, pouco importando em que condições adquiriu ou recebeu o bem. Sob o argumento de que cabia a ela comprovar que quando da aquisição nada sabia da origem ilícita, a Justiça a condena, em violação aos princípios constitucionais, inclusive no respeitante ao ônus da prova.

Lopes⁶⁵ ensina que

a partir do momento em que o imputado é presumidamente inocente, não lhe incumbe provar absolutamente nada. Existe uma presunção que deve ser destruída pelo acusador, sem que o réu (e muito menos o juiz) tenha qualquer dever de contribuir nessa

⁶⁴ LOPES Jr, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Vol.II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.54.

⁶⁵ LOPES Jr, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.494-5.

desconstrução (direito do silêncio – *nemo tenetur detegere*). Ferrajoli, esclarece que a acusação tem carga de descobrir hipóteses e provas, e a defesa tem o direito (não dever) de contradizer com contra-hipóteses e contraprovas. O juiz, que deve ter como hábito profissional a imparcialidade e a dúvida, tem a tarefa de analisar todas as hipóteses, aceitando a acusatória somente se estiver provada e, não a aceitando, se desmentida ou, ainda que não desmentida, não restar suficientemente comprovada. É importante recordar que, no processo penal, não há distribuição de cargas probatórias: a carga da prova está inteiramente nas mãos do acusador, não só porque a primeira afirmação é feita por ele na peça acusatória (denúncia ou queixa), mas também porque o réu está protegido pela presunção da inocência. Erro crasso pode ser percebido quase que diariamente nos foros brasileiros: sentenças e acórdãos fazendo uma absurda distribuição de cargas no processo penal, tratando a questão da mesma forma que no processo civil. Não raras são as sentenças condenatórias fundamentadas na 'falta de provas na tese defensiva', como se o réu tivesse que provar sua versão negativa de autoria ou da presença de uma excludente.

Com efeito, dentro do princípio da inocência, não cabe ao imputado assim comprovar sua versão dos fatos, mas sim à acusação comprovar o tipo de injusto e a culpabilidade, com a necessária prova da autoria. Ressalta-se que a condenação em um processo criminal, como já observado quanto aos poderes jurisdicionais de denotação, comprovação e conotação, não se pode basear na grande probabilidade da autoria, materialidade e demais elementos necessários à configuração do crime. Isto porque, neste caso, o princípio do livre convencimento não mais estaria presente, mas sim o "princípio do livre arbítrio".

Já na **dimensão externa** para Lopes⁶⁶ a presunção de inocência implica numa proteção contra a estigmatização⁶⁷ decorrente da publicidade abusiva do acusado. Ou seja, a presunção de inocência deve também ser utilizada como limite para a exploração midiática, evitando-se um espetáculo paranóico coletivo e bizarro com reflexos irreversíveis ao imputado, carimbado em sua testa com o selo do cárcere.

⁶⁶ Id. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Vol.II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.54.

⁶⁷ Sobre estigmatização, ver BARATA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos, Rio de Janeiro: Revan, 2002; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Do Paradigma Etiológico ao Paradigma da Reação Social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum**. Revista Seguência, Florianópolis, n.30, 1995.

Com efeito, dentro desse contexto a presunção de inocência tem sua base em outros quatro direitos fundamentais que, para Moraes⁶⁸, são: a dignidade da pessoa humana; a liberdade, a igualdade e o Estado Democrático de Direito, este representado no processo penal pelo “devido processo penal”.

A dignidade da pessoa humana afasta a possibilidade de se dar ao acusado tratamento de condenado, sem que haja uma sentença penal condenatória transitada em julgado. **A liberdade**⁶⁹, adiante melhor pontuada, como o direito de ir e vir, afasta a possibilidade de prisão em qualquer de suas formas como regra, sendo esta, portanto, uma exceção dependente de requisitos legais mínimos e última *ratio*. **A igualdade**, que obriga a relação processual entre acusado e Ministério Público, como órgão persecutório seja equilibrada, vedando que o poder público vá além do necessário para levantamento dos fatos. **O devido processo legal**, que implica em filtro pelos padrões constitucionais para obtenção dos elementos da culpabilidade, assim como decisão sempre menos prejudicial ao acusado quando houver mínima dúvida fática.

Especificamente sobre o **direito à liberdade**, como direito ligado à presunção de inocência e consequentemente fundamento da liberdade provisória, diante da matéria objeto desta pesquisa, faz-se necessário uma análise mais detida.

Neste aspecto, há que se reconhecer a difícil convivência do direito à liberdade provisória com as medidas cautelares processuais penais, em especial a prisão cautelar. Certo é que se por um lado o constituinte estabeleceu o direito à liberdade como fundamental, acabou por estabelecer a possibilidade de sua restrição, porém cercada de condições. Como se vê, o art.5º da Constituição Federal, em seu inciso LXI, dispõe que “*ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente [...]*”, já o inciso LXV expressa que “*A prisão ilegal será imediatamente relaxada*

⁶⁸ MORAES, Mauricio Zanoide. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.345.

pela autoridade judiciária”, e finalmente, o inciso LXVI consigna que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.”

Isso tudo sem mencionar nos demais dispositivos constitucionais, por exemplo, art. 5º, LXII, LXIII, LXIV, LXVII e LXVIII, além dos legais, como por exemplo, o art. 301 e seguintes do Código de Processo Penal, nos próximos capítulos analisados.

Além disso, é preciso ressaltar que a restrição da liberdade provisória pela prisão cautelar afeta mais do que a liberdade, no direito de ir e vir. Além de estigmatizar o imputado, ela alcança e afeta outros direitos fundamentais. Mello⁷⁰, ao tratar do direito penal e das prisões alerta que

Há hoje uma inegável crise doutrinária quanto à justificação do que deva ser o castigo e como deva ser sua oportunidade e fins. Não bastam as doutrinas de legitimação do poder pela legalidade. Discute-se até que ponto o poder de castigar se confunde com o direito de fazê-lo. As velhas teorias não parecem suficientes ou eficazes para resolverem questões propostas pelo humanismo jurídico contemporâneo, nem para o enfrentamento da nova tipologia dos crimes que são chamados hediondos e inafiançáveis, como destruição da natureza, sequestros, tráfico de drogas [...]. Esse conjunto de estratégias incluirá, no mínimo: uma política demográfica sensata que influencie o controle de natalidade com referências às famílias incapazes de criar decentemente ou de educar um número grande de filhos; políticas de pleno emprego, oferta de vagas gratuitas a toda a população carente, pelo menos em nível de 1º grau, com a devida garantia de formação profissional complementar e outras metas na área sócio-econômica, bem como exigirá exemplos de conduta ética por parte dos que, a qualquer nível, são agentes públicos. Quanto àqueles que, com todas as oportunidades de exercerem sua cidadania e sua humanidade, preferiram o caminho da ilicitude, há que, com base no melhor que oferecem as escolas doutrinárias de Direito Penal, prescrever-lhes penas alternativas, sempre que possível, ao modelo carcerário. E quando este se apresentar como o único adequado em determinados caso, que se organizem instituições em que se busque, como toda a tecnologia pedagógica disponível, a reeducação do delinquente, fazendo desta a medida da duração da pena.

⁷⁰ MELLO, Osvaldo Ferreira de. **Temas Atuais de Política do Direito**. Porto Alegre: Sérgio

Com efeito, a prisão cautelar do acusado para além de sua liberdade atinge, como reflexo, a possibilidade de trabalho, a convivência familiar, a privacidade etc. Especialmente, num sistema carcerário como o do país, notoriamente superlotado, desestruturado, sem higiene, alimentação adequada, respeito aos dispositivos legais (Lei n.7.170/83 – Lei de Execução Penal) atinge e viola a dignidade da pessoa humana. Por isso tudo, Moraes⁷¹ conclui que

A preocupação do constituinte foi permitir a prisão provisória em níveis restritivos e residuais, ou seja, como ultima *ratio* das medidas coativas pessoais e, quando necessária em casos limites, ser executada de forma a garantir o mínimo de direitos ao preso. Sua natureza de última *ratio* deve, portanto, ser respeitada pelo legislador infraconstitucional quando da elaboração de um novo Código de Processo Penal, e pelo julgador no instante de interpretar e aplicar as normas restritivas.

A partir dessas colocações, é cabível acolher a doutrina de Ferrajoli⁷², para quem é possível pensar um processo sem prisão cautelar. Para ele, ao menos em sede de primeiro grau de jurisdição, a prisão cautelar poderia ser eliminada do ordenamento. Isto significa que o acusado deve comparecer livre ante a Justiça não só porque lhe é assegurada a dignidade cidadã da presunção de inocência, mas também por questões processuais, quais sejam: igualdade de condição com o órgão acusador, organização plena de sua defesa, fiscalização da lisura do trabalho do órgão acusador. Sobre a questão do acusado eventualmente tente suprimir ou adulterar provas, alerta Ferrajoli que nenhum valor ou princípio pode se satisfazer sem custos e este seria um custo que o sistema penal deveria estar disposto a pagar, exatamente para salvaguardar sua razão de ser. Ciente do impacto de sua doutrina, Ferrajoli esclarece⁷³ que

No se me oculta que la propuesta que acaba de avanzarse puede aparecer a corto plazo como una quimera. Peo ello depende no tanto de razones lógico-jurídicas como sobre todo de la inercia de los aparatos y de la resistenciaque siempre oponen las culturas conservadoras.

Antonio Fabris Editor, 1998, p.54-6.

⁷¹ MORAES, Mauricio Zanoide. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.354.

⁷² FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razon, teoria del garantismo penal**. Madri: Trota, 1995, p.559.

⁷³ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razon, teoria del garantismo penal**. Madri: Trota, 1995, p.560.

De uma forma ou de outra, Wilde⁷⁴, em 1895, já pincelava os contornos garantistas e, por reflexo, o princípio da presunção de inocência e da liberdade, apregoando que com a extinção da autoridade se extinguiria a punição, conquista de valor incalculável. Segundo Wilde, aos estudantes da História repugnam menos os crimes cometidos pelos perversos do que as punições infligidas pelos bons; e a sociedade se embrutece mais pelo emprego frequente da punição do que pelo fato criminoso. Ou seja, quanto mais punição se aplica, mais crime se gera e a legislação que reconhece isso e toma para si a tarefa de diminuir a punição, quando consegue, obtém resultados extremamente bons. Quanto menos punição menos crime. Sem punição, ou o crime deixa de existir, ou quando acontecer será tratada por médicos e curada com afeto e compreensão. E ainda naquela época Wilde, em discurso extremamente atual, observava que aqueles que se chamavam de criminosos não o eram em hipótese alguma. A fome e não o pecado era a autora do crime na sociedade. Seus criminosos eram, enquanto classe, desinteressantes. Eles não eram *Macbeths* ou *Vautrins* terríveis. Eram apenas o que as pessoas comuns e respeitáveis seriam se não tivessem o suficiente para comer.

De todo o exposto, como se verá nos capítulos seguintes, a presunção de inocência mais do que nunca tem se fortalecido como princípio e direito fundamental, parâmetro da nova ordem processual penal e principalmente como fonte norteadora do direito à liberdade e limitadora da prisão cautelar.

⁷⁴ WILDE, Oscar. **Alma do Homem sob o Socialismo**. Tradução de Heitor Ferreira da Costa, Porto Alegre: L&PM, 2003.

CAPÍTULO 2

A PRISÃO CAUTELAR NO SISTEMA BRASILEIRO ATÉ A LEI N.12.403/11

2.1 O Sistema Inquisitório e o Sistema Acusatório

- *Os termos da sentença nada têm de severos. Escrevemos com o rastelo no corpo do condenado o mandamento que ele infringiu. Por exemplo, vamos escrever no corpo dele 'honra o teu superior'.*
- *Ele sabe qual é a sentença?*
- *Não.*
- *Ele não conhece a própria condenação?*
- *Não.*
- *Seria inútil anunciar-lhe a sentença. Ele vai conhecê-la a contragosto.*
- *Mas pelo menos ele sabe que foi condenado?*
- *Tampouco.*
- *Não?! Quer dizer que esse homem ainda não sabe como sua defesa foi recebida?*
- *Ele não teve oportunidade de se defender.*
- *Ele deveria ter tido a oportunidade de se defender!*
- *As coisas acontecem da seguinte maneira: aqui, na Colônia, eu exerço a função de juiz. O princípio segundo o qual eu sentencio é de que a culpabilidade nunca deixa dúvidas. Não há como em outros lugares, vários juízes, nem tribunais de instância superior.⁷⁵*

Como é possível verificar no diálogo acima, o direito na história se alterna entre o mais opressivo e o de maior liberdade, conforme se observa o Estado ameaçado ou não pela violência. Para Lopes ⁷⁶

[...] pode-se constatar que predomina o sistema acusatório nos países que respeitam mais a liberdade individual e que possuem uma sólida base democrática. Em sentido oposto, o sistema inquisitório predomina historicamente em países de maior repressão, caracterizados pelo autoritarismo ou totalitarismo, em que se fortalece a hegemonia estatal em detrimento dos direitos individuais.

⁷⁵ KAFKA, Franz. **Na Colônia Penal**. Roteiro de Sylvain Ricard. Desenho de Maël. Cores de Albertine Ralenti; Tradução de Caro Bensimon. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p.14-6.

⁷⁶ LOPES Jr, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal** (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.156.

O direito penal então é chamado, em maior ou menor grau, dependendo da época e do local. Por exemplo, mesmo nos Estados Unidos da América, com toda sua história democrática, torna-se visível, especialmente após os ataques de 11 de setembro de 2001, um endurecimento da lei penal e a criação de um direito penal do inimigo, tudo embalado na ilusão de que a *law and order* reduzirá as ameaças, que sequer identificáveis são. Por outro lado, vê-se, no velho continente, a Noruega, país em primeiro lugar no índice de desenvolvimento humano, sofrer em 22 de julho de 2011 grave atentado. Até onde se soube o ato terrorista que vitimou mais de 70 pessoas foi cometido por um norueguês que se disse membro da milícia “novos pobres cavaleiros de cristo”, facção racista contrária ao multiculturalismo, tendo o Primeiro Ministro daquele país, Jens Stoltenberg, declarado que a resposta seria ainda mais democracia, mais abertura, jamais um estado policial. Portanto, certo é que o sistema inquisitório e o acusatório são frutos do Estado conforme sua época e local.

No Brasil, como já observado antes, no capítulo 1, uma simples leitura do texto constitucional, em especial do art.5º, basta para extrair a conclusão de que uma gama de dispositivos garantistas foram insculpidos, voltados à normatização do aparelho repressivo, a fim de se colocar o processo penal nos trilhos do Estado Democrático de Direito, especialmente no caminho do sistema acusatório.

O Código de Processo Penal, porém, anterior à Constituição Federal de 1988, fruto de outro tempo e de base autoritária⁷⁷, tem resistido aos novos valores democráticos, nele permanecendo ritos e atos próprios do sistema inquisitório, em parte por responsabilidade dos atores jurídicos que não sabem lidar com *princípios*, sabendo apenas atuar com a *regra jurídica*. Assim, neste título serão abordados esses dois sistemas, o inquisitório e o acusatório, para identificar os novos caminhos garantistas constitucionais lançados e a opção do constituinte por este último.⁷⁸

⁷⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.5.

⁷⁸ Não se adentrará nos dispositivos constitucionais que indicam suposta obrigação de criminalizar ou da proibição de proteção deficiente. Para tanto, remete-se apenas à leitura das seguintes obras: BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2010;

Conforme Lopes⁷⁹, o sistema inquisitório apareceu após o século XII. Até então predominava o sistema acusatório. A partir de defeitos relacionados à inatividade das partes, nas mãos de particulares, o Estado passou a exercer a função de combater a delinquência. Passou-se a possibilitar assim um processo judicial de ofício para casos de flagrante delito, tendo as vantagens desse sistema sido incorporado logo por todos os legisladores e para toda classe de delito. Lopes⁸⁰ observa que

O sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz e acusador e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação. Frente a um fato típico, o julgador atua de ofício, sem necessidade de prévia invocação, e recolhe (também de ofício) o material que vai constituir seu convencimento. O processado é a melhor fonte de conhecimento e, como se fosse uma testemunha, é chamado a declarar a verdade sob pena de coação. O juiz é livre para intervir, recolher e selecionar o material necessário para julgar, de modo que não existem mais defeitos pela inatividade das partes e tampouco existe uma vinculação legal do juiz. O juiz atua como parte, investiga, dirige, acusa e julga. Com relação ao procedimento, sói ser escrito, secreto e não contraditório.

Rosa⁸¹, em obra que reuniu estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República, lembra que o modelo inquisitório se desenvolveu para atender a Igreja e aos que comandavam a sociedade, a partir do qual se exigia que o poder

PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito Penal e Constituição. A face oculta da proteção dos direitos fundamentais**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009; PALAZZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1989.

⁷⁹ LOPES Jr, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal** (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.161.

⁸⁰ Ibid., p.166.

⁸¹ ROSA, Alexandre Moraes. **O Fim da Farsa da Presunção de Inocência no Sistema (ainda) Inquisitório?** STF, HC 91.232/PE, Min. Eros Grau. IN: PRADO, Geraldo et alli. **Processo Penal e Democracia. Estudos em Homenagem aos 20 Anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.5.

repressivo fosse centralizado, com o juiz agindo de ofício, independentemente de manifestação do lesionado. Segundo Rosa⁸²

O Juiz passa de espectador para o papel de protagonista da atividade de resgatar subjetivamente a verdade do investigado (objeto), desprovido de contraditório, publicidade, com marcas indelévels no resultado, previamente colonizado.

Por outro lado, o sistema acusatório, de acordo com Lopes⁸³, é originário do Direito grego, que contava com a participação direta do povo no exercício da acusação e como julgador. Sem adentrar em outras questões históricas, pode-se ainda citar como exemplo, no Direito Romano da Alta República, as formas do processo penal da *cognitio* e *accusatio*, sendo aquela encomendada aos órgãos do Estado, onde o magistrado tinha poderes para esclarecer os fatos da maneira de entendesse melhor, e esta assumida por cidadãos, ou seja, com persecução e exercício da ação penal encomendada a órgão distinto do juiz. Na atualidade, a forma acusatória segundo Lopes⁸⁴ caracteriza-se pela:

- a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar;
- b) a iniciativa probatória deve ser das partes;
- c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo;
- d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo);
- e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente);
- f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte);
- g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa);
- h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional;
- i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada;
- j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição.

⁸² Id.

⁸³ LOPES Jr, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal** (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.157.

⁸⁴ Ibid., p.159.

Como se vê, o sistema acusatório assegura a imparcialidade e o tratamento digno do acusado, que não pode ser o mero objeto a que é tratado no sistema inquisitório, sendo, isto sim, **sujeito** passivo do processo penal.

No Brasil, atualmente, ainda que passível de crítica conforme adiante poderá ser observado, o sistema seria misto, ou seja, na fase do inquérito policial o sistema é inquisitorial mas, porém, quando da ação penal o sistema passa a ser o acusatório. Tucci⁸⁵ afirma que

Não se pode desconhecer, portanto, essa distinção implicativa da asserção feita no sentido de que o processo penal ostenta, na integralidade da *persecutio criminis*, caráter inquisitório. Isso não obsta, todavia, a que a segunda fase desta, da ação penal, se realize procedimentalmente sob forma acusatória, assemelhando-se a um processo de partes.

De uma forma ou de outra é preciso lembrar a crítica de Lopes⁸⁶, para quem

Enquanto não tivermos um processo verdadeiramente acusatório, do início ao fim, ou, ao menos, adotarmos o paliativo da exclusão física dos autos do inquérito policial de dentro do processo, as pessoas continuarão sendo condenadas com base na ‘prova’ inquisitorial, disfarçada no discurso do ‘cotejando’, ‘corrobora’,[...] e outras fórmulas que mascaram a realidade: a condenação está calcada nos atos de investigação, naquilo feito na pura inquisição.

E mais, Coutinho⁸⁷, em artigo da obra que reuniu estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República, esclarece que todos os sistemas são mistos, não se falando em sistema “puro”, sendo que, porém, para ele não é possível haver “princípio misto”, pois por princípio, entende-se idéia única, indivisível.

⁸⁵ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.45.

⁸⁶ LOPES Jr, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal** (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.171.

⁸⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Um devido Processo Legal (Constitucional) é Incompatível com o Sistema do CPP, de Todo Inquisitórias**. IN: PRADO, Geraldo (org.) **Processo Penal e Democracia**. Estudos em Homenagem aos 20 Anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.257.

Ainda que se concorde com a crítica traçada, é preciso reconhecer que o processo penal vem recebendo reformas pontuais de linha garantista e por isso mesmo acusatória, como se avaliará no último capítulo.

É claro que Coutinho⁸⁸ alerta que estas reformas parciais são lotadas de boas intenções, mas com poucas perspectivas de que venham a vingar naquilo a que se propõem, de salvadoras, bem como que, tanto a Lei n.10.689/08 assim como a Lei n.10.690/08 trouxeram mudanças *para tudo permanecer como sempre esteve*. Diz ele que *reformas parciais* não mudam o sistema porque não atingem o núcleo do problema, ou seja, o princípio inquisitivo, que permanece intacto. Para Coutinho⁸⁹,

Se a salvaguarda dos direitos e garantias individuais no processo penal é o melhor critério pelo qual se pode medir o grau de civilidade de um povo, mais cuidado se pede ao se reformar aquele que talvez seja, dentre todos os ramos do direito, o que maior impacto exerce sobre a vida humana e especialmente sobre aquela vitimada pela desigualdade no acesso às condições mínimas de vida.

Acontece que, para além da Lei n.12.403/11, objeto do capítulo seguinte, ainda que se concorde com Coutinho, é preciso reconhecer que no mínimo a Lei n.11.690/08 trouxe algumas modificações emblemáticas para o processo penal, de fundo acusatório, mesmo que em outras partes tenha mantido o veio desigual e inquisitório.⁹⁰

Exemplo é a nova redação ao art.155 do Código de Processo Penal:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil. (NR)

⁸⁸ Ibid., p.253.

⁸⁹ Ibid., p.260.

⁹⁰ Vide ônus da prova no art.156, do Código de Processo Penal.

Ficou claro pelo dispositivo que a “prova” indiciária poderá ser utilizada como fundamento para uma condenação. A diferença vem no sentido de que a “prova” precisa, porém, obrigatoriamente de sustentação harmônica em Juízo, cujo sistema é acusatório. Fortaleceu-se assim este sistema, firmando-se que é neste momento que se garantem os direitos previstos na Constituição Federal, da ampla defesa e do contraditório, mitigados na fase das investigações inquisitoriais.

Tendo-se em conta a época vivida, percebe-se que houve avanço, uma vez que comuns anteriormente, ainda que em franca violação constitucional e alguns julgados de cortes superiores⁹¹, condenações baseadas tão só e exclusivamente em elementos inquisitoriais.

Outra fundamental modificação, de suma importância diante de seu valor cênico e paradigmático, e em especial porque trata da gestão das provas, marco diferenciador do sistema inquisitorial e acusatório, foi o da redação dada pela referida lei ao art. 212:

Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição. (NR)

Assim, em que pesem resistências sem fundamentos teóricos e científicos por boa parte dos atores jurídicos, inclusive dos juízes, mudança das mais significativas, na tentativa de fortalecer a imparcialidade do juiz, agora aberta a audiência, as perguntas passam de plano a ser formuladas pelas partes diretamente à testemunha, podendo o juiz ao final ainda complementar a inquirição sobre pontos não esclarecidos que reputar necessários.

As resistências porém, como dito, continuam. Em Santa Catarina, v.g., onde este pesquisador atua como magistrado, parte dos juízes, relutante, continua abrindo

⁹¹ Vide TRF 3ª reg. – AP – Relatora Sylvia Steiner – RT 730/651: “A condenação não pode se basear apenas no inquérito policial, face à inexistência de quaisquer provas coligidas em juízo,

audiências, consultando as partes sobre a forma de condução dos trabalhos e partir de então passando diretamente às perguntas, em total violação agora ao dispositivo legal. Inclusive, algumas vezes não se furtam em fazer o papel do Ministério Público, em reforçado desrespeito novamente ao sistema acusatório e também à paridade de armas.

De uma maneira ou de outra, agora a norma existe e precisa ser obedecida, pois de acordo com os princípios constitucionais.

No mais, prevê ela ainda que o juiz deverá zelar pela não indução das respostas, devendo de pronto impedir atuação das partes neste sentido, bem como indeferir perguntas irrelevantes ou repetidas, o que demandará, como sempre demandou, bom senso e razoabilidade na condução do ato. Aí mais uma forte obrigação de se seguir o sistema acusatório.

Neste aspecto, interessante artigo de Busato⁹² que analisa a posição dos sujeitos do processo à luz do novo projeto de Código de Processo Penal, especialmente do Promotor de Justiça, concluindo pela tendência evolutiva do sistema processual brasileiro em direção a um modelo acusatório.

Diante disso tudo, a conclusão a qual se chega é que aos poucos o processo penal vem rendendo-se aos valores e filtros constitucionais, o que já era tempo.

Conforme as lições de Choukr⁹³

O texto político que nos governa, se não foi absolutamente coerente no todo, na parte que nos interessa é inequivocamente coeso, adotando um aparelho processual repressivo de matriz acusatória, na busca de salutar separação dos papéis a serem atuados na construção da justiça criminal, tocando fundo,

especialmente em relação ao dolo com que se houve o agente. Aplicação do princípio do contraditório e ampla defesa garantido pela norma constitucional não ocorrente in casu".

⁹² BUSATO, Paulo César. **De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias: um estudo sobre os sujeitos no processo em um sistema acusatório.** <http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/16496>.

⁹³ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.5.

inclusive, na própria estrutura das instituições ligadas à política de segurança pública.

2.2 A Prisão Cautelar e Princípios Gerais

O Código de Processo Penal prevê como possibilidade de prisão anterior à sentença condenatória transitada em julgado a prisão em flagrante (art.302), a prisão preventiva (arts. 311 e seguintes), a prisão decorrente de sentença de pronúncia (art. 282) e a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível (art. 387, parágrafo único). A prisão temporária está prevista na Lei n.7.960/89.

Este título não tratará da prisão temporária, espécie do gênero *prisão cautelar*, de questionável constitucionalidade⁹⁴, mas sim e tão somente da prisão preventiva, nela incluída a prisão em flagrante, esta pré-cautelar, bem como as decorrentes de sentença de pronúncia e de sentença condenatória recorrível. Isso porque, à exceção da prisão temporária, que não foi objeto da reforma a que esta pesquisa objetiva, a prisão preventiva é a que abrange as demais hipóteses, haja vista suas condições e requisitos que a todas se aplicam.

Com efeito, a prisão em flagrante é a que ocorre quando o agente está cometendo a infração penal; acaba de cometê-la, é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração (art. 301, do CPP).

Ainda que classificada doutrinariamente como prisão cautelar, a prisão em flagrante a ela não se adequa. A prisão em flagrante é uma medida

⁹⁴ Como ressalta CHOUKR (Ibid., p. 141-3), a Lei n.7.960/89 entrou no ordenamento pela Medida Provisória n.111/89, Esta origem causou questionamentos e ação direta de inconstitucionalidade, tendo o Supremo Tribunal Federal (Medida Cautelar n.162) indeferido em 14 de dez. de 1989 a medida, sob o fundamento da não obrigatoriedade da aplicação da medida pelo magistrado no caso concreto, que apenas tomaria a medida com a devida fundamentação; o que de certa forma contradiz o fundamento de que medida facultativa a ser tomada pelo magistrado não possui o caráter emergencial que inspira as medidas provisórias.

administrativa, levada a efeito por autoridade policial⁹⁵, sem intervenção do Poder Judiciário. É assim a prisão em flagrante uma medida, como mencionado, pré-cautelar, que objetiva tão somente colocar o preso à disposição do juiz, que deverá avaliar então sim a cautelaridade da medida.

Neste sentido, para Lopes⁹⁶

A prisão em flagrante é uma medida pré-cautelar, de natureza pessoal, cuja precariedade vem marcada pela possibilidade de ser adotada por particulares ou autoridade policial, e que somente está justificada pela brevidade de sua duração e o imperioso dever de análise judicial em até 24h, onde cumprirá ao juiz analisar sua legalidade e decidir sobre a manutenção da prisão (agora preventiva) ou não.

Neste aspecto, o que vem acontecendo com a legislação, primeiro com a Lei n.11.449, de 15 de janeiro de 2007, que deu nova redação ao art. 306 do CPP, depois com a Lei n.12.403, conforme adiante analisada, é forçar os atores jurídicos, em especial juízes, a se portar conforme as garantias constitucionais, em especial ao estabelecido no art. 5º, LXII, LXV e LXVI. Comumente, anterior a essas alterações, era o juiz receber a “comunicação” em flagrante e “aguardar” o prazo de 10 (dez) dias (art.10, do CPP) o encaminhamento do auto. Assim, além de não haver fundamentação judicial da prisão, sequer o auto de prisão em flagrante era analisado e homologado, resultando em dias e dias, quiçá meses, de prisão do suspeito sem fundamentação alguma.

Desta forma, o art. 306 do CPP, alterado pela Lei n. 11.449, e também modificado mais um pouco pela Lei n.12.403/11, como adiante se verá, determinou em seu *caput* que *“a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados **imediatamente** ao Juiz competente e à família do preso ou a pessoa por ele indicada.”* Esta determinação se distancia daquela prevista no §1º do mesmo artigo, na medida em que a última prevê o prazo de 24h para a

⁹⁵ Lembra-se que qualquer do povo poderá prender quem seja encontrado em flagrante delito (art. 301, do CPP), mas apenas a autoridade policial, a quem deve o detido ser apresentado, pode realizar a autuação e mandar o conduzido recolher-se à prisão (art. 304, §1º, do CPP).

⁹⁶ LOPES Jr, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Vol.II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.72.

autoridade encaminhar ao Juiz o auto da prisão, acompanhada de todas as oitivas colhidas. Em outros termos, esta lei estabeleceu duas etapas iniciais para a hipótese da prisão em flagrante. Na primeira **comunica-se** ao Juízo sobre a prisão, imediatamente, enquanto na segunda, no prazo de 24h, **envia-se ao Juízo o AUTO de prisão em flagrante**, com os depoimentos próprios do ato. Eventual disparidade entre o marco inicial (prisão) e o momento da cientificação do Juízo, mormente em sendo em períodos noturnos, resta por macular a legalidade da prisão, devendo, por este motivo, ser relaxada.

Por outro lado, isto implicou que o juiz então não pudesse mais fechar os olhos para a necessidade de análise da legalidade da prisão, incontinenti. Mas ainda assim, continuou-se a faltar fundamentação judicial da prisão, assunto ao qual se adentrará no tópico seguinte.

Por ora, superada a questão da pré-cautelaridade da prisão em flagrante, passa-se à prisão preventiva, nesta abrangidas não só a prisão preventiva prevista nos arts. 311 e seguintes do CPP, como também a prisão decorrente de sentença de pronúncia (art. 282) e a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível (art. 387, parágrafo único).

A prisão preventiva pode ser considerada a prisão cautelar por excelência⁹⁷. Para sua decretação, à luz dos pressupostos delineados no Código de Processo Penal, além da configuração de uma das hipóteses previstas no art. 312 do CPP, ou seja, garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução ou como forma de assegurar a aplicação da lei penal, cuja análise será feita no capítulo seguinte, *mister* se faz a constatação da materialidade do delito e a verificação de indícios de autoria. É o que se chama de *fumus commissi delicti*, ou seja, a existência de fato concreto que aponte aos sinais externos do cometimento de um delito, e de circunstâncias de sua realização que indiquem como agente um sujeito concreto.

⁹⁷ WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria Geral da Prisão Cautelar e Estigmatização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.134.

De uma forma ou de outra, como a Constituição Federal admite exceção à privação da liberdade antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, a prisão preventiva deve ser utilizada conforme os princípios constitucionais, tendo ela difícil coexistência com eles.

De acordo com a doutrina, além dos demais princípios, como do devido processo legal, da motivação dos atos, etc., os princípios em questão diretamente relacionados são:

a) Princípio da Jurisdicionalidade:

Este princípio foi analisado no primeiro capítulo desta pesquisa e estabelece que a constrição da liberdade, cautelar ou não, somente pode ocorrer a partir de ordem da autoridade judicial competente.

b) Princípio da Provisionalidade:

A prisão provisória é decorrente de uma situação específica, baseada em um fato. A medida se sustenta enquanto os motivos usados para sua concretização durarem. Se no curso do processo a situação se modificar, a prisão provisória deverá ser reavaliada e se for o caso, revogada. Esse, aliás, é o teor do art. 316, do CPP: *O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no decorrer do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.*

c) Princípio da Provisoriedade:

A provisoriedade é o limite temporal da medida cautelar. É o tempo de duração, não podendo a prisão cautelar ser usada como antecipação de pena. A problemática neste caso é a indeterminação de um prazo da prisão cautelar.

Neste aspecto, por um lado, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina já se posicionou⁹⁸:

Tratando-se de prazo para o término da instrução processual, vige o princípio da razoabilidade, e eventual excesso não há de ser interpretado com rigidez e inflexibilidade, e sim adequado às peculiaridades do caso concreto trazido à apreciação, mormente no presente, onde o delito restou perpetrado em concurso de agentes, com a participação de cinco acusados, sendo-lhes imputadas à prática de vários delitos.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal, em acórdão da lavra do Ministro Marco Aurélio, expressamente já orientou no sentido de que

O Estado há de se aparelhar, objetivando o desfecho do processo criminal em tempo hábil. Uma vez configurado o excesso de prazo da preventiva, cabe afastá-la, evitando-se com isso verdadeira transformação em cumprimento precoce de pena.⁹⁹

d) Princípio da Excepcionalidade:

Para Lopes¹⁰⁰

Outro princípio sumamente importante para a prisão preventiva – e que infelizmente é, justamente com a provisoriedade, o mais violado – é o da excepcionalidade. Significa que a prisão preventiva deve ser (efetivamente) a ultima *ratio* do sistema, reservada para os casos mais graves, tendo em vista o elevadíssimo custo que representa.

Com razão, como se avaliará no último capítulo, o que era para ser exceção no Brasil passou a ser regra, e os presídios por esse país afora estão superlotados de presos provisórios que, muitas vezes, acabam por cumprir a eventual pena durante o curso do processo.

e) Princípio da presunção de inocência:

⁹⁸ TJ/SC. HC n. 02.004791-0, de Joinville, Rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz. DJE 10 mai. 2002.

⁹⁹ Habeas Corpus n.84/181/RJ, 1ª Turma, julgado em 15 jun. 2004, v.u., Diário da Justiça da União de 13 ago. 2004, 275.

¹⁰⁰ LOPES Jr, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Vol.II. Rio

Este princípio foi analisado no terceiro subtítulo do primeiro capítulo supra e neste ponto cumpre apenas lembrar que a presunção de inocência tem se fortalecido como parâmetro da nova ordem processual penal e principalmente como fonte norteadora do direito à liberdade e limitadora da prisão cautelar.

f) Princípio da proporcionalidade:

Antes do processo penal, o princípio da proporcionalidade é, como ensina Barroso¹⁰¹, um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais, que permite o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público, ou seja, é um princípio que surgiu contra o Estado e portanto em seu favor não permite interpretação. Ele atua como medida de interpretação de uma norma para melhor realização do fim constitucional nela embutido.

Em sede penal, este princípio nada mais é do que a lógica da ponderação, valorando o juiz os fatos e elementos que embasam o ato de prisão preventiva com a estigmatização e reflexos para a vida do acusado.

Em caráter geral, o princípio é conhecido também como da proporcionalidade mínima. Neste sentido, a irracionalidade da criminalização chega ao intolerável quando o direito afetado pela medida penal ou processual penal é radicalmente desproporcional à magnitude da lesividade do conflito. Tem-se aí, conforme Zaffaroni e Batista¹⁰²,

O princípio da proporcionalidade mínima da pena com a magnitude da lesão. Com esse princípio não se legitima a pena como retribuição, pois continua sendo uma intervenção seletiva do poder que se limita a suspender o conflito sem resolvê-lo e, por conseguinte, conserva intacta sua irracionalidade. Simplesmente se afirma que o direito penal deve escolher entre irracionalidades, deixando passar as de menor conteúdo; o que ele não pode é admitir que a essa natureza irracional do exercício do poder

de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.99.

¹⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2010, p.88.

¹⁰² ZAFFARONI, E. Raúl et al. **Direito Penal Brasileiro** – I. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.230-1.

punitivo se agregue um dado de máxima irracionalidade, por meio do qual sejam afetados bens jurídicos de uma pessoa em desproporção grosseira com a lesão que ela causou.

Finalmente, nunca é demais lembrar, conforme ensina Fernandes¹⁰³, ao tratar da proporcionalidade entre a segurança social e a liberdade individual, que

Não é fácil atingir o ponto justo e equilibrado, mas a regra deve ser a preservação da liberdade, só se admitindo a prisão se cautelar e quando estritamente necessária. A meta é produzir uma legislação que sirva eficazmente para combate a determinados delitos graves ou à criminalidade organizada, e que, ao mesmo tempo, preserve as garantias essenciais de um processo justo.

Destarte, além dos pressupostos previstos na lei processual penal, como adiante se analisará, é preciso que a prisão provisória seja sempre fundamentada perante os filtros constitucionais, mormente os supra elencados.

2.3 Os Sistemas Inquisitório e Acusatório Adotados no Brasil para a Liberdade Provisória – a evolução da jurisprudência no Supremo Tribunal Federal e a vedação legal da liberdade provisória nos crimes de tráfico de drogas, nos crimes hediondos e a eles equiparados e nos crimes de porte e posse ilegal de arma de fogo

Como se viu no item 2.1 deste capítulo, o processo penal teria características do sistema inquisitório e acusatório sem tratar-se, porém, de um sistema misto. E isso porque os dois sistemas não teriam como coexistir ao mesmo tempo, sendo únicos em sua aplicação. Segundo Rosa¹⁰⁴ no Sistema Inquisitório o Princípio Inquisitivo marca a cadeia de significantes e no Sistema Acusatório o Princípio Dispositivo o informa.

¹⁰³ FERNANDES, Antonio Scarance **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª edição, p.349.

¹⁰⁴ PRADO, Geraldo et al. **Processo Penal e Democracia. Estudos em Homenagem aos 20 Anos da Constituição da República de 1988**. Artigo de Alexandre Moraes da Rosa. O Fim da

Por outro lado, o processo penal, regido pelos princípios constitucionais e pelas garantias previstas no art. 5º, da CF, deve seguir o Sistema Acusatório. Porém, os juízes e demais atores jurídicos, desacostumados que estão a lidar com princípios, dando prevalência à regra jurídica, numa forma positivista-legalista¹⁰⁵, acabam por ser quem determinam qual sistema será adotado. E mais, ainda que a regra jurídica venha a ser criada, de acordo como o princípio, as resistências permanecem. Esse fato constata-se nas lides diárias nos Fóruns, quando se vêem juízes simplesmente afastando o art. 212, do CPP, com redação da Lei n.11.690/08, que como acima visto trata da gestão da prova e afirma o sistema acusatório, cabendo na inquirição de testemunhas à acusação e depois à defesa fazer as perguntas diretamente. Simplesmente não aplicam a nova regra, porque não a aceitam, sob o argumento intolerável de que o Juiz é “dono” da prova.

O grave é que o *juiz inquisidor*, em atitude presunçosa, acredita saber o que é bom e o que é ruim para o jurisdicionado, arvorando-se no condutor dos caminhos das virtudes e levando seu discurso para a Instituição, que acaba por dele se apoderar.¹⁰⁶

Desta feita, como muito bem observa Rosa¹⁰⁷

A assunção do modelo eminentemente acusatório, segundo Binder, não depende do texto constitucional – que o acolhe, em tese, no caso brasileiro, apesar de a prática o negar -, mas sim de uma ‘auténtica motivación’ e um ‘compromisso interno y personal’ em (re)construir a estrutura processual sobre alicerces democráticos, nos quais o juiz rejeita a iniciativa probatório e promove o processo entre as partes (acusação e defesa).

Dentro desse contexto, a prisão cautelar e a liberdade provisória vêm sendo aplicadas ao longo dos anos no Brasil, ora com base nas significantes do sistema

Farsa da Presunção de Inocência no Sistema (ainda) Inquisitório? STF, HC 91.232/PE, Min. Eros Grau. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.5.

¹⁰⁵ Id.

¹⁰⁶ PRADO, Geraldo et alli. **Processo Penal e Democracia. Estudos em Homenagem aos 20 Anos da Constituição da República de 1988.** Artigo de Alexandre Moraes da Rosa. O Fim da Farsa da Presunção de Inocência no Sistema (ainda) Inquisitório? STF, HC 91.232/PE, Min. Eros Grau. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.8-9.

¹⁰⁷ Ibid., p.6.

inquisitório e ora do sistema acusatório, conforme os requisitos e pressupostos do art. 312, do CPP e legislação esparsa especial.

Numa visão otimista o que se percebe, porém, especialmente na ótica do Supremo Tribunal Federal, é uma inclinação para este último sistema, o acusatório, ainda que com alguma resistência.

Para tanto, passa-se ao levantamento de julgados daquela Corte, ao longo dos últimos anos, a respeito da liberdade provisória, como será verificado nos itens a seguir:

a) crimes de tráfico de drogas (Lei n.11.343/06):

Inicialmente, antes de verificar os julgados relativos à vedação constante no art. 44, da Lei n.11.343/06 é preciso lembrar que a Lei dos Crimes Hediondos, anterior, de n.8.072/90 estabeleceu em seu art. 2º a vedação da liberdade provisória para os crimes nela previstos. Mais tarde é que entrou em vigor a Lei Antidrogas, com sua vedação específica. Porém, após isto, a parte que vedava a liberdade provisória na Lei dos Crimes Hediondos foi expressamente retirada pela Lei n.11.464/07.

Adentrando nessa questão e nos reflexos da alteração sobre a Lei Antidrogas, Franco¹⁰⁸ esclarece:

A Lei n. 11.464/2007, ao eliminar do inciso II do art. 2º da lei n. 8.072/90, a locução liberdade provisória posicionou-se abertamente pelo respeito aos princípios constitucionais do justo processo legal, da presunção de inocência e da liberdade provisória, com ou sem fiança. É incontestável que a Lei n. 11.464/2007 deixou a nu a pouca compreensão do legislador da Lei n. 8072/90 sobre a norma constitucional criminalizadora e seus respectivos limites. É indubitoso, assim, que a proibição da liberdade provisória nos crimes a respeito das drogas foi derogada pela Lei 11.464/2006, por sua total inconsistência em nível constitucional.

¹⁰⁸ FRANCO, Alberto Silva. **IBCCRIM**, Boletim n.179, ano 15, out. 2007.

Tendo isto em conta, como se vê dos julgados abaixo, entendeu a Primeira Turma do STF, desde o ano de 2006 até meados de 2010, ser inviável a concessão da liberdade provisória nos delitos de tráfico de drogas, em virtude do disposto no art. 44, da lei nº 11.343/06, bem como em razão do disposto no art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal, o qual diz que serão *“inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de drogas e drogas afins”*, não cabendo, portanto, a concessão da liberdade provisória. O posicionamento mantém-se até o momento.

Em 28 de novembro de 2006, a Primeira Turma do STF julgou habeas corpus, dizendo que *“Não se admite liberdade provisória nos processos por crimes de tráfico de drogas (inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e art. 2º da Lei nº 8.072/90). Habeas corpus conhecido em parte e, nessa parte, indeferido.”*¹⁰⁹

Seguidos os anos, o posicionamento continuou o mesmo, tendo a Primeira Turma, em outro habeas corpus, versando sobre tráfico de drogas dito que *“A proibição da liberdade provisória nos crimes hediondos e equiparados decorre da própria inafiançabilidade imposta pelo art. 5º, XLIII, da Constituição Federal à legislação ordinária. Precedentes.”*¹¹⁰

Em 23 de novembro de 2010 continuava no mesmo sentido, como se vê em julgado de habeas corpus, afirmado que *“A proibição de liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição da República à legislação ordinária (Constituição da República, art. 5º, inc. XLIII)”*¹¹¹

Por outro lado, a Segunda Turma do STF, desde o ano de 2008 até meados de 2009, decidia ser inviável a concessão da liberdade provisória nos delitos de

¹⁰⁹ HC 89068/RN - RIO GRANDE DO NORTE. Relator: Ministro Carlos Britto. Julgamento: 28 nov. 2006, Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação DJ 23 fev. 2007. PP-00025.

¹¹⁰ HC 94521 AgR/SP - SÃO PAULO. AG. REG. NO HABEAS CORPUS. Relator: Ministro RICARDO LEWANDOWSKI. Julgamento: 03 jun. 2008. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação DJe-142. Divulgação: 31 jul. 2008. Publicação: 01 ago. 2008.

¹¹¹ HC 103715/RJ - RIO DE JANEIRO. HABEAS CORPUS. Relatora: Ministra CARMEN LÚCIA. Julgamento: 23 nov. 2010. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação DJe-055 Divulgação: 23 mar. 2011. Publicação: 24 mar. 2011.

tráfico de drogas, em virtude do disposto no art. 44, da lei nº 11.343/06, bem como em razão do disposto no art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal.

Assim é que em 29 de abril de 2008, a Segunda Turma¹¹² decidiu que

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal está alinhada no sentido de afirmar o não-cabimento da liberdade provisória no caso de prisão em flagrante por tráfico de drogas --- entendimento respaldado no art. 5º, inc. XLIII da Constituição do Brasil, que proíbe a concessão de fiança no crime de tráfico de drogas.

Porém, em caráter excepcional, a Segunda Turma¹¹³ em sete de outubro de 2008, diante da peculiaridade de um caso concreto, se viu forçada a rever o posicionamento, afirmando:

Situação de exceção. 2. Paciente primária, de bons antecedentes, com emprego e residência fixos, flagrada com pequena quantidade de maconha quando visitava irmão na penitenciária. 3. Liberdade provisória deferida pelo Juiz da causa, posteriormente cassada pelo Tribunal de Justiça local. 4. Decreto de prisão cautelar dissociado da necessidade da imposição medida extrema de cerceio da liberdade *ante tempus*. Condições subjetivas favoráveis, justificando exceção à vedação da liberdade provisória. 5. Dizer "peculiaridade do caso concreto" é dizer exceção. Exceção que se impõe seja capturada pelo ordenamento jurídico, mesmo porque, a afirmação da dignidade da pessoa humana acode a paciente. 6. A transgressão à lei é punida de modo que a lei [= o direito] seja restabelecida. Nesse sentido, a condenação restabelece o direito, restabelece a ordem, além de pretender reparar o dano sofrido pela vítima. A prisão preventiva antecipa o restabelecimento a longo termo do direito; promove imediatamente a ordem. Mas apenas imediatamente, já que haverá sempre o risco, em qualquer processo, de ao final verificar-se que o imediato restabelecimento da ordem transgrediu a própria ordem, porquanto não fosse devido. 7. A justiça produzida pelo Estado moderno condena para restabelecer o direito que ele mesmo põe, para restabelecer a ordem, pretendendo reparar os danos sofridos pela vítima. Mas a vítima, no caso dos autos, não é individualmente identificada. É a própria sociedade, beneficiária de vingança que como que a pacifica em face, talvez, da frustração

¹¹² HC 93762/SP - SÃO PAULO. HABEAS CORPUS. Relator: Ministro EROS GRAU. Julgamento: 29 abr. 2008. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe-152. Divulgação: 14 ago. 2008. Publicação: 15 ago. 2008.

¹¹³ HC 95790/MS - MATO GROSSO DO SUL. HABEAS CORPUS. Relator: Ministro EROS GRAU. Julgamento: 07 out. 2008. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe-222. Divulgação: 20 nov. 2008. Publicação: 21 nov. 2008.

que resulta de sua incapacidade de punir os grandes impostores. De vingança se trata, pois é certo que manter presa uma pessoa, sem necessidade, não restabelece a ordem, além de nada reparar. A paciente foi presa em flagrante levando pequena quantidade de maconha na sola de um tênis, talvez sem saber [a droga teria, supostamente, ali sido colocada por outra pessoa, sem conhecimento da paciente]. Submetê-la ao cárcere, isso é incompatível com o direito, ainda que se possa ter como adequado à regra. Daí que a captura da exceção se impõe. Ordem deferida, a fim de que a paciente permaneça em liberdade até o trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória.

Posteriormente, a Segunda Turma¹¹⁴ passou a adentrar na necessidade de fundamentação da negativa de liberdade em tráfico, quando em julgamento de habeas corpus, em dezesseis de dezembro de 2008 consignou que apesar da vedação legal da liberdade provisória e mantida a prisão e denegada a ordem,

o juiz fundamentou suficientemente a decisão de negar ao paciente o direito de recorrer em liberdade, eis que, diante do conjunto probatório dos autos da ação penal, a manutenção da custódia cautelar se justifica para a garantia da ordem pública, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. 4. Houve fundamentação idônea à manutenção da prisão processual da paciente, não tendo o magistrado se valido de "fundamentos genéricos e desvinculados de fatos concretos", como alega o impetrante. Não houve, portanto, violação ao art. 93, IX, da Constituição da República. 5. A periculosidade do réu constitui motivo apto à decretação de sua prisão cautelar, com a finalidade de garantir a ordem pública, consoante precedentes desta Suprema Corte (HC 92.719/ES, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 19.09.08; HC 93.254/SP, rel. Min. Carmen Lúcia, DJ 01.08.08; HC 94.248/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 27.06.08). 6. Ademais, "é pacífica a jurisprudência desta Suprema Corte de que não há lógica em permitir que o réu, preso preventivamente durante toda a instrução criminal, aguarde em liberdade o trânsito em julgado da causa, se mantidos os motivos da segregação cautelar" (HC 89.824/MS, rel. Min. Carlos Britto, DJ 28-08-08). 7. Ante o exposto, denego a ordem de habeas corpus.

Todavia, a partir do ano de 2009, tendo precedentes também no ano de 2008, a Segunda Turma mudou o seu entendimento, concedendo agora a liberdade provisória nos delitos de tráfico de drogas em virtude da declaração da inconstitucionalidade do art. 44, da Lei nº 11.343.

¹¹⁴ HC 95685/SP - SÃO PAULO. HABEAS CORPUS. Relatora: Ministra ELLEN GRACIE. Julgamento: 16 dez. 2008. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe-043.

Claramente, no julgamento do habeas corpus a Segunda Turma¹¹⁵, em quinze de dezembro de 2009, registrou que a garantia da ordem pública fundada em conjecturas a respeito da gravidade e consequência do crime não são suficientes, bem como que

A regra estabelecida na Constituição, bem assim na legislação infraconstitucional, é a liberdade. A prisão faz exceção a essa regra, de modo que, a admitir-se que o artigo 5º, inciso XLIII estabelece, além das restrições nele contidas, vedação à liberdade provisória, o conflito entre normas estaria instalado. 5. A inafiançabilidade não pode e não deve --- considerados os princípios da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana, da ampla defesa e do devido processo legal --- constituir causa impeditiva da liberdade provisória. 6. Não se nega a acentuada nocividade da conduta do traficante de drogas. Nocividade aferível pelos malefícios provocados no que concerne à saúde pública, exposta a sociedade a danos concretos e a riscos iminentes. Não obstante, a regra consagrada no ordenamento jurídico brasileiro é a liberdade; a prisão, a exceção. A regra cede a ela em situações marcadas pela demonstração cabal da necessidade da segregação ante *tempus*. Impõe-se, porém, ao Juiz, nesse caso, o dever de explicitar as razões pelas quais alguém deva ser preso cautelarmente, assim permanecendo. Ordem concedida.

Em vinte e um de maio de 2010 a Segunda Turma¹¹⁶ novamente concedeu liberdade provisória no tráfico:

HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL E CONSTITUCIONAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SEGREGAÇÃO CAUTELAR. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE SITUAÇÃO FÁTICA. LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDA COM FUNDAMENTO NO ART.44 DA LEI N.11.343. INCONSTITUCIONALIDADE: NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DESSE PRECEITO AOS ARTIGOS 1º, INCISO III, E 5º, INCISOS LIV E LVII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

Divulgação: 05 mar. 2009. Publicação: 06 mar. 2009.

¹¹⁵ HC 101505/SC - SANTA CATARINA. HABEAS CORPUS. Relator: Ministro EROS GRAU. Julgamento: 15 dez. 2009. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação DJe-027. Divulgação: 11 fev. 2010. Publicação: 12 fev. 2010.

¹¹⁶ HC 99278. Relator: Ministro Eros Grau. Segunda Turma. Julgado em 04 maio 2010. DJe-091. Divulgação: 20 maio 2010. Publicação: 21 maio 2010. EMENT VOL-02402-04. PP-00814.

Certo é assim, com base especialmente nos julgados da Segunda Turma do STF, que a proibição de liberdade provisória disposta no art. 44 da Lei n. 11.343/2006 (Lei Antidrogas), contem uma flagrante inversão da ordem constitucional, cujo comando, repita-se, é o da presunção de inocência e de fundamentação obrigatória de todo e qualquer ato judicial que venha a restringir direitos.

Pela regra da lei indigitada, a conservação obrigatória da prisão em flagrante nada mais é do que a presunção de culpa e a dispensa de fundamentação judicial para tanto. Mas não é só, uma vez abandonado o princípio da inocência e a necessidade de fundamentação, o pressuposto também passa a ser que, nas situações de flagrante delito dos crimes elencados na parte repressiva da Lei Antidrogas (arts. 33, caput e §1º e 34 a 37), a prisão é sempre necessária e a cautelar justificada.

O resultado é a olímpica supressão da jurisdição, com a mais condenável afronta à Constituição. A proibição de concessão de liberdade provisória por força de lei, de forma abstrata, sem que se atente para os elementos concretos e circunstâncias trazidas aos autos, além da ofensa à presunção de inocência (art. 5º, LVII) e à necessidade de fundamentação (art. 5º, LXI), implica em aviltante transferência da prerrogativa fundamental irrenunciável do julgador, em fazer respeitar direitos e garantias individuais exclusivamente para o órgão da acusação e até mesmo para a própria autoridade policial.

E sobre a exceção a essa regra de *status libertatis* que o artigo 5º, inciso XLIII estabelece, a Segunda Turma¹¹⁷ deixa claro que

A inafiançabilidade não pode e não deve – considerados os princípios da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana, da ampla defesa e do devido processo legal – constituir causa impeditiva da liberdade provisória. 5. Não se nega a acentuada nocividade da conduta do traficante de entorpecentes. Nocividade aferível pelos malefícios provocados no que concerne à saúde pública, exposta a sociedade a danos concretos e a riscos iminentes. Não obstante, a regra consagrada no

¹¹⁷ HABEAS CORPUS n.99278. Relator: Ministro Eros Grau. Segunda Turma, julgado em 04 maio 2010. DJe-091 DIVULG 20 maio 2010. Publicação: 21 maio 2010. EMENT VOL-02402-04. PP-00814.

ordenamento jurídico brasileiro é a liberdade; a prisão, a exceção. A regra cede a ela em situações marcadas pela demonstração cabal da necessidade da segregação *ante tempus*. Impõe-se, porém, ao Juiz o dever de explicitar as razões pelas quais alguém deva ser preso ou mantido preso cautelarmente. Ordem concedida a fim de que o paciente seja posto em liberdade, se *por al* não estiver preso.

b) crimes hediondos e a eles equiparados (Lei n.8.072/90):

Nesta linha, quanto aos crimes hediondos, a Lei n.11.464/07 alterou a Lei n.8.072/90, retirando a vedação da concessão de liberdade provisória para os crimes nela previstos (art. 2º). Com efeito, talvez a discussão se encerrasse. Entrementes, interessante visualizar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal que ainda assim persiste na vedação.

Entendeu a Primeira Turma do STF, desde o ano de 2000 até o momento, salvo raras exceções, ser inviável a concessão da liberdade provisória nos crimes hediondos, em virtude da vedação encontrada no art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal.

Como se vê em julgado de primeiro de junho de 2007, a Primeira Turma¹¹⁸ decidiu que

Não há sentido lógico permitir que o réu, preso preventivamente durante toda a instrução criminal, possa aguardar o julgamento da apelação em liberdade. Valendo acrescentar que, de regra, não é permitida a liberdade provisória em se tratando de crime hediondo. Precedentes: HC 68.807, Relator o Ministro Moreira Alves; HC 86.627-AgR, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence; HC 87.621, de minha relatoria; e HC 82.770, Relator o Ministro Gilmar Mendes. *Habeas corpus* indeferido.

Porém, em exceção, em sete de dezembro de 2007 a Primeira Turma acabou por revogar prisão cautelar, e aí em franca contradição aos julgados anteriores, em situação que envolvia prisão decorrente de pronúncia. Ao conceder liberdade a Segunda Turma decidiu que

A decretação de prisão cautelar por ocasião da pronúncia não dispensa a presença de fundamentos objetivos, esbarrando na jurisprudência da Suprema Corte menção genérica aos requisitos da prisão cautelar, não prevalecendo para tanto o envolvimento do réu em outras ocorrências policiais. 3. Habeas corpus concedido.¹¹⁹

Entretanto, vingou sempre o posicionamento da vedação da liberdade provisória, tendo a Primeira Turma em doze de setembro de 2008 se manifestado em habeas corpus no sentido de que A proibição da liberdade provisória, nessa hipótese, deriva logicamente do preceito constitucional que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais:

[...] seria ilógico que, vedada pelo art. 5º, XLIII, da Constituição, a liberdade provisória mediante fiança nos crimes hediondos, fosse ela admissível nos casos legais de liberdade provisória sem fiança [...] (HC 83.468, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence). Precedente: HC 93.302, da relatoria da ministra Carmem Lúcia. 3. Ordem denegada.¹²⁰

No mesmo sentido, em franca dissonância com os julgados referentes aos delitos de tráfico de drogas, a Segunda Turma do STF, em consonância com a Primeira Turma, entendia ser inviável, via de regra, a concessão da liberdade provisória nos crimes de tráfico. Porém, o entendimento não é estável, pelo contrário. Em 26 de maio de 2006, a Segunda Turma decidiu, ainda na vigência da redação antiga da lei, que

A vedação à concessão do benefício da liberdade provisória prevista no art. 2º, II, da Lei 8.072/1990 é fundamento suficiente para o impedimento da concessão do benefício ao paciente. A demora na tramitação do processo é justificada pela complexidade do feito, dada a necessidade de expedição de precatórias para

¹¹⁸ HC 89089, Relator: Ministro CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 03 abr. 2007, DJe-028 DIVULG 31 maio 2007. Publicação: 01 jun. 2007. DJ 01-06-2007. PP-00059 EMENT VOL-02278-02. PP-00290.

¹¹⁹ HC 83865. Relator (a): Min. Menezes Direito. Primeira Turma. Julgado em 30 out. 2007, DJe-157. Divulgação: 06 dez. 2007. Publicação: 07 dez. 2007. DJ 07 dez. 2007. PP-00058 EMENT VOL-02302-02. PP-00222.

¹²⁰ HC 92469. Relator (a): Min. Carlos Britto. Primeira Turma. Julgado em 29 abr. 2008. DJe-172 Divulgação 11 set. 2008. Publicação: 12 set. 2008. EMENT VOL-02332-03. PP-00473. RT v. 97, n. 878, 2008, 523-525.

oitiva de testemunhas e a presença de vários réus com procuradores distintos. Ordem denegada.¹²¹

Posteriormente, em nove de maio de 2008 a Segunda Turma concedeu liberdade, dizendo que

A atual jurisprudência desta Corte admite a concessão de liberdade provisória em crimes hediondos ou equiparados, em hipóteses nas quais estejam ausentes os fundamentos previstos no artigo 312 do Código de Processo penal. Precedentes desta Corte. Em razão da supressão, pela lei 11.646/2007, da vedação à concessão de liberdade provisória nas hipóteses de crimes hediondos, é legítima a concessão de liberdade provisória ao paciente, em face da ausência de fundamentação idônea para a sua prisão. A análise do pleito de afastamento da qualificadora surpresa do delito de homicídio consubstanciaria indevida incursão em matéria probatória, o que não é admitido na estreita via do habeas corpus. Ordem parcialmente conhecida e, nesta extensão, concedida.¹²²

Depois disso, voltou no entendimento anterior, quando em 23 de outubro de 2009 manteve a negativa de liberdade em razão da vedação legal:

Segundo precedentes do Supremo Tribunal Federal, a proibição de liberdade provisória nos crimes hediondos e equiparados decorre da própria Constituição (art. 5º, XLIII), sendo, portanto, irrelevante, nesse ponto, a alteração feita pela Lei 11.464/2007 ao art. 2º, II, da Lei 8.072/1990 (HC 97.883, rel. min. Cármen Lúcia, DJe-152 de 14.8.2009; HC 97.820, rel. min. Carlos Britto, DJe-121 de 1º.7.2009). Ordem denegada.¹²³

Percebem-se, portanto, as contradições de decisões que, não obstante o caso concreto, deveriam seguir uma linha padrão de interpretação de acordo com os princípios constitucionais anteriormente já evidenciados.

¹²¹ HC 86814. Relator (a): Min. Joaquim Barbosa. Segunda Turma. Julgado em 29 nov. 2005, DJ 26 maio 2006. PP-00038. EMENT VOL-02234-02. PP-00261. LEXSTF v. 28, n. 333, 2006, 423-429.

¹²² HC 92824. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Segunda Turma, julgado em 18 dez. 2007. DJe-083. Divulgação: 08 maio 2008. Publicação: 09 maio 2008. EMENT VOL-02318-02. PP-00367 JC v. 35, n. 115, 2007/2008, 178-190 LEXSTF v. 30, n. 354, 2008, 458-471.

¹²³ HC 95604. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Segunda Turma. Julgado em 29 set. 2009. DJe-200 Divulgação: 22- out. 2009. Publicação: 23 out. 2009. EMENT VOL-02379-05 PP-00941 LEXSTF v. 31, n. 371, 2009, 352-356.

c) crimes de porte e posse ilegal de arma de fogo (Lei n.10.826/03):

No que se refere ao Estatuto do Desarmamento, o STF por meio das duas Turmas, desde o ano de 2003 até o ano de 2007, em razão da vedação disposta no art. 21, do referido Diploma Legal, entendia ser descabida a liberdade provisória nos delitos de posse e porte ilegal de arma de fogo.

Todavia, em virtude da ADI 3112, ambas as Turmas adotaram o novo posicionamento, afirmando inconstitucional a vedação, neste caso confirmando que a Constituição Federal não autoriza a *prisão ex lege*, face aos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade competente.

Como segue, a ADI 3112¹²⁴, julgada em dois de maio de 2007:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 10.826/2003. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL AFASTADA. INVASÃO DA COMPETÊNCIA RESIDUAL DOS ESTADOS. INOCORRÊNCIA. DIREITO DE PROPRIEDADE. INTROMISSÃO DO ESTADO NA ESFERA PRIVADA DESCARACTERIZADA. PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE PÚBLICO RECONHECIDA. OBRIGAÇÃO DE RENOVAÇÃO PERIÓDICA DO REGISTRO DAS ARMAS DE FOGO. DIREITO DE PROPRIEDADE, ATO JURÍDICO PERFEITO E DIREITO ADQUIRIDO ALEGADAMENTE VIOLADOS. ASSERTIVA IMPROCEDENTE. LESÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AFRONTA TAMBÉM AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. ARGUMENTOS NÃO ACOLHIDOS. FIXAÇÃO DE IDADE MÍNIMA PARA A AQUISIÇÃO DE ARMA DE FOGO. POSSIBILIDADE. REALIZAÇÃO DE REFERENDO. INCOMPETÊNCIA DO CONGRESSO NACIONAL. PREJUDICIALIDADE. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE QUANTO À PROIBIÇÃO DO ESTABELECIMENTO DE FIANÇA E LIBERDADE PROVISÓRIA. I - Dispositivos impugnados que constituem mera reprodução de normas constantes da Lei 9.437/1997, de iniciativa do Executivo, revogada pela Lei 10.826/2003, ou são consentâneos com o que nela se dispunha, ou, ainda, consubstanciam preceitos que guardam afinidade

¹²⁴ ADI 3112, Relator (a): Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. Julgado em 02 maio 2007, DJe – 131. Divulgação: 25 out. 2007. Publicação: 26 out. 2007. DJ 26-10-2007. PP-00028. EMENT. VOL-02295-03. PP-00386. RTJ VOL-00206-02. PP-00538.

lógica, em uma relação de pertinência, com a Lei 9.437/1997 ou com o PL 1.073/1999, ambos encaminhados ao Congresso Nacional pela Presidência da República, razão pela qual não se caracteriza a alegada inconstitucionalidade formal. II - Invasão de competência residual dos Estados para legislar sobre segurança pública incorrente, pois cabe à União legislar sobre matérias de predominante interesse geral. III - O direito do proprietário à percepção de justa e adequada indenização, reconhecida no diploma legal impugnado, afasta a alegada violação ao art. 5º, XXII, da Constituição Federal, bem como ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido. IV - A proibição de estabelecimento de fiança para os delitos de "porte ilegal de arma de fogo de uso permitido" e de "disparo de arma de fogo", mostra-se desarrazoada, porquanto são crimes de mera conduta, que não se equiparam aos crimes que acarretam lesão ou ameaça de lesão à vida ou à propriedade. V - Insusceptibilidade de liberdade provisória quanto aos delitos elencados nos arts. 16, 17 e 18. Inconstitucionalidade reconhecida, visto que o texto magno não autoriza a prisão ex lege, em face dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente. VI - Identificação das armas e munições, de modo a permitir o rastreamento dos respectivos fabricantes e adquirentes, medida que não se mostra irrazoável. VII - A idade mínima para aquisição de arma de fogo pode ser estabelecida por meio de lei ordinária, como se tem admitido em outras hipóteses. VIII - Prejudicado o exame da inconstitucionalidade formal e material do art. 35, tendo em conta a realização de referendo. IX - Ação julgada procedente, em parte, para declarar a inconstitucionalidade dos parágrafos únicos dos artigos 14 e 15 e do artigo 21 da Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003.

Neste ponto, antes mesmo da ADI, sobre o tema na época da existência da vedação da liberdade provisória, evocando o princípio da proporcionalidade acima já tratado, Silva¹²⁵ já ressaltava:

Num ordenamento jurídico onde a liberdade é a regra, tais dispositivos encontram-se em total afronta à garantias constitucionais da presunção de inocência previstas nos incisos LIV e LVII da nossa Carta maior, onde a prisão cautelar faz-se necessária, tão somente, em casos excepcionais, como aqueles previstos no parágrafo único do art.310 do Código de Processo Penal, além de se verificar que as penas máximas destes crimes variam entre 4,6 e 8 anos, o que nos leva a concluir que na hipótese de uma eventual condenação, não havendo reincidência, o regime inicial mais grave a ser aplicado seria o semi-aberto nas hipóteses dos artigos 16,17 e 18, enquanto que na dos artigos 14 e 15 seria regime aberto, por força do §2º do artigo 33 do Código

¹²⁵ SILVA, Luciano Filizola. Desarmamento: Mas a que Preço? **IBCCRIM**. Boletim n.138, ano 12. maio 2004, p.3.

Penal. Assim, seria irracional privar totalmente de liberdade um indivíduo que responde a um processo criminal, quando sabe-se que numa eventual condenação sua liberdade seria apenas limitada pela pena.

De uma forma ou de outra, como se viu, o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.3.112-1 (DOU de 10-5-2—7), declarou a inconstitucionalidade destes dispositivos.

Com efeito, pode-se perceber que não obstante para os delitos de Tráfico a Segunda Turma do STF tenha pacificado o entendimento da possibilidade de liberdade provisória, para os crimes hediondos e a ele equiparados, ambas as Turmas insistem na vedação, ainda que neguem princípios constitucionais repisados na declaração de inconstitucionalidade da vedação prevista no Estatuto do Desarmamento.

O que importa é que com base nos fundamentos garantistas e no sistema acusatório, o tratamento dado à prisão cautelar e à liberdade provisória em sede de Crimes Hediondos, Tráfico de Drogas e Estatuto do Desarmamento, atualmente, vem recebendo o devido filtro constitucional.

CAPÍTULO 3

O NOVO REGIME DA PRISÃO CAUTELAR A PARTIR DA LEI N.12.403/11

3.1 O Processo Legislativo da Lei n.12.403/11

Entende-se por processo legislativo, conforme o art. 59, da Constituição Federal, os atos praticados pelo Poder Legislativo, cujo objeto é a formação de emendas à Constituição, leis, complementares e ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, resoluções e decretos legislativos, *in verbis*:

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções. Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

Para Silva¹²⁶

As medidas provisórias não constavam da enumeração do art. 59, como objeto do processo legislativo, e não tinham mesmo que constar, porque sua formação não se dá por processo legislativo. São simplesmente editadas pelo Presidente da República. A redação final da Constituição não trazia nessa enumeração. Um gênio qualquer, de mau gosto, ignorante, e abusado, introduziu-as, indevidamente, entre a aprovação do texto final (portanto depois do dia 22.9.88) e a promulgação-publicação da Constituição no dia 5.10.88.

A questão supra, muito bem apontada, demonstra que o processo legislativo está submetido às contingências e vicissitudes do procedimento legislativo, ou seja, ao modo como os seus atos se realizam. O andamento, a tramitação dos projetos nas Casas Legislativas é que acabam por dar o toque final e essencial ao ato final das leis e emendas constitucionais.

¹²⁶ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2007, p.524-5.

A afirmação, aliás, bem demonstra como é o trato que o legislador algumas vezes dá ao seu mister. De uma forma ou de outra, como já lembrado antes, quando referiu-se às tendências do processo penal constitucional (capítulo 1, título 1.2) toda legislação de um país reflete seu tempo e espaço que, em searas penais, ficam mais nítidas. Em tempos de comunicação de massa e show de atos bárbaros em programas midiáticos sem compromissos éticos, a população é levada a crer que o fenômeno da violência somente se combate com o recrudescimento das leis penais. O legislador vem no embalo, lançando mão de “pílulas” milagrosas que em tese resolveriam a situação e trariam a paz social almejada. Assim é que se criou a já abordada **hedionda lei dos crimes hediondos** n.8.072, de vinte e cinco de julho de 1990, que resultou no encarceramento precoce de milhares de pessoas, sob o respaldo da segurança pública e que, como se viu, não resultou em diminuição da violência, mormente dos delitos nela previstos.

Estes fatos não foram afastados no que se refere ao processo legislativo da Lei n.12.403/11. Foi a lei produto do PL 4.208, posto em 2001 pela Comissão de Juristas presidida pela Professora Ada Pellegrini Grinover e integrada por Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rogerio Lauria Tucci, Petrônio Calmon filho, Sidney Beneti e mais tarde por Rui Stoco.

Desde então, o referido PL 4.208/01 foi bastante rearranjado e para Coutinho¹²⁷, numa visão crítica, inserido em meio de vários projetos de reforma parcial não fugiu daquilo a que se prestou, ou seja, oferecer nada do mesmo. Coutinho, é bom ressaltar, como já ficou claro nas páginas anteriores, não concorda com reformas parciais do Código de Processo Penal, apontando como único caminho para um real sistema acusatório a sua reforma geral, ou seja, um novo código. Para Coutinho¹²⁸

¹²⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Lei n.12.403/2011: Mais Uma Tentativa de Salvar o Sistema Inquisitório Brasileiro. Boletim do IBCCRIM ano 19, n.223, Junho/2011, ISSN 1676-3661, p.4.

não se tem muita dúvida de que as reformas parciais sempre se mostraram como desastrosas: ao invés de melhorarem o sistema processual penal, cada vez mais o desestruturaram, desgastando aquilo que possibilita o conjunto e a extensão dos efeitos dos atos, ou seja, o nível de força com que cada ato chega aos demais e, assim, o necessário controle, fonte primeira da imprescindível mínima segurança.

Neste mesmo caminho é apontada a reforma de 2008, que trouxe as Leis n.11.689 e 11.690, de 9 de junho de 2008 e a Lei n.11.719, de 20 de junho de 2008, que trataram especialmente dos ritos e atos processuais relacionados a sentença, bem como trouxeram paradigmática possibilidade de absolvição sumária. Nessa mesma época, apesar das mencionadas leis alterarem cerca de cem artigos do Código de Processo Penal, foi criada comissão de juristas para elaboração de um novo CPP, formada por Hamilton Carvalhido, Eugênio Pacelli, Antônio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Fabiano Augusto Martins Silveira, Feliz Valois Coelho Junior, Jacinto Nelson Miranda Coutinho, Sandor Torres Avelar e Tito Souza do Amaral. Esta comissão acabou por apresentar o anteprojeto ao Senado, que o transformou no Projeto de Lei do Senado, PSL n.156, de 2009. Conforme Lopes¹²⁹

Após a apresentação do PLS 156, todos se debruçaram sobre esse texto e as modificações foram sendo feitas no Senado, especialmente em dezembro de 2010, quando foram apresentadas 214 emendas, sendo 65 aprovadas integralmente e outras 32 parcialmente aproveitadas como subemendas do relator.

Com efeito, as atenções estavam voltadas para o PLS 156. Ocorre que para surpresa geral, inclusive dos membros da comissão, ressurgiu o PL 4.208/01, que seguiu seu procedimento legislativo com discricção, resultando então na Lei n.12.403/11. Assim, não obstante, a expectativa na PLS 156 como reforma global necessária, ficou-se, mais uma vez, diante de nova e pontual reforma. E com esta nova lei, o Código de Processo Penal, de 1941, recebeu outra alteração, emblemática, que pode se chamar de nova reforma parcial, pois atingiu profundamente o regime jurídico das Medidas Cautelares Pessoais.

¹²⁸ Id.

¹²⁹ LOPES Jr, Aury. A Inserção do Contraditório no Regime Jurídico das medidas Cautelares

Não se adentra aqui em especulações dos motivos para esta nova lei, passando por cima do PLS 156/09, mas pode-se dizer que se pretendeu com ela amenizar a situação do sistema carcerário que, ao que consta, na última década, dobrou de número de detentos, passando da ordem dos duzentos e cinquenta mil para cerca de meio milhão, levando a real falência do sistema, superlotado e violador de direitos fundamentais.

Assim, Coutinho¹³⁰ alerta que o PLS 156/09 é uma conquista democrática da cidadania e que dele não se pode abrir mão de maneira alguma. E mais, para ele o que se pretendeu com a Lei n.12.403/11 tende a não vingar, haja vista a falta de cultura democrática no processo penal.

Disso tudo, ainda que submetido às razoáveis críticas acima expostas, segue-se o entendimento editorial do Boletim do IBCCRIM¹³¹, segundo o qual

Esta lei não é uma resposta mágica fornecida em um momento de grande comoção nacional. Trata-se do resultado de um amplo processo de discussão que durou dez anos e ofereceu soluções concretas a problemas sérios do sistema penal do País. O projeto que deu origem à nova lei foi elaborado por uma comissão de juristas e enviado ao Congresso em 2001, fez parte dos dois pactos republicanos entre os três poderes para reforma do judiciário e, finalmente, foi aprovado este ano.

Portanto, como se verá adiante, na sua análise, mais uma vez respeitadas as opiniões diversas, a Lei n.12.403, de quatro de maio de 2011, como intitulado no editorial acima mencionado, é sim *um oásis no deserto punitivo*.

3.2 Os Pressupostos da Ordem Pública, Ordem Econômica, Instrução Criminal e Aplicação da Lei Penal

Como lembra Wedy¹³²

Pessoais. **IBCCRIM**. Boletim n.223. Jun. 2011, p.5.

¹³⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, op. cit., p.4.

¹³¹ Editorial. **IBCCRIM**. Boletim n.223, Jun. 2011, p.1.

¹³² WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria Geral da Prisão Cautelar e Estigmatização**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p.151.

Na visão garantista, o imputado deve comparecer livre perante o juiz, não só em virtude da dignidade humana do sujeito que se presume inocente, mas, sobretudo, por necessidades processuais. Só dessa forma o imputado ficará em pé de igualdade com a acusação, para que possa organizar sua defesa, para que o acusador não possa construir teses falaciosas por intermédio da manipulação de provas.

De acordo com o novo regime das prisões provisórias trazido pela Lei n.12.403/11, os pressupostos da prisão cautelar, na espécie a preventiva¹³³, permaneceram os mesmos. Quer dizer, a redação do art. 312 do CPP continua exatamente como era, adicionando-se apenas um parágrafo único que trata de decretação da prisão preventiva em caso de descumprimento de condição imposta por força agora de outras medidas cautelares.

Pois bem, a redação do *caput* é a seguinte:

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

Com efeito, os pressupostos por óbvio também continuam sendo a ordem pública, a ordem econômica, instrução criminal e aplicação da lei penal. E são esses os pressupostos que se passam a analisar, inclusive considerando-se os princípios que regem a matéria acima especificada no capítulo 2, título 2.2 e, ainda, o *periculum libertatis*.

Antes, entretanto, é bom salientar que, independentemente do fundamento usado, necessária é a existência de elementos razoáveis de prova do alegado *periculum libertatis*, ou seja, a simples nomeação e ilações feitas sobre os pressupostos não

¹³³ Como se observou no segundo capítulo, item 2.2, o objeto desta pesquisa diz respeito à prisão preventiva em conversão à prisão em flagrante e a prisão preventiva pura e simples prevista no art.312 do CP. Quanto às demais previsões, tanto de prisão preventiva (pronúncia e sentença condenatória) bem como prisão temporária, não são objeto deste trabalho.

são suficientes para a ordem prisional. Os suportes devem ser fáticos e as provas suficientes a respeito do perigo gerado pela liberdade do imputado.

Ademais, como se verificará no item seguinte, na análise pontual da Lei n.12.403/11, é necessário ainda que as hipóteses do art. 313, do CPP estejam presentes.

Dito isto, vejam-se então os pressupostos do art. 312, do CPP, com redação repetida na nova lei, pontualmente.

a) Garantia da ordem pública e da ordem econômica:

Para Tourinho¹³⁴, ordem pública é *a paz, a tranquilidade no meio social*. Ou seja, é manter a ordem da sociedade, que restou abalada pelo prático do delito.

Quanto à ordem econômica, pela ensinância de Nucci¹³⁵,

Trata-se de uma espécie do gênero anterior, que é a garantia da ordem pública. Nesse caso, visa-se, com a decretação da prisão preventiva, impedir que o agente, causador de seríssimo abalo à situação econômico-financeira de uma instituição financeira ou mesmo de órgão do Estado, permaneça em liberdade, demonstrando à sociedade a impunidade reinante nessa área.

Porém, é preciso de plano salientar que a prisão cautelar visa única e tão somente garantir o funcionamento regular do processo. Essa é sua finalidade, qualquer objetivo fora desta perspectiva gera questionável constitucionalidade.

Nesse sentido, as prisões preventivas para garantia da ordem pública ou da ordem econômica não são cautelares. Nos dizeres de Lopes¹³⁶

Trata-se de grave degeneração transformar uma medida processual em atividade tipicamente de polícia, utilizando-as

¹³⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, V. 3. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 556-9.

¹³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.611.

¹³⁶ LOPES Jr, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. V. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011, p.115.

indevidamente como medidas de segurança pública. A prisão preventiva para garantia da ordem pública ou econômica nada tem a ver com os fins puramente cautelares e processuais que marcam e legitimam esses provimentos.

Além do mais, para Lopes¹³⁷, quanto à ordem pública há ainda o grave problema de sua conceituação, que é vaga, imprecisa, indeterminada e despida de qualquer referencial semântico. E sobre a prisão para garantia da ordem econômica, denuncia ser ela vergonhosa, posto que prevista em um país pobre, tutelando capital especulativo.¹³⁸

De uma forma ou de outra, no que condiz à ordem pública, em contraponto preleciona Oliveira¹³⁹:

Com efeito, haverá, como já houve, situações em que a gravidade do crime praticado, revelada não só pela pena abstratamente cominada ao tipo, mas também pelos meios de execução, quando presentes a barbárie e o desprezo pelo valor ou bem jurídico atingido, reclame uma providência imediata do Poder Público, sob pena de se pôr em risco até mesmo a legitimidade do exercício da jurisdição penal.

No mais, mesmo para os rigorosos críticos deste fundamento, como é o caso de Lopes¹⁴⁰ *“não se desconhece que – em situações (efetivamente) excepcionais – a prisão cautelar sob o argumento do ‘risco de reiteração’ é admitida no direito comparado.”*

De seu lado, mesmo Moraes¹⁴¹ não propõe a exclusão do conceito da ordem pública. Sugere antes o estabelecimento de três requisitos cumulativos como uma proposta inicial de debate para efeito de exame crítico do conceito, quais sejam, a pena prevista para o crime imputado; as circunstâncias e a forma demonstradas de cometimento do suposto crime; e, uma relação temporal entre o conhecimento da autoria e o instante de determinação da prisão.

¹³⁷ Id.

¹³⁸ Ibid., p.119.

¹³⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.528.

¹⁴⁰ LOPES Jr., Aury. **op. cit.**, p.122.

A pena prevista liga-se com a idéia de proporcionalidade, ou seja, não seria proporcional a prisão provisória do imputado, cuja pena prevista no respectivo crime não implica em privação de liberdade. As circunstâncias e forma demonstradas do cometimento do suposto crime ligam-se ao fato de que o modo como o crime é cometido traz maior conotação aos fatos do que o crime em si. E a relação de tempo entre o conhecimento da autoria e do ato imputado, e ainda, a decretação da prisão cautelar significam que quanto maior o tempo decorrido desde aquele marco tanto menor será a necessidade de se efetuar a prisão provisória, salvo se descobertos fatos novos.

Portanto, ainda que passível de radicais críticas de cunho constitucional, é possível se pensar em prisão cautelar por garantia da ordem pública, desde que nos estritos pressupostos e limites constitucionais e legais.

b) Conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal:

Conforme Tourinho¹⁴², a prisão preventiva pode também ser decretada

Se for conveniente para a instrução criminal, ou seja, a fase procedimental em que o Juiz procura, com a colheita das provas, reconstruir o fato ocorrido para poder melhor discernir e julgar. Se, entretanto, o réu lhe cria obstáculos, ameaçando testemunhas, fazendo propostas a peritos, tentando convencer o Oficial de Justiça a *não encontrar as pessoas que devam prestar esclarecimentos em juízo* etc., seu encarceramento torna-se necessário por conveniência da instrução.

Já sobre a prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal, Tourinho¹⁴³ consigna:

Evidente se o indiciado ou réu está se desfazendo dos seus bens de raiz injustificadamente, se “lhe é indiferente a vida errante dos

¹⁴¹ MORAES, Maurício Zanoide. Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.389-98.

¹⁴² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, v. 3. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 560.

¹⁴³ Ibid., p. 560-1.

perseguidos pelos órgãos da repressão penal”, a medida cautelar se impõe, a fim de que se evite o *periculum libertatis*, assegurando-se, pois, a aplicação da lei penal. Mas é bom repetir, é preciso que uma das circunstâncias a que se refere o art. 312, do CPP aflore nas provas colhidas, uma vez que o Juiz ao decretar a medida extrema, deverá fundamentar sua decisão e, por tanto, deverá fazer referência a fatos devidamente apurados. Há notícia de que o réu está perturbando a instrução? Mera presunção, não, mesmo porque acima e muito acima da presunção do Juiz e da lei está a presunção de inocência esculpida no Pacto Fundamental. Se a Magna Carta presume a inocência daquele ainda não condenado, não pode o Juiz presumir que ele vá perturbar a ordem pública, que vá escapar à ação da Justiça. Nenhuma presunção supera aquela. Nesse caso, impende haja prova mais ou menos sensata no sentido de que o réu está prejudicando a instrução ou querendo, na expectativa de uma condenação, dela safar-se.

Como se vê, ao contrário da garantia da ordem pública e da ordem econômica, a tutela da instrução criminal e da aplicação da lei penal são efetivamente cautelares, pois objetivam garantir o regular e eficaz trâmite do processo penal.

O nó górdio desses pressupostos é saber quando são eles realmente necessários.

Segundo Wedy¹⁴⁴

A concepção liberal clássica dispunha que a prisão provisória estava calçada no princípio da necessidade, como um mal inarredável ante a necessidade de ocasião. Ou seja, dispunha que a prisão provisória era um mal que só deveria existir quando, sem ela, houvesse mal maior.

Ora, na película de André Heller e Othomar Schmiderer – *Eu fui a Secretária de Hitler*, a própria tenta justificar sua “cegueira no trabalho” por “um bem maior”. É, nos dizeres de Byrne¹⁴⁵, *a afirmação de que para se chegar a um omelete é preciso quebrar alguns ovos.*

¹⁴⁴ WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria Geral da Prisão Cautelar e Estigmatização**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p.152.

¹⁴⁵ BYRNE, David. **Diários de Bicicleta**. Tradução de Otávio Albuquerque, Anna Lim e Fabiana de Carvalho. Barueri/SP: Manole, 2010.

Pois bem, costuma-se tentar justificar a prisão cautelar afirmando-se que é um mal menor para evitar um mal maior, ou seja, que os fins justificam os meios. Assim é que se verificam prisões desmotivadas, v.g. a partir da ausência do réu em interrogatório, esquecendo-se o juiz, que esse é primeiramente, um ato de defesa e que o réu tem a faculdade de não comparecer.

Porém, certo é que antes de recorrer à prisão preventiva por conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei pena é necessário, e isso pelo princípio da Excepcionalidade mencionado no item 2.2 supra, seja avaliada a possibilidade de medidas alternativas anteriores.

Neste ponto, é importante lembrar que para Ferrajoli¹⁴⁶ a prisão cautelar muitas vezes poderia ser evitada, conduzindo-se coercitivamente o imputado, por horas ou dias, para coleta da prova que eventualmente estivesse ameaçada. No ordenamento pátrio, o Código de Processo Penal já prevê esta condução, em seu art. 260, para os casos do acusado não atender à intimação para algum ato cuja sua presença é fundamental. Isso tudo é claro, sempre respeitando, como se viu no capítulo 1, título 1.2, supra, a garantia constitucional de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo (art. 5º, LXIII da CF).

No que se refere ao perigo de fuga, é importante observar que além o imputado já sofrer as consequências disso, numa espécie de abandono de suas origens e seu meio social, haveria outras medidas que obstaculizam a intenção. Neste ponto, adiante serão analisadas as medidas cautelares alternativas à prisão preventiva, bem como a crítica ao agora previsto monitoramento eletrônico.

Para Lopes¹⁴⁷ *“em suma, no que se refere à tutela da prova, existem outras formas e instrumentos que permitam sua coleta segura com um custo (social e para o imputado) infinitamente menor que o de uma prisão cautelar.”*

¹⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. ***Derecho y razon, teoria del garantismo penal***. Madri: Trota, 1995, p.557.

¹⁴⁷ LOPES Jr, Aury. ***Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional***. Vol.II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.126.

3.3 A Lei n.12.403/11 – Análise Pontual dos Dispositivos e Aplicação

Uma vez visto o processo legislativo que resultou na Lei n.12.403/11, com as razoáveis críticas sobre o seu trâmite e a falta de uma reforma ampla e geral do Processo Penal que vise a adaptação constitucional do modelo acusatório, bem como os pressupostos da prisão preventiva, tudo sob aos prévios capítulos a respeito da jurisdição garantista, processo constitucional, presunção de inocência, sistema inquisitório e acusatório e construção jurisprudência do STF, tendo em conta o processo legislativo respectivo e os pressupostos da prisão cautelar, cumpre analisar pontualmente a reforma.

O marco fundamental da lei é adequar, ainda que passível de falhas, o código de processo penal aos comandos constitucionais garantistas, de viés acusatório. Desde o início fica claro que a prisão cautelar será a última e derradeira medida a ser tomada, quando todas as demais não foram suficientes. Finalmente assim vê-se o ordenamento infraconstitucional se curvando ao princípio constitucional do estado de inocência, impondo limitações ao poder do Estado. Ou seja, a lei é uma conquista histórica cidadã. As prisões cautelares, que amarrotam o sistema penitenciário brasileiro, não podem ser regra, não podem antecipar a pena e não servem para satisfazer vingança, devendo de uma vez por todas se adequar às garantias de índole constitucional.

Mas independentemente da linha política adotada pelo legislador e do contexto de tempo e espaço que gestou a nova lei, é preciso dominá-la de acordo com seu conteúdo garantista, ou seja, assimilar o novo ordenamento processual a luz da Constituição, de forma que não nos percamos em elucubrações pouco teóricas.

Assim, sem pretensão de exaurir a matéria, pois a natureza desta pesquisa assim não permite, algumas anotações pontuais sobre a novel lei e seus artigos podem ser feitas. Restringem-se muitas delas mais a dúvidas e questões que podem ocorrer a partir da aplicação do ordenamento. A maioria, porém, resume-se em breves e práticas observações, várias apenas repetindo o dispositivo, fruto dos estudos que antecederam este título e capítulo e da experiência na justiça

criminal ao longo dos anos¹⁴⁸. Consideram-se ainda algumas obras recém lançadas sobre o tema, dentre elas a doutrina de Barros¹⁴⁹, Nucci¹⁵⁰ e Lopes¹⁵¹.

Em princípio, assim, a atenção especial é direcionada para as seguintes alterações:

1. A prisão cautelar é a última alternativa, devendo antes se avaliar a adequação e suficiência de medida cautelar distinta;
2. A prisão em flagrante, uma vez homologada, implica que o juiz avalie, independentemente de vista ao Ministério Público, a sua conversão em prisão preventiva, antes passando pela possibilidade de liberdade provisória, que pode ser condicionada à medida cautelar alternativa;
3. A prisão em flagrante deverá, juntamente com a comunicação ao Juízo, ser imediatamente comunicada ao Ministério Público;
4. Os mandados de prisão decorrentes de prisão preventiva e temporária deverão ser registrados no CNJ e no seu cumprimento a autoridade policial deverá comunicar os direitos do preso, dentre eles o de permanecer calado, o de ter assistência da família e de advogado, sendo que caso não tenha condições de constituir um deverá ser comunicada a defensoria pública;
5. A fiança pela autoridade policial passou a incluir delitos cuja pena privativa de liberdade não seja superior a quatro (quatro) anos e no Juízo não há mais limitação, apenas restrição a determinados crimes (tortura, hediondos, etc.), sendo que, porém, passou a ser medida cautelar alternativa à prisão.

Isso exposto, passa-se à análise pontual.

¹⁴⁸ Este pesquisador é juiz de direito titular da Segunda Vara Criminal da Comarca de Joinville, Santa Catarina, desde 2002.

¹⁴⁹ BARROS, Flaviane de Magalhães et all, **Prisão e Medidas Cautelares. Nova Reforma do Processo Penal - Lei N. 12.403/2011**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

¹⁵⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade - As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de quatro de maio de 2011**. São Paulo: RT, 2011.

¹⁵¹ LOPES Jr, Aury. **Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

A Lei n.12.403, de quatro de maio de 2011, em vigor a partir de quatro de julho de 2011, alterou dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências, como segue:

TÍTULO IX DA PRISÃO, DAS MEDIDAS CAUTELARES E DA LIBERDADE PROVISÓRIA"

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

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

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

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

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

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)." (NR)

Como se percebe, o art. 282 faz uma introdução às medidas cautelares e à liberdade provisória, trazendo as diretrizes gerais de aplicação. Os dispositivos são em boa parte repetidos ao se tratar da prisão cautelar em específico e às demais medidas cautelares.

Enquanto o inciso I repete as hipóteses previstas para prisão cautelar, como necessidade de aplicação da lei penal, investigação ou instrução criminal e evitar

práticas de novas infrações, sendo a medida cautelar uma exceção e uma restrição ao *status libertatis*, o inciso II reafirma a razoabilidade/proporcionalidade como fator de ponderação na medida cautelar a ser tomada, tendo especialmente em conta a sua necessidade ou exigibilidade.

Barroso¹⁵² ao tratar da razoabilidade/proporcionalidade esclarece que

Além da adequação entre o meio empregado e o fim perseguido - isto é, a idoneidade da medida para produzir o resultado visado -, a ideia de razoabilidade compõe-se ainda de mais dois elementos. De um lado, a necessidade ou exigibilidade da medida, que impõe verificar a inexistência de meio menos gravoso para a consecução dos fins visados. Sendo possível conter certo dano ambiental por meio da instalação de um filtro próprio numa fábrica, será ilegítimo, por irrazoável, interditar o estabelecimento e paralisar a produção, esvaziando a liberdade econômica do agente. Nesse caso, a razoabilidade se expressa através do princípio de vedação do excesso.

Quanto a evitar práticas de novas infrações, faz-se necessário cuidado e ponderação, pois, pode-se incidir em condenação antecipada para sua justificativa. Independentemente, é válido lembrar, mesmo para quem subliminarmente defende a prisão cautelar como meio pedagógico que, dentre várias outras funções, conforme Zaffaroni e Batista¹⁵³, assim oficialmente declaradas para a pena criminal, das quais são citadas: a) prevenção geral negativa; b) prevenção geral positiva; c) prevenção especial positiva; d) prevenção especial negativa. Zaffaroni ainda inclui como função a prevenção da violência, que não será abordada, pois, fato notório, não é atualmente adotada pelo estado oficialmente.

Ocorre que, conforme já anotado inicialmente nesta pesquisa, a criminologia, seja a partir da virada sociológica, seja a crítica¹⁵⁴ já há tempos têm apontado, a função oficial da pena, seja geral ou especial, positiva ou negativa, não serve para

¹⁵² BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 260.

¹⁵³ ZAFFARONI, E. Raúl et all. **Direito Penal Brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 2ª edição.

¹⁵⁴ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos, Rio de Janeiro: Revan, 2002.

o que oficialmente se propõe - prevenção.¹⁵⁵ A violência, especialmente a urbana, é um fenômeno muito mais complexo, que passa pela anomia, desorganização social, ideologia da felicidade de consumo, subculturas delitivas, desnível social, simbolismos, estigmatizações etc. Isto sem falar nas cifras negras.

Os §§1º e 2º são auto explicativos, ressaltando-se análise adiante sobre a medida cautelar alternativa de ofício, por ocasião da liberdade provisória. Por ora, lembra-se que, com base nos arts. 282, §6º e art.321, se cabe ao Juiz inclusive converter a prisão em flagrante em preventiva, muito mais cabe fixar cautelar alternativa quando da liberdade provisória. Isso, aliás, evitará que a prisão em flagrante permaneça indefinidamente sem fundamentação judicial, pois evita vista à acusação e prazos para tanto. O que se observa do §2º é que ele se aplica à fase investigatória em que não exista prisão em flagrante, não podendo assim o juiz agir de ofício, pois se não lhe cabe investigar, muito menos lhe cabe fixar medidas restritivas de direitos sem prévia representação ou requerimento dos Órgãos próprios.

A inovação fica por conta do §3º. Por ele o juiz deverá sempre avaliar a possibilidade de intimação da parte contrária antes de decidir sobre a medida cautelar. É sem dúvida um instituto aplicado no processo civil. Neste caso, primeiramente, deve-se ter em conta as radicais distinções entre o processo civil e o processo penal, este obrigatório a constitucionalmente entendido como sistema de garantias do sujeito em face do poder punitivo do estado.

Lembra-se, como registrado no primeiro capítulo, que para Ferrajoli¹⁵⁶ garantismo designa um modelo normativo de direito e, no Direito penal, um modelo da estrita legalidade, próprio do estado de direito, que epistemologicamente caracteriza um sistema cognitivo ou de poder mínimo, no plano político uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e no plano jurídico um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos.

¹⁵⁵ SANTOS, Juarez Cirinos dos. **Direito Penal Parte Geral**. Curitiba: Lumen Juris, 2008, 483-5.

Independentemente, a inovação é razoável e zela pelo devido processo legal, do qual sucedem a ampla defesa e o contraditório.

A dúvida fica por conta da decretação de prisão preventiva se for entendido esta também como medida cautelar, que como se viu efetivamente o é. Neste caso, conforme for o motivo da ordem prisional há que se ponderar sobre a necessidade de intimação prévia do réu/indiciado. Isso porque se a hipótese é de garantia de ordem pública/econômica, cujas críticas já foram exaradas no título acima, e não de conveniência da instrução criminal ou segurança da aplicação da lei penal, não haveria em princípio motivos para não intimar previamente o acusado/investigado. De uma forma ou de outra, o juiz deverá sempre esclarecer na decisão porque a está tomando *inaudita altera pars*, nada impedindo que, assim que cumprida a medida, o acusado e seu defensor tenham audiência com o juiz para efeito de reavaliação da medida.

Os §§4º e 5º reafirmam que as medidas podem ser revogadas, retomadas, substituídas, adicionadas e isso pode ser feito tanto de ofício quanto mediante requerimento, sendo que a prisão é a última hipótese, última *ratio*.

O §6º, fazendo menção ao art.319, novamente reafirma, e daí a conclusão de que a lei pretendeu com isso deixar claro, que a toda decisão de decretação de prisão cautelar deverá preceder a justificativa de que as outras medidas cautelares não são suficientes ou adequadas ao caso.

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

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

¹⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razon, teoria del garantismo penal**. Madri: Trota, 1995, p.851-852.

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

O art. 283 faz a adequação do dispositivo de prisão ao art. 5º, XI e LXI, da CF, quando fala como e quando alguém poderá ser preso. Além disso, deixa claro que nenhuma medida cautelar se aplica à infração a que não há cominação de pena privativa de liberdade.

Art. 289. Quando o acusado estiver no território nacional, fora da jurisdição do juiz processante, será deprecada a sua prisão, devendo constar da precatória o inteiro teor do mandado.

§ 1º Havendo urgência, o juiz poderá requisitar a prisão por qualquer meio de comunicação, do qual deverá constar o motivo da prisão, bem como o valor da fiança se arbitrada.

§ 2º A autoridade a quem se fizer a requisição tomará as precauções necessárias para averiguar a autenticidade da comunicação.

§ 3º O juiz processante deverá providenciar a remoção do preso no prazo máximo de 30 (trinta) dias, contados da efetivação da medida." (NR)

O art. 289 veio disciplinar com maiores detalhes as prisões feitas fora da jurisdição do juiz processante, que em geral deve ser feita via precatória. Ainda assim, deixa claro que a requisição pode ser feita por qualquer meio – leia-se email, telefone, fax, telegrama, etc., sempre com o motivo da prisão e eventual valor de fiança caso fixada desde o início. Nestes casos a autoridade policial deve tomar as precauções necessárias de autenticidade. Por outro lado, a precatória como a doutrina já orientava nem sempre é necessária e a prisão pode ser feita independentemente dela (mandado de prisão enviado via fac-símile, telegrama etc). A regra geral porém é da necessidade da precatória.

O importante neste artigo é que ele estabelece aquilo que sempre deveria ser feito de ofício pelo juiz processante, chamando a sua responsabilidade para providências de remoção do preso para a sua área de competência e jurisdição, com prazo fixado em 30 (trinta) dias. O dispositivo é relevante, uma vez que é comum, atualmente, prisões acontecerem fora da jurisdição e a Justiça não avaliar a remoção, ficando o preso prejudicado em sua defesa.

Art. 289-A. O juiz competente providenciará o imediato registro do mandado de prisão em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça para essa finalidade.

§ 1º Qualquer agente policial poderá efetuar a prisão determinada no mandado de prisão registrado no Conselho Nacional de Justiça, ainda que fora da competência territorial do juiz que o expediu.

§ 2º Qualquer agente policial poderá efetuar a prisão decretada, ainda que sem registro no Conselho Nacional de Justiça, adotando as precauções necessárias para averiguar a autenticidade do mandado e comunicando ao juiz que a decretou, devendo este providenciar, em seguida, o registro do mandado na forma do caput deste artigo.

§ 3º A prisão será imediatamente comunicada ao juiz do local de cumprimento da medida o qual providenciará a certidão extraída do registro do Conselho Nacional de Justiça e informará ao juízo que a decretou.

§ 4º O preso será informado de seus direitos, nos termos do inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, será comunicado à Defensoria Pública.

§ 5º Havendo dúvidas das autoridades locais sobre a legitimidade da pessoa do executor ou sobre a identidade do preso, aplica-se o disposto no § 2º do art. 290 deste Código.

§ 6º O Conselho Nacional de Justiça regulamentará o registro do mandado de prisão a que se refere o caput deste artigo."

O art. 289-A disciplina a expedição dos mandados de prisão. Não se refere aos casos de conversão da prisão em flagrante em preventiva, mas sim em decretação de prisão preventiva ou temporária. A partir de agora é imperativo que todos os mandados de prisão sejam registrados no CNJ. Nestes casos é importante assim colocar no dispositivo da decisão que decretou a prisão que o servidor responsável faça o registro. Espera-se, assim, facilitar a consulta a mandados de prisão expedidos, pois cadastrados em banco de dados nacional, evitando-se solicitação de informações ao Estado de origem do preso, em geral ineficiente e moroso.

Os §§ 1º e 2º, como se viu acima, tratam de exceção à necessidade de expedição de precatória para cumprimento da prisão. Referem-se ao cumprimento com base nos registros do CNJ ou em outros sistemas, sendo que, neste caso, o juiz processante ficará encarregado de fazer a inclusão nos registros daquele Conselho – vide art. 299.

O § 3º é uma garantia adicional para que o Juízo competente que decretou a prisão tomar conhecimento do cumprimento do mandado e, ainda, possa requisitar a imediata remoção com base no art. 289, § 3º, do CPP. O dispositivo atingiu a praxe diária de mandados de prisão sendo cumpridos pelo país sem que o juiz processante fique sabendo a respeito, ficando os presos lançados à sorte de encontrar um defensor que fizesse a comunicação caso não conseguissem contratar advogado.

O §4º trouxe importantíssima ordem, estendendo o que já era previsto na lei para a prisão em flagrante agora também para a prisão preventiva e temporária. Assim, passa a ser obrigatório, sob pena de vício insanável e apuração das responsabilidades, informar ao preso no momento do cumprimento do mandado sobre seus direitos constitucionais (permanecer calado e assistência da família e advogado/defensor público). O adequado é então colocar no mandado de prisão, o dispositivo, em extenso e relevo. Importante também que as autoridades policiais sejam alertadas sobre estas determinações, além de já constar no mandado.

"Art. 299. A captura poderá ser requisitada, à vista de mandado judicial, por qualquer meio de comunicação, tomadas pela autoridade, a quem se fizer a requisição, as precauções necessárias para averiguar a autenticidade desta." (NR). O artigo repete as orientações anteriores e deve ser lido em conjunto com o artigo 289-A, do CPP.

Art. 300. As pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas, nos termos da lei de execução penal.

Parágrafo único. O militar preso em flagrante delito, após a lavratura dos procedimentos legais, será recolhido a quartel da instituição a que pertencer, onde ficará preso à disposição das autoridades competentes." (NR)

O artigo repetiu o que já havia no antigo art. 300 sendo que, porém, agora não há mais a faculdade *sempre que possível*. Ou seja, a partir de agora é imperativo que o preso provisório fique separado do condenado definitivo. Além disso, o artigo repete ainda o art. 84, da LEP. Portanto, mais do que clara a intenção da lei

em fazer vingar a ordem legal. Caberá assim ao juiz processante requisitar, ao presídio onde o preso se encontra, o cumprimento deste artigo na hora da comunicação da prisão, fixando prazo. Caso não cumprido pelo estado, deve-se analisar a possibilidade de medida cautelar outra, pois por mais árduo que pareça, não é razoável que a lei tenha validade para restringir a liberdade do preso mas não para realizar seu direito.

O parágrafo único repete o art. 295, V, do CPP, apenas detalhando que o recolhimento em quartel do militar preso será feito depois da lavratura do flagrante. Com isso evita-se discussão sobre competência e indisposições entre órgãos estatais. Ressalta-se que a aplicação do dispositivo não se restringe à prática de crimes militares ou comuns, bastando que o preso seja militar.

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas." (NR)

O artigo repete em boa parte a antiga redação. A inovação verifica-se na necessidade da autoridade policial comunicar ao Ministério Público também sobre a prisão. Neste aspecto, os setores da polícia e do Ministério Público devem ajustar de que forma isso será feito, se por correspondência eletrônica ou fisicamente.

A questão é que a comunicação deve ser imediata, praticamente em tempo real, assim como já é feito com a Justiça e Defensoria Pública. Outrossim, essa comunicação passou a ser importante porque, conforme a nova sistemática, não é mais necessária vista ao Ministério Público para manifestação sobre liberdade provisória. Ou seja, vista somente quando o juiz entender necessária ou então para manifestação sobre denúncia, arquivamento ou baixa para diligências. Com

a comunicação assim daquele órgão estará ele ciente das prisões e diligenciará autonomamente no seu acompanhamento perante a Justiça.

O §1º trocou a expressão "dentro de 24 (vinte e quatro) horas depois da prisão" por "em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão", bem como retirou a previsão de encaminhamento do auto "acompanhado de todas as oitivas". Com isto apenas se reafirma que a comunicação deve ser imediata, imperativo constitucional, e que o auto, integral e por óbvio com as oitivas, deve ser encaminhado no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas.

De uma forma ou de outra, considerando que a anterior redação do art. 306 não era antiga, pois decorrente da Lei n. 11.449/07, nunca é demais lembrar o que isto significa.

Pois bem, o art. 306 determinou em seu *caput* que "*A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.*" Esta determinação se distancia daquela prevista no §1º do mesmo artigo, na medida em que a última prevê o prazo de 24h para a autoridade encaminhar ao Juiz o auto da prisão.

Em outros termos, a lei estabeleceu duas etapas iniciais para a hipótese da prisão em flagrante. Na primeira **comunica-se** ao Juízo sobre a prisão, imediatamente, enquanto na segunda, no prazo de 24h, **envia-se ao Juízo o AUTO de prisão em flagrante**.

A não observância do dispositivo e a disparidade entre o marco inicial (prisão) e o momento da cientificação do Juízo resta por macular a legalidade da prisão, devendo, por este motivo, ser avaliada e sendo o caso relaxada a prisão. Nos dizeres de Grinover e colaboradores¹⁵⁷

¹⁵⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini et all. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1993, p.229-30.

Todas essas formalidades são sacramentais e constituem elementos essenciais desse ato processual complexo, sendo certo que seu desatendimento deve resultar no reconhecimento de sua invalidade, nos termos do art. 564, IV, do CPP; trata-se ademais de nulidade absoluta, por infringência a garantia constitucional, pois, sem a rigorosa observância desses requisitos legais, o auto em questão não atinge a sua finalidade, que é a de legitimar esse forma excepcional de prisão, não sendo aplicável, nesse particular, o disposto pelo art. 572, II, do CPP.

Na prática, o que já vem acontecendo a partir da redação do artigo pela lei anterior, é que a autoridade policial consegue na maioria das vezes concluir o auto em um par de horas. Então, é comum que no lugar de enviar a comunicação já em tempo perto do real enviar o auto, suprimindo assim as duas exigências, quais sejam, a comunicação imediata e o auto em 24 (vinte quatro) horas.

Finalmente, quanto às dúvidas já suscitadas desde a redação anterior do artigo, no que se refere ao prazo de 10 (dez) dias para conclusão do inquérito policial, caso o indiciado esteja preso, conforme art.10, do CPP, está claro que este prazo não se confunde com o de 24 (vinte e quatro) horas para encaminhamento do auto. O que ocorre é que terá a autoridade policial, depois do encaminhamento do auto, o prazo de 10 (dez) dias a contar da data da prisão para encaminhar as demais peças e elementos (laudos, boletins exames) que não foram realizados ou colhidos por ocasião da autuação.

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

I - relaxar a prisão ilegal; ou

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

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

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

Forte inovação no processo, agora seguindo a ordem constitucional, pois, ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz tem os seguintes caminhos a seguir, todos eles através de decisão fundamentada:

a) Relaxar a prisão:

Caso não esteja o autuado em situação de flagrância ou caso o auto não tenha seguido as condições e formalidades legais (testemunhas, nota de culpa, comunicação ao Ministério Público, à defesa, etc.), cumpre ao juiz relaxar a prisão imediatamente (art. 5º, LXV, da CF). Mas isto não impede que, após o relaxamento da prisão, seja aplicada medida cautelar ou mesmo prisão preventiva, desde que dentro dos requisitos legais.

b) Homologar o auto e converter a prisão em flagrante em preventiva:

Presentes os requisitos legais e homologado o auto, o juiz agora é obrigado, independentemente de vista ao Ministério Público (este Órgão já terá conhecimento da prisão, pois dela será comunicado conforme art. 306, *caput*) a analisar a conversão da prisão em flagrante para preventiva, e isto quando presentes os requisitos do art. 312 (ordem pública, econômica, instrução criminal, aplicação da lei penal aliado à prova da existência do crime e indício suficiente de autoria).

Neste ponto, criou-se celeuma a respeito da possibilidade do juiz converter a prisão em flagrante em preventiva sem vista prévia ao Ministério Público, para que esse Órgão se manifeste sobre a conversão. Há quem defenda que o juiz não pode agir de plano para converter a prisão em flagrante em preventiva, pois isto violaria o modelo acusatório a ser seguido.

Ocorre que não se trata de decretação de prisão preventiva, pois, para tanto, fora dos casos de conversão do flagrante, a regulamentação está no art. 311. No caso do art. 310, II, quando a prisão já aconteceu e o juiz não está diante de decretação de ofício de uma prisão preventiva. Trata-se de uma prisão em

flagrante, pré-cautelar como se viu acima, realizada pela autoridade policial. O juiz, desta forma, precisa analisar, uma vez sendo o ato legal, a possibilidade de liberdade provisória ou conversão da prisão em flagrante em preventiva. Ou seja, nos exatos termos da lei o que se pretendeu foi fazer com que toda e qualquer pessoa presa em situação de flagrância tenha, num prazo exíguo, uma decisão judicial fundamentada dizendo se a prisão será mantida ou se haverá liberdade provisória.

Caminhar em sentido contrário, com prévia vista ao Ministério Público, ainda que com boa intenção, é lançar por terra o objetivo da lei. Isso fará, uma vez sendo fato notório que o Ministério Público invoca prazos para manifestação, com que as pessoas continuem a ser presas e assim se mantenham por dias e dias sem a necessária fundamentação judicial, num viés menos garantista ainda.

De outra forma, nada impede que após, uma vez convertida a prisão em flagrante em preventiva, abra-se vista ao órgão acusador e, caso esse se manifeste pela soltura, assim se proceda imediatamente.

Com se disse, porém, o assunto é bastante nebuloso, dando razão às críticas supra tecidas sobre o processo legislativo desta lei.

Porém, adota-se o entendimento de que agora não haverá necessidade de prévia vista do Ministério Público e por questão terminológica no lugar de negar a liberdade provisória o juiz **converterá a prisão em flagrante em preventiva**. Tudo é claro fundamentadamente.

Mesmo antes da nova lei, ao analisar o princípio da jurisdicionalidade, nos casos de crimes hediondos, Wedy¹⁵⁸ já defendia que

A simples homologação do flagrante no caso de crime hediondo, sem a averiguação das condições da prisão preventiva, não apenas desrespeita a instrumentalidade, como também ofende o princípio da jurisdicionalidade, mitigando-o. Nesse caso, a apatia

¹⁵⁸ WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria Geral da Prisão Cautelar e Estigmatização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2066, p.93.

do juiz, escondida sob o manto do formalismo, cria nova modalidade de prisão, 'decretada' pela autoridade policial que lavrou o flagrante. E, além disso, o juiz deverá motivar a conversão ou não da prisão em flagrante em preventiva, sob pena de ofensa ao princípio da motivação das decisões judiciais.

E mais, reforçando a tese de que não é possível e tampouco constitucional manter alguém preso por simples autuação em flagrante, Lopes¹⁵⁹ já defendia que

Em definitivo, a prisão em flagrante, como medida pré-cautelar, não pode ter vida e realidade após o prazo legal de sua duração. Deve ser prévia ao processo penal e submetida ao crivo judicial em prazo exíguo, não existindo fundamento legal para defender a sua 'conversão automática' em prisão preventiva. Neste momento procedimental, a única medida cautelar de natureza pessoa que pode ser adotada para manutenção da segregação é a prisão preventiva. Para tanto, é imprescindível uma fundamentação séria e condizente com a gravidade da medida adotada, que aponte racionalmente a probabilidade do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*. Do Contrário, a liberdade é imperativa.

De uma forma ou de outra o assunto é bastante controverso, havendo inclusive a possibilidade de se adotar nova linha, que em tese estaria mais próxima do sistema acusatório. Seria o caso do juiz ao receber e homologar o auto, aguardar por 24 horas para analisar a possibilidade de liberdade provisória. Neste tempo caberia ao Ministério Público, sem vista, efetuar o eventual pedido de conversão da prisão em preventiva. Observe-se, mais uma vez, que o Ministério Público passou a ser comunicado também da prisão em flagrante e, portanto, tem conhecimento dos fatos. Caso assim o Ministério Público não se manifeste, caberá ao juiz conceder a liberdade provisória.

De toda forma, segue-se a linha de que a vista prévia ao Ministério Público não é necessária, exatamente porque a prisão em flagrante, pré-cautelar, já se consumou e assim necessita de manifestação judicial sobre sua manutenção ou não, a partir de fundamentação própria.

Além disso, na conversão da prisão em flagrante em preventiva, o juiz deverá esclarecer fundamentadamente que as medidas cautelares diversas (art. 319)

¹⁵⁹ LOPES Jr, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Vol. II. Rio

revelam-se inadequadas ou insuficientes. Com efeito, a lei passa a obrigar o juiz a avaliar se realmente é caso de manutenção da prisão provisória, evitando-se assim que apenas se homologue o auto e aguarde que eventual defesa faça pedido de liberdade.

Uma sugestão assim do dispositivo de conversão, depois da devida fundamentação, é o que segue: *Ex positis: presentes os requisitos constantes no art. 312 do CPP, na forma do art. 310, II do mesmo diploma, revelando-se inadequadas e insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão, incabível a liberdade provisória, converto a prisão em flagrante em preventiva por garantia da ordem pública etc. Intimem-se e abra-se vista ao Ministério Público para o que de direito, atentando-se o Cartório para os prazos legais.*

c) Homologar o auto conceder liberdade provisória face à falta de requisitos para conversão em prisão preventiva:

Caso homologue o auto e não converta a prisão em flagrante em preventiva, face à falta dos requisitos para tanto, deverá o juiz conceder liberdade provisória, independentemente de vista prévia ao Ministério Público. Neste caso, a liberdade provisória poderá ser pura e simples ou então condicionada a alguma medida cautelar alternativa, conforme estabelece o art. 321.

Neste ponto também há quem defenda, como se viu acima, que para concessão de liberdade provisória, caso cumulada com alguma medida cautelar, haveria necessidade de prévia manifestação do Ministério Público. Não procede, haja vista que o art. 282, §2º, refere-se à investigação criminal onde não há prisão em flagrante. Nesses casos, cabe ao juiz analisar a possibilidade de liberdade provisória ou conversão em prisão preventiva, devido a possibilidade maior de conceder liberdade provisória cumulada com alguma medida cautelar. Aliás, este é o teor do art. 321, e mais, outra vez se cairia na “armadilha” de manutenção de uma prisão sem a necessária fundamentação judicial. Pior, para alguém a quem o Juízo já apontou a possibilidade de liberdade provisória.

d) Homologar o auto e determinar a soltura face à impossibilidade legal de prisão preventiva (art. 313):

Caso homologada a prisão e o crime não esteja incluído dentre as hipóteses do art. 313 do CPP, resta ao juiz determinar a imediata soltura do autuado, eventualmente com a concessão de medidas cautelares, cabíveis conforme o art. 283, § 1º, do CPP. Observe-se que não sendo cumprida a medida cautelar imposta, o juiz ainda assim não poderá decretar a preventiva, pois ausentes as hipóteses do art. 313 do CPP, restando tão somente a possibilidade de substituir a medida ou impor outra em cumulação (art. 282, § 4º, do CPP).

e) Homologar o auto e conceder liberdade provisória em razão de excludente de ilicitude:

Caso homologada a prisão e o juiz conclua que o autuado praticou o fato com base em alguma excludente de ilicitude (art. 23, do CP – legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de um direito), deverá ser concedida liberdade provisória, conforme o parágrafo único, que apenas repete dispositivo anterior, independente de medida alternativa

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial." (NR)

O artigo repete o que tratava o anterior art. 311, apenas incluindo agora como requerente também o assistente de acusação.

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

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

obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º)." (NR)

O artigo repete a redação anterior. A novidade fica por conta do parágrafo único, que estabelece a prisão cautelar em caso de descumprimento das obrigações de outras medidas cautelares – vide art.282, §4º. Neste ponto, vide a seguir a problemática causada.

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

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

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

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

IV - (revogado).

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

Foram significativas as modificações trazidas, quanto à admissibilidade da prisão preventiva. O juiz agora, além de verificar a presença dos requisitos do art. 312 e da inadequação ou insuficiência de medida cautelar alternativa, deve também verificar se o respectivo delito está dentre os previstos no inciso I (crime doloso punido com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos). Neste caso, havendo concurso de crimes – especialmente concurso material e continuidade delitiva - a lógica aponta para a possibilidade de decretação da preventiva, caso somadas as penas privativas de liberdade supere-se o limite de 4 anos. O parâmetro aqui utilizado, dentre outros, seria é a interpretação analógica do antigo art. 323, I, do CPP. Vide súmula n. 81 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: *não se concede fiança quando, em concurso material, a soma das penas mínimas cominadas for superior a dois anos de reclusão*". E ainda:

HABEAS CORPUS - COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL A QUO PARA JULGAMENTO DE PREFEITO AFASTADO - FIANÇA - CONTINUIDADE DELITIVA - IMPOSSIBILIDADE. [...] A concessão de fiança é impossibilitada em razão da continuidade delitiva que, para estes efeitos, deve ser considerada no cálculo da pena mínima in abstracto. Ordem denegada.¹⁶⁰

De outra banda, os casos de absorção merecerão especial atenção, onde a pena do crime mais grave absorve a pena do menos grave, o que muitas vezes impedirá a decretação da prisão preventiva.

O importante é que com este artigo, sendo o indiciado/réu primário – leia-se sem sentença penal condenatória transitada em julgado e não com meros feitos criminais em andamento, não se tratando de violência doméstica, familiar, contra criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas de urgência e também não sendo caso de dúvida sobre a identidade civil, se o delito não prever pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos o juiz não só não poderá decretar a prisão preventiva como também, no caso de prisão em flagrante, assim que receber o auto, não poderá convertê-la em preventiva. Isso valerá para uma gama grande de tipos penais, a começar pelo furto simples, receptação simples, posse ilegal de arma de fogo de uso permitido, etc. Nesses casos, feita a prisão em flagrante, assim que o auto chegar às mãos do juiz, a soltura deverá ser imediata, ressalvando-se sempre as hipóteses dos incisos II e III e do parágrafo único.

O problema que disso resulta é quando a liberdade provisória é condicionada a alguma medida cautelar alternativa ou então é fixada no curso do processo para o réu que responde solto. A questão é o que fazer quando a medida não é respeitada? Nesse caso caberia a prisão preventiva? Não obstante entendimentos diversos, de que se trataria de uma nova hipótese autorizadora de prisão preventiva, fora das restrições do art. 313, ainda que as medidas alternativas tenham cunho cautelar, não sendo substitutivas (vide adiante nos comentários ao art.319), o que se defende é que na leitura garantista e sob o

¹⁶⁰ STJ. Quinta Turma. HC 11.265/RS. Relator Ministro Jorge Scartezzini. Julgado em : 3 fev. 2000. Dj 28 fev. 2000.

modelo acusatório, a lei não permite a prisão, ainda que haja desrespeito à medida.

Mesmo em casos mais graves, como, por exemplo, no crime de coação no curso do processo (art. 344, do CP), se o delito respectivo prevê pena privativa de liberdade máxima de 4 (quatro) anos, não caberá prisão preventiva por este, mas apenas, no máximo, autuação em flagrante por aquele e posterior soltura com liberdade provisória obrigatória, uma vez que vedada a conversão em preventiva. Como já observado antes, todo sistema de garantias e princípios tem seu preço e esse no caso é um deles.

Quanto à inclusão do parágrafo único, não são raros os casos de réus que declaram nomes falsos, inclusive de membros da própria família, para tentar burlar a aplicação da lei penal, ocultando eventual reincidência. No caso deve ser determinada a identificação criminal (Lei nº 12.037/09) com os processos datiloscópico e fotográfico, e assim ser colocado imediatamente em liberdade, salvo as hipóteses do art. 312 do CPP, evitando-se que o réu fique preso indefinidamente.

Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal." (NR)

Este artigo repete o já previsto para a prisão em flagrante, ou seja, a prisão não poderá ser decretada caso o juiz conclua pelas provas até então produzidas, que o indiciado/acusado praticou o fato com base em alguma excludente de ilicitude (art.23, do CP – legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de um direito).

"Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada." (NR)

Desnecessário comentário, uma vez que os princípios antes analisados já apontam a absoluta necessidade de fundamentação de toda decisão judicial, de

ordem constitucional. Neste ponto, apenas reprisa-se o fato de que a prática legislativa de repetir normas constitucionais remonta ao período de transição ao regime democrático e se deve à evolução recente do Direito Constitucional pátrio, que sucedeu período de ditadura militar.

A Constituição não era interpretada com efetividade, mas como carta de recomendações, ao contrário da lei infraconstitucional vista com imperatividade. Conforme Barroso¹⁶¹

Além das complexidades e sutilezas inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, havia no país uma patologia persistente, representada pela insinceridade constitucional. A Constituição, nesse contexto, tornava-se uma mistificação, um instrumento de dominação ideológica, repleta de promessas que não seriam honradas. Nela se buscava não o caminho, mas o desvio; não a verdade, mas o disfarce. A disfunção mais grave do constitucionalismo brasileiro, naquele final de regime militar, encontrava-se na não aquiescência ao sentido mais profundo e consequente da lei maior por parte dos estamentos perenemente dominantes, que sempre construíram uma realidade própria de poder, refratária a uma real democratização da sociedade e do Estado.

CAPÍTULO IV DA PRISÃO DOMICILIAR"

Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial." (NR)

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV - gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo." (NR)

A lei resolveu dar tratamento diferenciado à prisão domiciliar, colocando-a num capítulo distinto. Não obstante haja referência no texto legal, não se trata de medida cautelar alternativa e tampouco se confunde como recolhimento domiciliar noturno.

O importante é que antes a previsão de prisão domiciliar era apenas para reeducandos em cumprimento de pena em regime aberto (art.117, da LEP). Ainda assim, por questões humanitárias o benefício era estendido para presos provisórios e outros em cumprimento de pena em regime mais gravoso. Agora, com este dispositivo a prisão domiciliar será possível para os presos provisórios, com requisitos, como se vê, mais flexíveis.

Quanto ao parágrafo único, resta apenas observar que será subjetivo do juiz considerar o que é ou não prova idônea, reafirmando mais uma vez a importância da fundamentação das decisões judiciais.

CAPÍTULO V DAS OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES"

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

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

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

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

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

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

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

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

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

IX - monitoração eletrônica.

§ 1º (Revogado).

§ 2º (Revogado).

¹⁶¹ BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.219.

§ 3º (Revogado).

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

As medidas cautelares alternativas à prisão cautelar, como pode ser observado, tiveram bastante atenção do legislador, seguindo as necessidades do processo. Muitas vezes, ante a falta dessas alternativas, o juiz via como único caminho a prisão cautelar. A partir de agora, a lei está oportunizando outras medidas menos drásticas e, como acima já consignado, deixou a prisão cautelar como última *ratio*.

Há quem defenda que as medidas cautelares deveriam ser tratadas como substitutivas à prisão cautelar, posto que não possuiriam elas cautelaridade. Citam-se neste aspecto medidas como o comparecimento periódico em Juízo, que nada teria de cautelar. Porém, se for mantida a linha de que a prisão preventiva é cautelar, e o é sem dúvida, não obstante as críticas sobre os pressupostos da garantia da ordem pública e econômica, as medidas alternativas também devem seguir este eixo e aplicadas com base na cautelaridade.

Os pressupostos porém, conforme o art.321 (adiante), deixam de ser os da prisão cautelar (garantia da ordem pública etc) e passam a ser os previstos no art.282, I e II, do CPP.

De uma forma ou de outra, descumprida alguma medida imposta, pode o juiz, como já exposto (art.312, parágrafo único), decretar a prisão preventiva, uma vez presentes alguma das hipóteses do art.313.

Pois bem, o artigo em comento elenca uma série de medidas alternativas. A medida do inciso I é a menos grave, pois, determina apenas o comparecimento periódico em Juízo para informar e justificar atividades. Como é a medida mais fácil de ser aplicada e fiscalizada, é provável que seja ela a mais utilizada pelo juiz, considerando é óbvio a situação de cada caso.

Os incisos II e III (proibição de frequência a lugares e manter distância de pessoas) são importantes instrumentos e agora o juiz em casos fora da legislação especial – vide lei Maria da Penha, poderá proibir o indiciado/acusado de frequentar determinados lugares (hipótese de lesões corporais em bares e boates, pontos de droga, prostíbulos, etc.), bem como de contatar com pessoa determinada (hipóteses em que a vítima está fragilizada, em delitos contra o patrimônio envolvendo vizinhança, etc.). É claro que a fiscalização nesses casos será difícil, como já é em casos de suspensão condicional do processo ou *sursis* ou livramento condicional, onde o Estado simplesmente ignora as prescrições legais e não estrutura os setores responsáveis do executivo para tanto. Porém, é interessante a hipótese, mesmo porque, a própria pessoa, que se sente prejudicada do eventual descumprimento pelo indiciado/acusado, poderá acionar o Ministério Público e pedir ao juiz eventual medida substitutiva ou até prisão preventiva (art. 311, parágrafo único). Ainda assim, a falta de possibilidade de fiscalização não pode prejudicar o indiciado/acusado na análise da liberdade, cabendo sim ao poder público procurar implementar os mecanismos de fiscalização necessários.

O inciso IV e V também prevêem medidas (proibição de se ausentar da comarca e recolhimento domiciliar noturno) que, nos moldes do que já acontece na execução penal e na suspensão condicional do processo, são difíceis de fiscalizar, pela ineficiência do Poder Executivo.

O inciso VII prevê medida de internação provisória aos inimputáveis e semi-imputáveis, periciados, que estejam sendo acusados de crimes com violência ou grave ameaça a pessoa, havendo risco de reiteração. O problema neste caso são os laudos periciais superficiais e a falta de seriedade do Estado na realização dos exames, bem como a demora para tanto.

E não obstante se utilizar o juiz especialmente do auxílio dos *experts* para verificação da incapacidade de culpabilidade ou de capacidade relativa de

culpabilidade, não raras vezes, o laudo pericial realizado conclui que o agente tem “plena responsabilidade penal”.

O problema está no fato de que a conclusão dos peritos muitas vezes contrapõe-se aos demais elementos amealhados no processo crime, que apontam claramente a situação de dependência do réu e do cometimento do ilícito sob efeito de psicotrópicos.

Aliás, a perícia na maioria das vezes, de forma curiosa, indica haver dependência física ou psíquica, nos mais variados graus (leve, moderado, grave) e ainda assim diz que a responsabilidade é plena.

Com efeito, muito embora não possua o Juízo conhecimentos aprofundados a respeito de patologias adquiridas do aparelho psíquico, sejam elas exógenas ou endógenas, ou ainda, no tocante as hipóteses de oligofrenias (debilidades, imbecilidades e idiotias),¹⁶² é certo que a conclusão indicada não pode ser recepcionada de forma absoluta.

Aliás, é por isso que a legislação processual penal, assim como a civil, consagrou o princípio da persuasão racional, onde “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova” (art. 157, do CPP).

É necessário lembrar ainda que, em matéria de psiquiatria, psicologia e psicanálise, a ciência é tão incerta como são as ciências sociais aplicadas. Tão variados são os fatores a serem considerados e tão vasto é o campo do desconhecido, em seara de estudos da mente e do cérebro, que seria precipitado receber conclusões periciais neste campo como verdades absolutas.

Outrossim, o Código de Processo Civil fez expressa menção ao dispor em seu art. 182 que “O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte.”. E mais, é possível ainda, antes desta rejeição, determinar ao

¹⁶² SANTOS, Juarez Cirino. **A Moderna Teoria do Fato Punível**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005, p. 213-6.

juiz que se proceda a novo exame, por outros peritos, se assim julgar conveniente (art. 181, parágrafo único, do CPP). Desta forma e a isto tudo considerando, é certo que, apesar do eventual laudo poder estabelecer a *responsabilidade plena* para o acusado, pelo princípio da persuasão racional, uma vez havendo outros elementos de convicção amealhados nos autos, pode sim o julgador rejeitar o laudo e concluir pela incapacidade de culpabilidade ou de capacidade relativa de culpabilidade.

Além de tudo, nestes casos, o problema de implicar em uma "pena" perpétua pela suspensão permanente do processo (vide art.152) persiste.

Seguindo na análise do dispositivo, o inciso VIII trata da fiança como medida cautelar alternativa. Neste aspecto a fiança recebeu tratamento diferenciado, conforme disposto nos arts. 322 a 350 adiante analisados.

O inciso IX prevê a medida de monitoramento eletrônico. Sobre isto, de início é preciso dizer que, ao contrário das demais medidas cautelares alternativas, esta nitidamente viola o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, pois é estigmatizante e discriminatória. Assim como já disciplinado pela Lei n.12.258/10, na LEP, para reeducandos com direito à saída temporária e prisão domiciliar, com este tipo de monitoramento, o controle do indiciado/acusado não será mais efetivo e não se conseguirá evitar fuga ou algum outro ato prejudicial à sociedade ou ao processo. Os requisitos para o Juiz conceder a liberdade provisória são a falta de motivos para a prisão preventiva, podendo ainda analisar e incluir outra medida cautelar, desde que adequada e suficiente. Ou seja, esses requisitos em última análise acentuam a intenção da lei em conferir tratamento condigno e eficiente ao indiciado/acusado, livrando-lhe da prisão cautelar e também permitindo sua regular convivência social. Se o indiciado/acusado satisfaz os requisitos e o juiz concede a liberdade provisória é porque acredita que ele respeitará a decisão e sempre que chamado comparecerá à justiça. E se por acaso avaliou com equívoco o comportamento do indiciado/acusado e este tem intenção de fugir ou tumultuar o feito com vários outros atos possível, uma pulseira ou tornozeleira jamais impedirá que o faça. O sistema penal precisa ser

continuamente pensado. Mas há de convir que o monitoramento eletrônico não é eficaz, tampouco efetivo e o investimento na sua aplicação não será eficiente. Que se invista o equivalente na capacitação e valorização do servidor público do sistema judicial e de segurança pública.

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

Artigo auto explicativo, de pouca eficácia. Aqui a questão apenas para efeito de estrangeiros. Poderia o ordenamento pátrio prever a retenção de documento emitido por outro país a seu cidadão? Poderia uma medida cautelar processual penal vedar o retorno ao seu país de pessoa que responde processo em liberdade no Brasil? A questão suscitará muitas dúvidas e no correr dos fatos por certo será analisada em última instância pelo Supremo Tribunal Federal.

Art. 321. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código.
I - (revogado)
II - (revogado)." (NR)

O artigo apenas complementa o art. 282 – generalidades sobre as medidas cautelares acima já visto, e o art.310 – também acima já visto, onde o juiz se homologar a prisão deverá deliberar sobre a conversão em prisão preventiva e, ausentes os requisitos exigidos, deverá conceder liberdade provisória, impondo se for o caso uma ou mais medidas cautelares alternativas. Nestas hipóteses, o alvará de soltura deverá ser clausulado e acompanhado do termo de compromisso de liberdade provisória, com a descrição da medida cautelar alternativa, sob pena de substituição da medida (cumulativas ou não) ou aplicação de prisão preventiva art. 282, § 4º, do CPP.

Interessante é que nos casos de aplicação de medida cautelar, a autoridade policial seja comunicada para efeito de fiscalização e providências na verificação de descumprimento.

Uma ressalva: a autoridade policial jamais poderá prender alguém pelo simples descumprimento de uma medida cautelar, pois não se trata de flagrante. Quiçá configure-se o crime de desobediência (art. 330, do CP) que, por ser considerado de menor potencial ofensivo, ainda assim não permitirá a manutenção da prisão (art. 69, da Lei n. 9099/95). O que caberá à autoridade policial é registrar a ocorrência e comunicar imediatamente o Juízo para que este delibere a respeito, sempre se observando o contraditório e a ampla defesa.

Seguindo na análise, agora pode também o juiz conceder liberdade provisória independentemente de qualquer condição atrelada. Ou seja, sem que qualquer ato ou omissão (v.g. revogação da liberdade provisória com base na mudança de domicílio sem autorização, não comparecimento em Juízo, etc.) acarrete na revogação da benesse. Logo, se pairavam dúvidas neste ponto na vigência do artigo antigo (prisão mais por desobediência do que por uma das hipóteses de preventiva), elas não mais existem.

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

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

Art. 323. Não será concedida fiança:

I - nos crimes de racismo;

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

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

IV - (revogado);

V - (revogado)." (NR)

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

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

II - em caso de prisão civil ou militar;

III - (revogado);

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

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

- a) (revogada);
- b) (revogada);
- c) (revogada).

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

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

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

I - dispensada, na forma do art. 350 deste Código;(IMPORTANTE)

II - reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços); ou

III - aumentada em até 1.000 (mil) vezes.

§ 2º (Revogado):

I - (revogado);

II - (revogado);

III - (revogado)." (NR)

Art. 334. A fiança poderá ser prestada enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória." (NR)

Art. 335. Recusando ou retardando a autoridade policial a concessão da fiança, o preso, ou alguém por ele, poderá prestá-la, mediante simples petição, perante o juiz competente, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas." (NR)

Art. 336. O dinheiro ou objetos dados como fiança servirão ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado. Parágrafo único. Este dispositivo terá aplicação ainda no caso da prescrição depois da sentença condenatória (art. 110 do Código Penal)." (NR)

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

Art. 341. Julgar-se-á quebrada a fiança quando o acusado:

I - regularmente intimado para ato do processo, deixar de comparecer, sem motivo justo;

II - deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo;

III - descumprir medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança;

IV - resistir injustificadamente a ordem judicial;

V - praticar nova infração penal dolosa." (NR)

Art. 343. O quebramento injustificado da fiança importará na perda de metade do seu valor, cabendo ao juiz decidir sobre a imposição de outras medidas cautelares ou, se for o caso, a decretação da prisão preventiva." (NR)

Art. 344. Entender-se-á perdido, na totalidade, o valor da fiança, se, condenado, o acusado não se apresentar para o início do cumprimento da pena definitivamente imposta." (NR)

Art. 345. No caso de perda da fiança, o seu valor, deduzidas as custas e mais encargos a que o acusado estiver obrigado, será recolhido ao fundo penitenciário, na forma da lei." (NR)

Art. 346. No caso de quebramento de fiança, feitas as deduções previstas no art. 345 deste Código, o valor restante será recolhido ao fundo penitenciário, na forma da lei." (NR)

Art. 350. Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando a situação econômica do preso, poderá conceder-lhe liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 deste Código e a outras medidas cautelares, se for o caso.

Parágrafo único. Se o beneficiado descumprir, sem motivo justo, qualquer das obrigações ou medidas impostas, aplicar-se-á o disposto no § 4º do art. 282 deste Código." (NR)

Art. 439. O exercício efetivo da função de jurado constituirá serviço público relevante e estabelecerá presunção de idoneidade moral." (NR)

No CPP de 1941 a prisão durante o curso do processo era quase uma regra geral. A fiança, portanto, era estabelecida para os crimes de menor gravidade. Mas, a partir de retalhos processuais, acabou-se por criar um paradoxo. Com a lei n.6.416/77, que inseriu o parágrafo único no art. 310 do CPP, a liberdade provisória, independentemente de fiança, teve seu espaço radicalmente alargado. Desta forma, segundo Lopes¹⁶³ criou-se um paradoxo insuperável, ou seja, como explicar que aos imputados de crimes de pouca gravidade imponha-se a liberdade provisória com fiança e aos imputados de crimes mais graves seja concedida a liberdade provisória independentemente de fiança? Não se explica.

Com efeito, mesmo com a nova legislação ora em comento, a caracterização de que um crime é ou não afiançável continua tendo pouco relevância em sede judicial. A fiança só se aplica se os requisitos de prisão preventiva não estão presentes (art. 324, IV). E então, se os requisitos da prisão preventiva não estão presentes o flagrante não é convertido e concede-se liberdade provisória.

A única ressalva, a aí um avanço na função da fiança, eliminando-se em tese o paradoxo, é que agora o juiz poderá, independentemente do delito imputado ao autuado, ao invés de converter a prisão em flagrante em preventiva, conceder liberdade provisória com a possibilidade de cumulação com fiança como medida

¹⁶³ LOPES Jr, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. V. II. Rio de

cautelar alternativa. Ou seja, a fiança em Juízo, juntamente com as demais medidas antes vistas, passou a ser tratada como medida cautelar alternativa da prisão, e não como condição de liberdade provisória.

A inovação fica por conta do art. 322, que alarga a possibilidade de fiança pela autoridade policial em crimes cuja pena privativa de liberdade, independente se de detenção ou reclusão, não seja superior a 4 (quatro) anos.

Se a autoridade policial não fixa fiança, sendo cabível, o preso ou alguém por ele pode solicitar ao Juiz que a fixe (art. 335). Neste caso, ainda que o artigo 335 mencione "petição", pode observar-se que basta o interessado, familiar, amigo, etc., comparecer no balcão do cartório e afirmar a situação, devendo assim ser certificado, com a assinatura respectiva, para que o pedido seja apreciado. Por uma questão lógica e porque qualquer pessoa pode pedir, independentemente de representação por advogado, é que não se pode exigir formalidade e petição própria protocolada.

Por outro lado, cumpre ressaltar que a autoridade policial pode, por algum receio ou por dúvida, acabar fixando fiança exacerbada, incompatível com a situação financeira do imputado. Isto implicará, portanto, na manutenção da prisão em flagrante e encaminhamento do imputado ao presídio. Importante nessas situações é que o juiz, ciente que está da prisão haja vista a comunicação devida e o encaminhamento do auto em 24h, inclusive em sede de plantão, determine que o servidor público, em geral o oficial de justiça, dirija-se ao local da segregação e colha declaração do imputado sobre se tem ou não condições de pagar a fiança fixada pelo Delegado de Polícia. Assim, tão logo receba a informação, o juiz poderá em curto tempo, menos de 48h, determinar a soltura independentemente do pagamento de fiança.

Relembra-se que o art. 350 continua prevendo a possibilidade de liberdade independentemente do pagamento da fiança caso a situação econômica do preso

não lhe permita atender, permitindo-se ainda a substituição por outra medida cautelar alternativa.

Portanto, este procedimento é um cuidado que precisa ser observado, exatamente para que desigualdades econômicas não sejam causa da manutenção de prisão.

No mais, em Juízo a inovação ficou por conta do art. 323 que estabelece quais crimes são insuscetíveis de fiança – racismo, tortura, tráfico ilícito de drogas e drogas afins, terrorismo e definidos como hediondos, cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. Com efeito, a partir de agora não é o *quantum* da pena prevista que limita a concessão de fiança em Juízo, mas sim, por exclusão, o tipo do delito. Ou seja, é possível a partir desta lei a concessão de fiança em roubo, porte de arma de uso restrito etc. De uma forma ou de outra, repita-se, ainda que cabível a fiança, esta deve ser vista como medida alternativa à prisão, juntamente com as demais medidas.

Importa ressaltar que o novo ordenamento não altera a questão da possibilidade de liberdade provisória independentemente de fiança para todos os delitos, inclusive os elencados no art. 323. Isso porque se insiste em confundir o instituto com a liberdade provisória, como se a vedação de "fiança" vedasse a liberdade provisória em qualquer sentido. A interpretação é equivocada e vai de encontro com a lei. Se realmente a intenção fosse essa, ainda que de questionada constitucionalidade, a mesma vedação para os respectivos delitos deveria ter sido incluída nos dispositivos que se referem à conversão da prisão em flagrante em preventiva e concessão de liberdade provisória com aplicação de medidas cautelares alternativas. Além do que, leis especiais, como são as dos crimes hediondos, atualmente permitem a liberdade provisória (vide art. 2º. II, da Lei n.8.072/90, cuja redação dada pela Lei n.11.464/07 excluiu a vedação de liberdade provisória).

O parágrafo único do art. 336 deve ser entendido como prescrição da pretensão executória, uma vez que do contrário estar-se-ia violando o estado de inocência constitucional. A prescrição da pretensão punitiva em abstrata ou retroativa, bem como a subsequente, é pacífico, tem os mesmos efeitos da absolvição. Mesmo porque, inclusive, atualmente o Código de Processo Penal estabelece em seu art. 397, IV, que o juiz deverá absolver o réu quando extinta a punibilidade e, como é sabido, a prescrição é uma causa de extinção da punibilidade, *ex vi* do art.107, IV, do CP.

Os demais artigos referentes à fiança apenas readequaram valores e estabeleceram destinações mais específicas para o montante recolhido. Em geral, na fixação da fiança tanto a autoridade policial como o juiz deverão avaliar as circunstâncias do delito investigado e as condições econômicas do preso.

Um último comentário fica por conta da nova redação do art. 439, que excluiu a possibilidade de prisão especial para quem tenha exercido a função de jurado, sendo em princípio dispositivo deslocado do contexto da lei.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pensar o direito penal é, sobretudo, pensar na proteção do bem jurídico como a vida, a integridade física, a liberdade. O Direito Penal nesta linha possui a função de garantia da liberdade individual, onde para além da pena está a proteção do indivíduo em relação ao poder punitivo do estado.

Quando se tratam das prisões cautelares, há profunda necessidade de se caminhar pelos filtros e limites constitucionais, num viés nitidamente garantista, mais precisamente de Jurisdição Garantista.

Essa Jurisdição Garantista, conforme Ferrajoli, é a principal garantia processual e constitui pressuposto de todas as demais, pois os valores da jurisdição se identificam com a imunidade das pessoas e sua dignidade, respeitadas diante do arbítrio e intromissão inquisitória do estado, com a proteção dos mais frágeis através das regras de jogo iguais para todos.

Diante de seu bojo garantista assim, não há mais dúvidas sobre importância do Direito Constitucional para o processo penal que, com a Constituição de 1988, passou obrigatoriamente a estruturar-se sobre o devido processo constitucional.

Nenhuma legislação infraconstitucional pode mais ser lida sem o devido filtro constitucional garantista, devendo os atores jurídicos nas lides forenses penais aplicar as leis, dentre elas especialmente o Código de Processo Penal, a partir e de acordo com os princípios constitucionais, em boa parte, condensados no art. 5º da Constituição Federal, com especial atenção ao *devido processo penal*.

No respeitante à prisão cautelar isso se alia ao rígido controle do princípio da presunção de inocência.

Neste aspecto, a prisão cautelar no sistema brasileiro, até a Lei n.12.403/11, tendo por base ora um sistema inquisitório e ora acusatório, de difícil convivência,

já possuía uma análise e aplicação necessariamente fundada nos princípios gerais que a regiam, dentre eles, os princípios da jurisdicionalidade, da provisionalidade, da provisoriedade, da excepcionalidade, da proporcionalidade e como dito, da presunção de inocência. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de igual forma, ainda que denotando algumas contradições e conflitos, vem nas duas últimas décadas demonstrando inclinação para o fortalecimento do sistema acusatório, construindo uma sustentação constitucional para o regime das prisões cautelares e fortalecendo o estado de inocência e estado de liberdade.

Agora, se por um lado os pressupostos da prisão preventiva permaneceram os mesmos, inclusive com as discutíveis garantias da ordem pública e ordem econômica, ao lado da instrução criminal e aplicação da lei penal, com a vigência da Lei n.12.403/11 o filtro constitucional foi fortalecido e, ainda que com algumas falhas, numa base garantista.

Não obstante se reconheça que o processo legislativo da referida lei foi um tanto tumultuado, uma vez que as atenções, como se viu, estavam voltadas para a reforma geral do Código de Processo Penal, através do PLS 156, a entrada em vigor da Lei n.12.403/11 foi emblemática, pois atingiu profundamente o regime jurídico das Medidas Cautelares Pessoais, numa reforma pontual. Pode-se inclusive dizer, sem maiores celeumas, que a pretensão com esta lei foi também a de amenizar a situação do sistema carcerário, superlotado e violador de direitos fundamentais, onde prisões cautelares abarrotam penitenciárias e presídios.

De uma forma ou de outra, como se viu na análise da Lei n.12.403/11, houve sim um avanço constitucional garantista. Restou certo, é preciso repetir, que o marco fundamental da lei foi adequar o código de processo penal, no que se refere ao regime das prisões cautelar, aos comandos constitucionais garantistas, de viés acusatório.

No processo penal, a prisão cautelar passou a ser a última e derradeira medida a ser tomada, quando todas as demais não foram suficientes. O ordenamento

infraconstitucional se curvou assim ao princípio constitucional do estado de inocência, impondo limitações ao poder do Estado.

A lei é, portanto, uma conquista histórica. Uma conquista que, em resumo, além de prever a prisão cautelar como última alternativa - devendo antes se avaliar a adequação e suficiência de medida cautelar distinta, como se disse um marco jurídico - passou a prever que a prisão em flagrante, uma vez homologada, implica na avaliação fundamentada do juiz sobre sua conversão em prisão preventiva, antes passando pela possibilidade de liberdade provisória, que pode ser condicionada à medida cautelar alternativa. Passou a prever que a prisão em flagrante deverá, juntamente com a comunicação ao Juízo, ser imediatamente comunicada ao Ministério Público; que os mandados de prisão decorrentes de prisão preventiva e temporária deverão ser registrados no CNJ e no seu cumprimento a autoridade policial deverá comunicar os direitos do preso, dentre eles o de permanecer calado, o de ter assistência da família e de advogado, sendo que, caso não tenha condições de constituir um deverá ser comunicada a defensoria pública; que a fiança pela autoridade policial inclui delitos cuja pena privativa de liberdade não seja superior a quatro anos, não havendo mais limitação em Juízo, apenas restrição a determinados crimes (tortura, hediondos, etc.), de uma forma ou de outra como medida cautelar alternativa à prisão ao lado das demais.

Se num primeiro momento corre-se o risco da sociedade adquirir a falsa sensação de que a Lei n.12.403/11, por reafirmar o princípio do estado de inocência e de liberdade, gerará impunidade, cumpre lembrar que a prisão cautelar não é antecipação da pena e não deve servir para satisfazer sentimentos paranóicos coletivos de vingança.

O alarme social produzido pela idéia de que um suspeito não seja castigado é um argumento de muitos defensores da lei e ordem. É claro que uma parte da opinião pública vê a prisão preventiva como sendo pena antecipada, inclusive atores jurídicos assim pensam quando defendem o caráter “pedagógico” da prisão cautelar, ainda que por alguns dias. Ocorre que o processo penal não serve para

tutelar a opinião pública ou a maioria, mas sim para proteger, inclusive contra a maioria, os indivíduos suspeitos não condenados por sentença transitada em julgado. É preciso sempre lembrar que o direito à liberdade é fonte de legitimidade da jurisdição.

Como dizia o poeta: *mais difícil que sair da miséria e deixar a miséria sair de nós*. Ou seja, mais difícil que sair da lei e ordem é deixar a lei e ordem sair de nós.

Com efeito, a responsabilidade intelectual e política dos atores jurídicos na consolidação dos filtros constitucionais ao processo penal e em especial agora ao novo regime da prisão cautelar é muito forte e profunda. Com ela se podem consolidar os valores da racionalidade, tolerância e liberdade, base da conquista da civilização.

Concluindo, de toda a análise, como se viu, o balanço final da nova lei é positivo, esperando-se que este processo de discussão séria e ponderada de uma lei processual penal sirva de exemplo para o legislador brasileiro e para os atores jurídicos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos, Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARROS, Flaviane de Magalhães et al. **Prisão e Medidas Cautelares. Nova Reforma do Processo Penal - Lei N. 12.403/2011**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Ativismo judicial mobiliza Justiça e sociedade**. Site Consultor Jurídico de 16.12.09 - <http://www.conjur.com.br/2009-dez-15/retrospectiva-2009-ativismo-judicial-mobiliza-justica-sociedade>

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Organização do texto: I. Pinto. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 168 p.

BRASIL. **Código de Processo Penal e Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Código Penal e Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BUSATO, Paulo César. **De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias: um estudo sobre os sujeitos no processo em um sistema acusatório**. Disponível em: <http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/16496> > Acesso em: 19.08.2011.

BYRNE, David. **Diários de Bicicleta**. Tradução de Otávio Albuquerque, Anna Lim e Fabiana de Carvalho. Barueri: Manole, 2010.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista**. Campinas – SP, Millennium, 2007.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Lei n.12.403/2011: Mais Uma Tentativa de Salvar o Sistema Inquisitório Brasileiro. **Boletim do IBCCRIM**. Ano 19, n. 223, jun. 2011. ISSN 1676-3661.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razon, teoria del garantismo penal**. Madri: Trota, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. Garantismo. **Uma Discusión Sobre Derecho y Democracia**. Madri: Trota, 2006.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FRANCO, Alberto Silva. **Boletim do IBCCRIM**. Ano 15, n. 179, out. 2007. ISSN 1676-3661.

GRINOVER, Ada Pellegrini et all. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1993.

HUGO, Victor. **O Último dia de um Condenado**. Tradução de Sebastião Paz. São Paulo: DPL, 2005.

KAFKA, Franz. **Na Colônia Penal**. Roteiro de Sylvain Ricard. Desenho de Maël. Cores de Albertine Ralenti; Tradução de Caro Bensimon. São Paulo: Companhia das Letras, 2011

KARAM, Maria Lúcia. **Recuperar o Desejo da Liberdade e o Conter Punitivo**. Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES Jr, Aury. A Inserção do Contraditório no Regime Jurídico das medidas Cautelares Pessoais. **Boletim do IBCCRIM**. Ano 19, n. 223, jun. 2011, p.5. ISSN 1676-3661.

LOPES Jr, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. V. I e II. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

LOPES Jr, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LOPES Jr, Aury. **Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas Ilícitas: Limites à Licitude Probatória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MORAES, Maurício Zanoide. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade - As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. São Paulo: RT, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PALAZZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Tradução de **Gérson Pereira dos Santos**. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1989.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. 12. ed . Rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011

PINHO, Ana Cláudia Bastos. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito. Uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PRADO, Geraldo et all. **Processo Penal e Democracia. Estudos em Homenagem aos 20 Anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROSA, Alexandre Moraes et al. **Para um Direito Democrático: diálogos sobre paradoxos**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

ROSA, Alexandre Moraes et al. **Para um Processo Penal Democrático. Crítica à Metástase do Sistema de Controle Social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROSA, Alexandre Moraes et al. **Processo Penal Eficiente e Ética na Vingança: Em Busca de uma Criminologia da Não Violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SANTOS, Juarez Cirino. **A Moderna Teoria do Fato Punível**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.

SANTOS, Juarez Cirinos. **Direito Penal Parte Geral**. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

STRECK, Maria Luíza Schäfer. **Direito Penal e Constituição. A Face Oculta da Proteção dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. V. III. São Paulo: Saraiva, 2011.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria Geral da Prisão Cautelar e Estigmatização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

WILDE, Oscar. **Alma do Homem sob o Socialismo**. Tradução de Heitor Ferreira da Costa, Porto Alegre: L&PM, 2003.

ZAFFARONI, E. Raúl et al. **Direito Penal Brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, E. Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução de Sérgio Lamarão, Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ANDRADE, Lédio Rosa. **Violência. Psicanálise, Direito e Cultura.** Campinas: Millenium, 2007.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática penal: em busca da segurança jurídica prometida.** Tese de Doutorado em Direito. Florianópolis: UFSC, 1994.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum.** *Revista Seqüência*, Florianópolis, n. 30, 1995.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. **Flagrante e Prisão Provisória em Casos de Furto: Da Presunção de Inocência à Antecipação da Pena.** São Paulo: IBCCRIM, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.** Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Amilton Bueno et al. **Aplicação da Pena e Garantismo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir.** Petrópolis, RJ: Vozes. 2010.

GOULART, Valéria Diez Scarance Fernandes. **Tortura e Prova no Processo Penal.** São Paulo: Atlas, 2002.

HÖFFE, Otfried. **Justiça Política.** Tradução de Ernildo Stein. Petrópolis/RJ: Vozes, 1997.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento.** Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

MELLO, Osvaldo Ferreira. **Temas Atuais de Política do Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

RANGEL, Paulo. **O Processo Penal e a Violência Urbana. Uma Abordagem Crítica Constutiva à Luz da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, César Dario Mariano. **Provas Ilícitas**. São Paulo: Liv. E Ed. Universitária de Direito, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti. **A Prisão Preventiva como Mecanismo de controle e Legitimação do Campo Jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

VILLEY, Michel. **A Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: WMF Martin Fontes, 2009.

ANEXO

LEI Nº 12.403, DE 4 DE MAIO DE 2011.

Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA: Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Os arts. 282, 283, 289, 299, 300, 306, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 334, 335, 336, 337, 341, 343, 344, 345, 346, 350 e 439 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passam a vigorar com a seguinte redação:

“TÍTULO IX

DA PRISÃO, DAS MEDIDAS CAUTELARES E DA LIBERDADE PROVISÓRIA”

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

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

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

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

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

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

§ 5o O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

§ 6o A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).” (NR)

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

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

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

“Art. 289. Quando o acusado estiver no território nacional, fora da jurisdição do juiz processante, será deprecada a sua prisão, devendo constar da precatória o inteiro teor do mandado.

§ 1o Havendo urgência, o juiz poderá requisitar a prisão por qualquer meio de comunicação, do qual deverá constar o motivo da prisão, bem como o valor da fiança se arbitrada.

§ 2o A autoridade a quem se fizer a requisição tomará as precauções necessárias para averiguar a autenticidade da comunicação.

§ 3o O juiz processante deverá providenciar a remoção do preso no prazo máximo de 30 (trinta) dias, contados da efetivação da medida.” (NR)

“Art. 299. A captura poderá ser requisitada, à vista de mandado judicial, por qualquer meio de comunicação, tomadas pela autoridade, a quem se fizer a requisição, as precauções necessárias para averiguar a autenticidade desta.” (NR)

“Art. 300. As pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas, nos termos da lei de execução penal.

Parágrafo único. O militar preso em flagrante delito, após a lavratura dos procedimentos legais, será recolhido a quartel da instituição a que pertencer, onde ficará preso à disposição das autoridades competentes.” (NR)

“Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1o Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

§ 2o No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.” (NR)

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

I - relaxar a prisão ilegal; ou

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

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

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

“Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.” (NR)

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

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4o).” (NR)

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

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

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

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

IV - (revogado).

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

“Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.” (NR)

“Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada.” (NR)

“CAPÍTULO IV DA PRISÃO DOMICILIAR”

“Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.” (NR)

“Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV - gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.” (NR)

“CAPÍTULO V DAS OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES”

“Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

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

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

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

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

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

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

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

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

IX - monitoração eletrônica.

§ 1º (Revogado).

§ 2º (Revogado).

§ 3º (Revogado).

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

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

“Art. 321. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código.

I - (revogado)

II - (revogado).” (NR)

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

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

“Art. 323. Não será concedida fiança:

I - nos crimes de racismo;

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

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

IV - (revogado);

V - (revogado).” (NR)

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

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

II - em caso de prisão civil ou militar;

III - (revogado);

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

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

a) (revogada);

b) (revogada);

c) (revogada).

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

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

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

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

§ 2º (Revogado):

- I - (revogado);
- II - (revogado);
- III - (revogado).” (NR)

“Art. 334. A fiança poderá ser prestada enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória.” (NR)

“Art. 335. Recusando ou retardando a autoridade policial a concessão da fiança, o preso, ou alguém por ele, poderá prestá-la, mediante simples petição, perante o juiz competente, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.” (NR)

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

Parágrafo único. Este dispositivo terá aplicação ainda no caso da prescrição depois da sentença condenatória (art. 110 do Código Penal).” (NR)

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

“Art. 341. Julgar-se-á quebrada a fiança quando o acusado:

- I - regularmente intimado para ato do processo, deixar de comparecer, sem motivo justo;
- II - deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo;
- III - descumprir medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança;
- IV - resistir injustificadamente a ordem judicial;
- V - praticar nova infração penal dolosa.” (NR)

“Art. 343. O quebramento injustificado da fiança importará na perda de metade do seu valor, cabendo ao juiz decidir sobre a imposição de outras medidas cautelares ou, se for o caso, a decretação da prisão preventiva.” (NR)

“Art. 344. Entender-se-á perdido, na totalidade, o valor da fiança, se, condenado, o acusado não se apresentar para o início do cumprimento da pena definitivamente imposta.” (NR)

“Art. 345. No caso de perda da fiança, o seu valor, deduzidas as custas e mais encargos a que o acusado estiver obrigado, será recolhido ao fundo penitenciário, na forma da lei.” (NR)

“Art. 346. No caso de quebramento de fiança, feitas as deduções previstas no art. 345 deste Código, o valor restante será recolhido ao fundo penitenciário, na forma da lei.” (NR)

“Art. 350. Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando a situação econômica do preso, poderá conceder-lhe liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 deste Código e a outras medidas cautelares, se for o caso.

Parágrafo único. Se o beneficiado descumprir, sem motivo justo, qualquer das obrigações ou medidas impostas, aplicar-se-á o disposto no § 4o do art. 282 deste Código.” (NR)

“Art. 439. O exercício efetivo da função de jurado constituirá serviço público relevante e estabelecerá presunção de idoneidade moral.” (NR)

Art. 2o O Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte art. 289-A:

“Art. 289-A. O juiz competente providenciará o imediato registro do mandado de prisão em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça para essa finalidade.

§ 1o Qualquer agente policial poderá efetuar a prisão determinada no mandado de prisão registrado no Conselho Nacional de Justiça, ainda que fora da competência territorial do juiz que o expediu.

§ 2o Qualquer agente policial poderá efetuar a prisão decretada, ainda que sem registro no Conselho Nacional de Justiça, adotando as precauções necessárias para averiguar a autenticidade do mandado e comunicando ao juiz que a decretou, devendo este providenciar, em seguida, o registro do mandado na forma do caput deste artigo.

§ 3o A prisão será imediatamente comunicada ao juiz do local de cumprimento da medida o qual providenciará a certidão extraída do registro do Conselho Nacional de Justiça e informará ao juízo que a decretou.

§ 4o O preso será informado de seus direitos, nos termos do inciso LXIII do art. 5o da Constituição Federal e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, será comunicado à Defensoria Pública.

§ 5o Havendo dúvidas das autoridades locais sobre a legitimidade da pessoa do executor ou sobre a identidade do preso, aplica-se o disposto no § 2o do art. 290 deste Código.

§ 6o O Conselho Nacional de Justiça regulamentará o registro do mandado de prisão a que se refere o caput deste artigo.”

Art. 3o Esta Lei entra em vigor 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação oficial.

Art. 4o São revogados o art. 298, o inciso IV do art. 313, os §§ 1o a 3o do art. 319, os incisos I e II do art. 321, os incisos IV e V do art. 323, o inciso III do art. 324, o § 2o e seus incisos I, II e III do art. 325 e os arts. 393 e 595, todos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.

Brasília, 4 de maio de 2011; 190o da Independência e 123o da República.

DILMA ROUSSEFF

José Eduardo Cardozo