

**A PRISÃO PROCESSUAL, A FIANÇA, A LIBERDADE PROVISÓRIA E AS  
DEMAIS MEDIDAS CAUTELARES – COMENTÁRIOS À LEI N.º. 12.403/11**<sup>1</sup>

**I - INTRODUÇÃO**

Foi promulgada a Lei n.º. 12.403/2011, publicada no Diário Oficial da União do dia 05 de maio de 2011, com a previsão de um período de **vacatio legis** de sessenta dias<sup>2</sup>. Nada obstante esta limitação temporal para a vigência da lei, e especialmente no que diz respeito à aplicação das medidas cautelares previstas na lei, mais benéficas do que a prisão, entendemos que os novos dispositivos terão aplicação imediata, especialmente à luz do art. 5º., § 1º., da Constituição Federal, pelo qual “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

Neste sentido, oportuna é a lição de Alberto Silva Franco, segundo a qual *“a retroatividade da lei penal incriminadora e a retroatividade da lei penal benéfica são princípios constitucionais paralelos e de igual grau, conexados na proteção do direito de liberdade do ser humano, direito que se erige como uma das expressões mais significativas do princípio da intangibilidade da dignidade da pessoa humana... bem por isso não se compreende que um princípio constitucional em relação ao qual inexistente reserva de lei possa sofrer restrições por parte do legislador ordinário. Não há, portanto, como compatibilizar o princípio constitucional da retroatividade penal elisiva da figura criminosa, redutora da sanção punitiva, ou de qualquer modo beneficiadora do agente, com a norma da Lei de Introdução ao Código Civil, que cuida da vacatio legis. Quando o legislador ordinário defere ao réu, em lei posterior ao fato criminoso, uma posição mais favorável, é evidente que o dispositivo beneficiador constante da lei penal sancionada, promulgada*

---

<sup>1</sup> **Rômulo de Andrade Moreira** é Procurador-Geral de Justiça Adjunto para Assuntos Jurídicos na Bahia. Foi Assessor Especial da Procuradoria Geral de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais. Ex- Procurador da Fazenda Estadual. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, **lato sensu**, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim. Integrante, por quatro vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor convidado dos cursos de pós-graduação dos Cursos JusPodivm (BA), Praetorium (MG), IELF (SP) e do Centro de Aperfeiçoamento e Atualização Funcional do Ministério Público da Bahia. Autor das obras “Curso Temático de Direito Processual Penal” e “Comentários à Lei Maria da Penha” (este em coautoria com Issac Sabbá Guimarães), ambas publicadas pela Editora Juruá, 2010 (Curitiba), além de coordenador do livro “Leituras Complementares de Direito Processual Penal”, publicado pela Editora JusPodivm, 2008 (estando no prelo a 2ª. edição). Participante em várias obras coletivas. Palestrante em diversos eventos realizados no Brasil.

<sup>2</sup> A lei entrou em vigor no dia 04 de julho de 2011, na forma da Lei Complementar n.º. 95/98.

e publicada deve ser, em respeito ao princípio constitucional, de cogente e imediata eficácia, não suportando uma vigência sustada no tempo.”<sup>3</sup> (grifamos).

Vejamos, também a propósito, o ensinamento do saudoso Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro:

*“Na **vacatio legis**, a lei carece de vigência. Em outras palavras, ainda não compõe (materialmente) o ordenamento jurídico. A Lei de Introdução ao Código Civil estatui no art. 1º. que, salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o País quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada. O Direito é uno. Os setores dogmáticos, entretanto, evidenciam características próprias. O Direito Penal não se confunde com o Direito Civil. Mais pelos princípios do que pelas leis. O raciocínio, logicamente, também é distinto. A Constituição da República, tradicionalmente, registra a chamada (tecnicamente, imprópria) retroatividade benéfica da lei penal (art. 5º, XL). Aplica-se sempre a lei mais favorável ao réu. Também aqui deve ser entendida a teleologia da norma. Cumpre sacrificar o aspecto meramente literal. O enunciado do tipo é feito pelo Estado através de lei em sentido formal. Só assim, gera efeito. Na **vacatio legis**, a elaboração da lei foi escorreita. Nenhum vício a macula. Apenas o tempo fixado ainda está em curso. Ideologicamente, contudo, há formal e solene declaração de aplicar a lei penal mais favorável. Não faz sentido, por isso, por mero apego à letra do texto, aguardar a respectiva fluência. O argumento de, nesse meio tempo, a lei pode ser revogada (aconteceu com o Código Penal de 1969) não influi no raciocínio. O comando da Constituição é incondicional, no sentido de beneficiar. (...) Recorde-se ainda. A **vacatio legis** busca, antes da vigência, favorecer a pessoa, a fim de não ser surpreendida com a nova disciplina. Seria contrasenso deixar de aplicar, imediatamente, lei que se destina a favorecer. No caso em comento: porquê esperar 60 dias para início de vigência, se no segundo mês haverá a nova disciplina! Seria manter a lei mais rigorosa durante esse tempo e, escoado o prazo, de ofício, conferir o novo tratamento. Sem dúvida, evidente exemplo de raciocínio de aplicação formal da lei, escorada apenas no sentido gramatical do texto legal! Apesar de aproximar-se o século XXI! A elaboração da lei pode apresentar vício de procedimento. Evidenciar-se inconstitucional. Em outras palavras, o texto exterioriza a posição oficial (representa a sociedade), todavia, de maneira, legislativamente, defeituosa. Significa, porém, a diretriz a ser adotada nesse setor. Evidente, o raciocínio é válido quando a norma posterior for mais favorável. Materialmente, ocorre **abolitio criminis**, ou foi amenizado, de qualquer modo, o tratamento até então em vigor. O tema ganha amplo espaço na literatura italiana e a Corte Constitucional decidiu que, no caso, se está de frente a um conflito entre interesse individual e favor **libertatis** e o interesse da tutela da comunidade.”<sup>4</sup> (também sublinhamos).*

Pierpaolo Cruz Bottini, comentando especificamente a nova lei, também entende que a **vacatio legis** “*não impede a*

<sup>3</sup> Temas de Direito Penal, São Paulo, 1986, pp. 16/17.

<sup>4</sup> “Vacatio Legis - Lei Penal Inconstitucional”, Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais: São Paulo, n.º. 35, p. 16, nov. 1995.

*aplicação imediata das medidas cautelares mais benéficas do que a prisão.” Para ele, “tratando-se de **reformatio in melius**, podem ser antecipadas, como assente na doutrina e na jurisprudência.”<sup>5</sup> Acertada a afirmação!*

Ainda outrora, e nada obstante a repetida lição dos civilistas, o jurista Vicente Ráo também já admitia, ainda que excepcionalmente, “a validade dos atos praticados de acordo com a nova lei, durante a **vacatio legis**, quando esta lei disciplina matéria nova, isto é, não contemplada pela lei anterior.”<sup>6</sup> Ora, a nova lei dispõe sobre medidas cautelares muitas das quais até então desconhecidas em nosso ordenamento jurídico, portanto, matéria nova, e mais: de natureza material e benéfica! No final deste artigo trataremos com mais detalhes sobre o Direito Intertemporal e a aplicação dos novos dispositivos aos processos pendentes na data da efetiva vigência dos novos dispositivos legais.

## **II – DAS DISPOSIÇÕES GERAIS**

A nova lei alterou substancialmente o Título IX do Livro I do Código de Processo Penal que passou a ter a seguinte epígrafe: “*Da Prisão, Das Medidas Cautelares e Da Liberdade Provisória*”. No Capítulo I – Das Disposições Gerais – foram modificados os artigos a seguir comentados:

O novo art. 282 estabelece que as medidas cautelares previstas em todo o Título IX deverão ser aplicadas observando-se um dos seguintes requisitos: a 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 (**periculum libertatis**).

Além destes requisitos (cuja presença não precisa ser cumulativa, mas alternativamente), a lei estabelece critérios que deverão orientar o Juiz no momento da escolha e da intensidade da medida cautelar, a saber: a gravidade do crime, as circunstâncias do fato e as condições pessoais do indiciado ou acusado (**fumus commissi delicti**). Evidentemente, merecem críticas tais critérios, pois muito mais condizentes com as circunstâncias judiciais a serem aferidas em momento posterior quando da aplicação da pena, além de se tratar de típica opção pelo odioso Direito Penal do Autor.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> “Medidas Cautelares – Projeto de Lei 111/2008”, in As Reformas no Processo Penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 500.

<sup>6</sup> O Direito e a Vida dos Direitos, São Paulo: Editora Max Limonad, 1960, 375.

<sup>7</sup> Neste mesmo sentido Pierpaolo Cruz Bottini, “Medidas Cautelares – Projeto de Lei 111/2008”, in As Reformas no Processo Penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 458.

Procura-se, portanto, estabelecer neste Título os requisitos e os critérios justificadores para as medidas cautelares no âmbito processual penal, inclusive no que diz respeito às prisões provisórias, incluindo-se a prisão temporária<sup>8</sup>, “pois são regras abrangentes, garantidoras da sistematicidade de todo o ordenamento.”<sup>9</sup> Ademais, a prisão temporária encontra-se prevista neste Título IX do Código de Processo Penal (art. 283).

Assim, quaisquer das medidas cautelares estabelecidas neste Título (repetimos: inclusive as prisões provisórias codificadas ou não) só se justificarão quando presentes o **fumus commissi delicti** e o **periculum libertatis** (ou o **periculum in mora**, conforme o caso) e só deverão ser mantidas enquanto persistir a sua necessidade, ou seja, a medida cautelar, tanto para a sua decretação quanto para a sua manutenção, obedecerá à cláusula **rebus sic stantibus**.

Dispõe a lei que poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente<sup>10</sup> e 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.

Observa-se que as medidas cautelares só poderão ser decretadas de ofício pelo Juiz durante a fase processual; antes, no curso de uma investigação criminal, apenas quando instado a fazê-lo, seja pelo Ministério Público, seja pela Polícia. Ainda que tenha sido louvável esta limitação, parece-nos que no

<sup>8</sup> A prisão temporária, disciplinada na Lei nº. 7.960/89, nada mais é do que aquela famigerada prisão para averiguações, hoje legalizada. Se do ponto de vista formal pode-se até concluir que a antiga prática foi regularizada, sob o aspecto material, indiscutivelmente, continua a mácula aos postulados constitucionais. Como bem notou Paulo Rangel, “no Estado Democrático de Direito não se pode permitir que o Estado lance mão da prisão para investigar, ou seja, primeiro prende, depois investiga para saber se o indiciado, efetivamente, é o autor do delito. Trata-se de medida de constrição da liberdade do suspeito que, não havendo elementos suficientes de sua conduta nos autos do inquérito policial, é preso para que esses elementos sejam encontrados. (...) Prender um suspeito para investigar se é ele, é barbárie. Só na ditadura e, portanto, no Estado de exceção. No Estado Democrático de Direito havendo necessidade se prende, desde que haja elementos de convicção quanto ao **periculum libertatis**.” (Direito Processual Penal, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, 7ª. ed., pp. 643/644). A propósito, veja-se a preocupação dos juristas espanhóis Gimeno Sendra, Moreno Catena e Cortés Dominguez, segundo os quais não se pode “atribuir a la medida cautelar el papel de instrumento de la investigación penal. Dizem eles que “sin duda alguna, esa utilización de la prisión provisional como impulsora del descubrimiento del delito, para obtener pruebas o declaraciones, ha de rechazarse de plano, pues una concepción de este tipo excede los límites constitucionales, y colocaría a la investigación penal así practicada en un lugar muy próximo a la tortura indagatoria.” (Ob. cit., p. 524). Aliás, esta lei padece de vício de origem, pois ela foi criada pela Medida Provisória nº. 111/89 quando deveria sê-lo, obrigatoriamente, por lei em sentido formal, votada pelo Congresso Nacional. Como observou Alberto Silva Franco, esta lei “originou-se de uma medida provisória baixada pelo Presidente da República e, embora tenha sido convertida em lei pelo Congresso Nacional, representou uma invasão na área da competência reservada ao Poder Legislativo. Pouco importa a aprovação pelo Congresso Nacional da medida provisória.” (Crimes Hediondos, São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª. ed., 2000, p. 357).

<sup>9</sup> Pierpaolo Bottini, ob. cit., p. 457.

<sup>10</sup> Segundo Pierpaolo Bottini, “no caso de aplicação cumulativa, a razoabilidade exige que as medidas sejam compatíveis, que possam ser aplicadas ao mesmo tempo, pelo que, a despeito do previsto no texto, a cautelar de prisão será sempre aplicada isoladamente.” (ob. cit. p. 460).

sistema acusatório é sempre inoportuno deferir ao Juiz a iniciativa de medidas persecutórias, mesmo durante a instrução criminal. É absolutamente desaconselhável permitir-se ao Juiz a possibilidade de, ex officio, ainda que em Juízo, decidir acerca de uma medida cautelar de natureza criminal (restritiva de direitos, privativa de liberdade, etc.), pois que lembra o velho e pernicioso sistema inquisitivo<sup>11</sup>.

É evidente que o dispositivo é perigoso, pois não se pode admitir que uma mesma pessoa (o Juiz), ainda que ungido pelos deuses, possa avaliar como *“necesário um ato de instrução e ao mesmo tempo valore a sua legalidade. São logicamente incompatíveis as funções de investigar e ao mesmo tempo garantir o respeito aos direitos do imputado. São atividades que não podem ficar nas mãos de uma mesma pessoa, sob pena de comprometer a eficácia das garantias individuais do sujeito passivo e a própria credibilidade da administração de justiça. (...) Em definitivo, não é suscetível de ser pensado que uma mesma pessoa se transforme em um investigador eficiente e, ao mesmo tempo, em um guardião zeloso da segurança individual. É inegável que ‘o bom inquisidor mata o bom juiz ou, ao contrário, o bom juiz desterra o inquisidor’*”<sup>12</sup>.

Claro que há efetivamente certo distanciamento dos postulados do sistema acusatório, mitigando-se a imparcialidade<sup>13</sup> que deve nortear a atuação de um Juiz criminal, que não se coaduna com a determinação pessoal e direta de medidas cautelares. *“Este sistema se va imponiendo en la mayoría de los sistemas procesales. En la práctica, ha demostrado ser mucho más eficaz, tanto para profundizar la investigación como para preservar las garantías procesales”*, como bem acentua Alberto Binder.<sup>14</sup>

Dentro desta perspectiva, o sistema acusatório é o que melhor encontra respaldo em uma democracia, pois distingue perfeitamente as três funções precípua em uma ação penal, a saber: o julgador, o acusador e a defesa. Tais sujeitos processuais devem estar absolutamente separados (no que diz respeito às respectivas atribuições e competência), de forma que o julgador não acuse, nem defenda

<sup>11</sup> Interessante transcrever um depoimento de Leonardo Boff, ao descrever os percalços que passou até ser condenado pelo Vaticano, sem direito de defesa e sob a égide de um típico sistema inquisitivo. Após ser moral e psicologicamente arrasado pelo secretário do Santo Ofício (hoje Congregação para a Doutrina da Fé), Cardeal Jerome Hamer, em prantos, disse-lhe o brasileiro: *“Olha, padre, acho que o senhor é pior que um ateu, porque um ateu pelo menos crê no ser humano, o senhor não crê no ser humano. O senhor é cínico, o senhor ri das lágrimas de uma pessoa. Então não quero mais falar com o senhor, porque eu falo com cristãos, não com ateus.”* Por uma ironia do destino, depois de condenado pelo inquisidor, Boff o telefonou quando o Cardeal estava à beira da morte, fulminado por um câncer. Ao ouvi-lo, a autoridade eclesástica desabafou, chorando: *“Ninguém me telefona... foi preciso você me telefonar! Me sinto isolado (...) Boff, vamos ficar amigos, conheço umas pizzarias aqui perto do Vaticano...”* (in Revista Caros Amigos – As Grandes Entrevistas, dezembro/2000).

<sup>12</sup> Lopes Jr., Aury, *Investigação Preliminar no Processo Penal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 74.

<sup>13</sup> Como diz o Professor da Universidade de Valencia, Juan Montero Aroca, *“en correlación con que la Jurisdicción juzga sobre asuntos de otros, la primera exigencia respecto del juez es la de que éste no puede ser, al mismo tiempo, parte en el conflicto que se somete a su decisión.”* (Sobre la Imparcialidad del Juez y la Incompatibilidad de Funciones Procesales, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 186).

<sup>14</sup> *Iniciación al Proceso Penal Acusatorio*, Buenos Aires: Campomanes Libros, 2000, p. 43.

(preservando a sua necessária imparcialidade), o acusador não julgue e o defensor cumpra a sua missão constitucional de exercer a chamada defesa técnica<sup>15</sup>.

Observa-se que no sistema acusatório estão perfeitamente definidas as funções de acusar, de defender e a de julgar, sendo vedado ao Juiz proceder como órgão persecutório. É conhecido o princípio do **ne procedat iudex ex officio**, verdadeiro dogma do sistema acusatório. Nele, segundo o professor da Universidade de Santiago de Compostela, Juan-Luís Gómez Colomer, “*hay necesidad de una acusación, formulada e mantenida por persona distinta a quien tiene que juzgar, para que se pueda abrir y celebrar el juicio e, consecuentemente, se pueda condenar*”<sup>16</sup>, proibindo-se “*al órgano decisor realizar las funciones de la parte acusadora*”<sup>17</sup>, “*que aquí surge com autonomia e sem qualquer relacionamento com a autoridade encarregue do julgamento*”<sup>18</sup>.

Dos doutrinadores pátrios, talvez o que melhor traduziu o conceito do sistema acusatório tenha sido José Frederico Marques:

*“A titularidade da pretensão punitiva pertence ao Estado, representado pelo Ministério Público, e não ao juiz, órgão estatal, tão-somente, da aplicação imparcial da lei para dirimir os conflitos entre o **jus puniendi** e a liberdade do réu. Não há, em nosso processo penal, a figura do juiz inquisitivo. Separadas estão, no Direito pátrio, a função de acusar e a função jurisdicional. (...) O juiz exerce o poder de julgar e as funções inerentes à atividade jurisdicional: atribuições persecutórias, ele as tem muito restritas, e assim mesmo confinadas ao campo da **notitia criminis**. No que tange com a ação penal e à função de acusar, sua atividade é praticamente nula, visto que ambas foram adjudicadas ao Ministério Público.”*<sup>19</sup>

<sup>15</sup> Como se sabe, o defensor exerce a chamada defesa técnica, específica, profissional ou processual, que exige a capacidade postulatória e o conhecimento técnico. O acusado, por sua vez, exercita ao longo do processo (quando, por exemplo, é interrogado) a denominada autodefesa ou defesa material ou genérica. Ambas, juntas, compõem a ampla defesa. A propósito, veja-se a definição de Miguel Fenech: “*Se entiende por defensa genérica aquella que lleva a cabo la propia parte por sí mediante actos constituidos por acciones u omisiones, encaminados a hacer prosperar o a impedir que prospere la actuación de la pretensión.. No se halla regulada por el derecho con normas cogentes, sino con la concesión de determinados derechos inspirados en el conocimiento de la naturaleza humana, mediante la prohibición del empleo de medios coactivos, tales como el juramento – cuando se trata de la parte acusada – y cualquier otro género de coacciones destinadas a obtener por fuerza y contra la voluntad del sujeto una declaración de conocimiento que ha de repercutir en contra suya*”. Para ele, diferencia-se esta autodefesa da defesa técnica, por ele chamada de específica, processual ou profissional, “*que se lleva a cabo no ya por la parte misma, sino por personas peritas que tienen como profesión el ejercicio de esta función técnico-jurídica de defensa de las partes que actúan en el proceso penal para poner de relieve sus derechos y contribuir con su conocimiento a la orientación y dirección en orden a la consecución de los fines que cada parte persigue en el proceso y, en definitiva, facilitar los fines del mismo*”. (Derecho Procesal Penal, Vol. I, 2ª. ed., Barcelona: Editorial Labor, S. A., 1952, p. 457).

<sup>16</sup> Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1989, p. 230.

<sup>17</sup> Gimeno Sendra, Derecho Procesal, Valencia: Tirant lo Blanch, 1987, p. 64.

<sup>18</sup> José António Barreiros, Processo Penal-1, Almedina, Coimbra, 1981, p. 13.

<sup>19</sup> Elementos de Direito Processual Penal, Vol. I, Forense, p. 64.

Ainda como corolário dos princípios atinentes ao sistema acusatório, aduzimos a necessidade de se afastar o Juiz, o mais possível, de atividades persecutórias<sup>20</sup>. Um dos argumentos mais utilizados para contrariar esta afirmação é a decantada busca da verdade real, verdadeiro dogma do processo penal<sup>21</sup>. Ocorre que este dogma está em franca decadência, pois hoje se sabe que a verdade a ser buscada é aquela processualmente possível, dentro dos limites impostos pelo sistema e pelo ordenamento jurídico.

Como ensina Muñoz Conde, *“el proceso penal de un Estado de Derecho no solamente debe lograr el equilibrio entre la búsqueda de la verdad y la dignidad de los acusados, sino que debe entender la verdad misma no como una verdad absoluta, sino como el deber de apoyar una condena sólo sobre aquello que indubitada e intersubjetivamente puede darse como probado. Lo demás es puro fascismo y la vuelta a los tiempos de la Inquisición, de los que se supone hemos ya felizmente salido.”*<sup>22</sup>

Com efeito, não se pode, por conta de uma busca de algo muitas vezes inatingível (a verdade...)<sup>23</sup> permitir que o Juiz saia de sua posição de supra partes, a fim de auxiliar, por exemplo, o Ministério Público a provar a imputação posta na peça acusatória. Sobre a verdade material ou substancial, ensina Ferrajoli, ser aquela *“carente de limites y de confines legales, alcanzable con cualquier medio más allá de rígidas reglas procedimentales. Es evidente que esta pretendida ‘verdad sustancial’, al ser perseguida fuera de reglas y controles y, sobre todo, de una exacta predeterminación empírica de las hipótesis de indagación, degenera en juicio de valor, ampliamente arbitrario de hecho, así como que el cognoscitivism ético sobre el que se basea el sustancialismo penal resulta inevitablemente solidario con una concepción autoritaria e irracionalista del proceso penal”*. Para o mestre italiano, contrariamente, a verdade formal ou processual é alcançada *“mediante el respeto a reglas precisas y relativa a los solos hechos y circunstancias perfilados como penalmente relevantes. Esta verdad no pretende ser la verdad; no es obtenible mediante*

<sup>20</sup> Sobre a atividade instrutória do Juiz no Processo Penal, remetemos o leitor a duas obras: “A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal”, de Marcos Alexandre Coelho Zilli, Editora Revista dos Tribunais, 2003 e “Poderes Instrutórios do Juiz”, de José Roberto dos Santos Bedaque, Editora Revista dos Tribunais, 2ª. ed., 1994..

<sup>21</sup> Sobre a matéria há obras importantes, a saber, por exemplo: “A Busca da Verdade Real no Processo Penal”, de Marco Antonio de Barros, Editora Revista dos Tribunais, 2002; “O Mito da Verdade Real na Dogmática do Processo Penal”, de Francisco das Neves Baptista, Editora Renovar, 2001 e “La verdad en el Proceso Penal”, de Nicolás Guzmán, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

<sup>22</sup> Búsqueda de la Verdad en el Proceso Penal, Buenos Aires: Depalma: 2000, p. 107.

<sup>23</sup> *“Clásicamente, a verdade se define como adequação do intelecto ao real. Pode-se dizer, portanto, que a verdade é uma propriedade dos juízos, que podem ser verdadeiros ou falsos, dependendo da correspondência entre o que afirmam ou negam e a realidade de que falam.”* (Hilton Japiassu e Danilo Marcondes, Dicionário Básico de Filosofia, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1990, p. 241). *“A porta da verdade estava aberta / Mas só deixava passar / Meia pessoa de cada vez / Assim não era possível atingir toda a verdade. / Porque a meia pessoa que entrava / Só trazia o perfil de meia verdade / E a segunda metade / Voltava igualmente como perfil / E os meios perfis não coincidiam. / Arrebatavam a porta, derrubavam a porta, / Chegaram ao lugar luminoso onde a verdade esplendia seus fogos. / Era dividida em metades diferentes uma da outra. / Chegou-se a discutir qual a metade mais bela. / Nenhuma das duas era totalmente bela e carecia optar. / Cada um optou conforme seu capricho, sua ilusão, sua miopia.”* (Carlos Drummond de Andrade, do livro “O corpo”, editora Record). *“Não tenho a menor noção do que é a verdade, mulher! Caguei pra verdade, a verdade é uma coisa escrota, uma nojeira filosófica inventada pelos monges do século XIII, que ficavam tocando punheta nos conventos, verdade o cacete, interessa a objetividade.”* (“Eu sei que vou te amar”, de Arnaldo Jabor, Rio de Janeiro: Objetiva, p. 65).

*indagaciones inquisitivas ajenas al objeto procesal; está condicionada en sí misma por el respeto a los procedimientos y las garantías de la defensa. Es, en suma, una verdad más controlada en cuanto al método de adquisición pero más reducida en cuanto al contenido informativo de cualquier hipotética 'verdad sustancial'*<sup>24</sup>.

Vê-se, portanto, que se permitiu um desaconselhável “agir de ofício” pelo Juiz. Não é possível tal disposição em um sistema jurídico acusatório, pois que lembra o sistema inquisitivo caracterizado, como diz Ferrajoli, por “*una confianza tendencialmente ilimitada en la bondad del poder y en su capacidad de alcanzar la verdad*”, ou seja, este sistema “*confía no sólo la verdad sino también la tutela del inocente a las presuntas virtudes del poder que juzga*”.<sup>25</sup>

Parece-nos claro que há, efetivamente, uma mácula séria aos postulados do sistema acusatório, precipuamente à imprescindível imparcialidade que deve nortear a atuação de um Juiz criminal (e não neutralidade, que é impossível)<sup>26</sup>. Quanto à neutralidade, faz-se uma ressalva, pois não acreditamos em um Juiz neutro (como em um Promotor de Justiça ou um Procurador da República neutro). Há sempre circunstâncias que, queiram ou não, influenciam em decisões e pareceres, sejam de natureza ideológica, política, social, etc., etc. Como notou Eros Roberto Grau, “*ainda que os princípios os vinculem, a neutralidade política do intérprete só existe nos livros. Na práxis do direito ela se dissolve, sempre. Lembre-se que todas as decisões jurídicas, porque jurídicas, são políticas.*”<sup>27</sup> São inconfundíveis a neutralidade e a imparcialidade. É ingenuidade acreditar-se em um Juiz neutro, mas é absolutamente indispensável um Juiz imparcial.

Um Magistrado imparcial, como afirmam Alexandre Bizzotto, Augusto Jobim e Marcos Eberhardt, implica em um “*formal afastamento fático do fato julgado, não podendo o Magistrado ter vínculos objetivos com o fato concreto colocado à discussão processual. Coloca-se daí na condição de terceiro estranho ao caso penal. (...) Já a neutralidade é a assunção da alienação judicial, negando-se ingenuamente o humano no juiz. Este agente político partícipe da vida social sente (a própria sentença é um ato de sentir), age, pensa e sofre todas as influências provocadas pela sociedade pós-moderna. Afirmar que o juiz é neutro é ocultar uma realidade.*”<sup>28</sup>

Sobre o sistema acusatório, afirmava Vitu: “*Ce système procédural se retrouve à l’origine des diverses civilisations méditerranéennes*

<sup>24</sup> Derecho y Razón, Madrid: Editorial Trotta, 3ª. ed., 1998, pp. 44 e 45.

<sup>25</sup> Ferrajoli, Luigi, Derecho y Razón, Madrid: Editorial Trotta, 3ª. ed., 1998, p. 604.

<sup>26</sup> Como diz o Professor da Universidade de Valencia, Juan Montero Aroca, “*en correlación con que la Jurisdicción juzga sobre asuntos de otros, la primera exigencia respecto del juez es la de que éste no puede ser, al mismo tiempo, parte en el conflicto que se somete a su decisión.*” (Sobre la Imparcialidad del Juez y la Incompatibilidad de Funciones Procesales, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 186).

<sup>27</sup> Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito, São Paulo: Malheiros, 2ª. ed., 2003, p. 51. Também neste sentido, veja-se Rodolfo Pamplona Filho, “*O Mito da Neutralidade do Juiz como elemento de seu Papel Social*” in “*O Trabalho*”, encarte de doutrina da Revista “Trabalho em Revista”, fascículo 16, junho/1998, Curitiba/PR, Editora Decisório Trabalhista, págs. 368/375, e Revista “Trabalho & Doutrina”, nº 19, dezembro/98, São Paulo, Editora Saraiva, págs.160/170.

<sup>28</sup> A Crise do Processo Penal e as Novas Formas de Administração da Justiça Criminal, obra organizada por Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo e Salo de Carvalho, Porto Alegre: Notadez, 2006, p. 20.



*et occidentales: en Grèce, à Rome vers la fin de la République, dans le droit germanique, à l'époque franque et dans la procédure féodale. Ce système, qui ne distingue pas la procédure criminelle de la procédure, se caractérise par des traits qu'on retrouve dans les différents pays qui l'ont consacré. Dans l'organisation de la justice, la procédure accusatoire suppose une complète égalité entre l'accusation et la défense.*"<sup>29</sup>

A propósito, relembramos o art. 3º. da Lei nº. 9.296/96 (interceptações telefônicas) que permite ao Juiz, mesmo na primeira fase da **persecutio criminis**, determinar de ofício a quebra do sigilo telefônico, o que também representa uma quebra flagrante dos postulados do sistema acusatório, bem como o art. 311 do Código de Processo Penal, possibilitando ao Juiz Criminal a decretação, de ofício, da prisão preventiva (ver adiante), decisões que (pasmem!), ainda o tornam preventivo (art. 75, parágrafo único e art. 83 do Código de Processo Penal).<sup>30</sup>

Com inteira razão Jacinto Nelson de Miranda Coutinho: *“a questão é tentar quase o impossível: compatibilizar a Constituição da República, que impõe um Sistema Acusatório, com o Direito Processual Penal brasileiro atual e sua maior referência legislativa, o CPP de 41, cópia malfeita do Codice Rocco de 30, da Itália, marcado pelo princípio inquisitivo nas duas fases da persecutio criminis, logo, um processo penal regido pelo Sistema Inquisitório. (...) Lá, como é do conhecimento geral, ninguém duvida que o advogado de Mussolini, Vincenzo Manzini, **camicia nera** desde sempre, foi quem escreveu o projeto do Codice com a cara do regime (...)*”<sup>31</sup>

Continuando...

Atendendo à exigência constitucional do contraditório, dispõe o § 3º. do art. 282 que, ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida (quando, então, será tomada **inaudita altera pars**, como, por exemplo, uma interceptação telefônica), o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias; neste caso, os autos devem permanecer em juízo. Parece-nos que mesmo no caso da medida ser determinada de ofício pelo Juiz, deve assim também se proceder, ou seja, ouvir-se a parte a quem a medida possa trazer algum prejuízo, ressalvadas, evidentemente, as hipóteses de urgência ou de perigo para a eficácia da decisão. Não há devido processo legal sem o contraditório, que vem a ser, em linhas gerais, a garantia de que para toda ação haja uma correspondente reação, garantindo-se, assim, a plena igualdade de oportunidades processuais. A respeito do contraditório, Willis Santiago Guerra Filho afirma *“que não há processo sem respeito efetivo do contraditório, o que nos faz associar o princípio a um princípio informativo, precisamente aquele político, que garante a plenitude do acesso ao Judiciário (cf. Nery Jr., 1995, p. 25). Importante, também, é perceber no princípio do contraditório mais do que um princípio (objetivo) de organização do processo, judicial ou administrativo – e, logo, um princípio de organização de um instrumento de atuação do Estado, ou seja,*

<sup>29</sup> André Vitu, Procédure Pénale. Paris: Presses Universitaires de France, 1957, p. 13-14.

<sup>30</sup> Sobre prevenção veja o que escrevemos em nosso Curso Temático de Direito Processual Penal, Curitiba: Juruá, 2010, p. 348.

<sup>31</sup> O Núcleo do Problema no Sistema Processual Penal Brasileiro, Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº. 175, junho/2007, p. 11.

*um princípio de organização do Estado, um direito. Trata-se de um verdadeiro direito fundamental processual, donde se poder falar, com propriedade em direito ao contraditório, ou **Anspruch auf rechliches Gehör**, como fazem os alemães.”* (grifos no original).<sup>32</sup>

Segundo Étienne Vergès, a Corte Européia dos Direitos do Homem (CEDH) “*en donne une définition synthétique en considérant que ce principe implique la faculté, pour les parties à un procès penal ou civil, de prendre connaissance de toutes pièces ou observations présentées au juge, même par un magistrat indépendant, en vue d’influencer sa décision et de la discuter`* (CEDH, 20 févr. 1996, Vermeulen c/ Belgique, D. 1997, som. com. P. 208).”<sup>33</sup>

O contraditório será fundamental (ressalvada a urgência e a possibilidade de ineficácia da medida), até para que o investigado ou acusado tenha a oportunidade de, por exemplo, requerer “a decretação de medida menos gravosa do que aquela sugerida pela parte contrária.”<sup>34</sup>

Aliás, ainda que a medida tenha sido tomada **inaudita altera pars**, “a observância do contraditório, nesses casos, é feita depois, dando-se oportunidade ao suspeito ou réu de contestar a providência cautelar (...). Fala-se em contraditório diferido ou postergado.”<sup>35</sup>

Esta exigência do contraditório (prévio ou postergado) aplica-se, inclusive, quando se tratar da prisão provisória (temporária ou preventiva), pois típica medida cautelar, ressaltando-se, obviamente, a urgência e a possibilidade de sua ineficácia (prisão preventiva para aplicação da lei penal, por exemplo).

Pois bem.

Caso haja 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, nos termos do art. 312, parágrafo único do Código de Processo Penal. Observa-se que a lei é expressa ao considerar a prisão cautelar (incluindo-se a temporária) como **ultima ratio**. É imposição legal a excepcionalidade da prisão provisória, que somente deverá ser decretada quando não for absolutamente cabível a sua substituição por outra medida cautelar. E na respectiva decisão, esta imprescindibilidade deve restar claramente demonstrada, nos termos do art. 93, IX da Constituição.

Como dissemos acima, a medida cautelar decretada poderá ser revogada ou substituída quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a ser decretada, se sobrevierem razões que a justifiquem (é a

<sup>32</sup> Introdução ao Direito Processual Constitucional, São Paulo: Síntese, 1999, p. 27.

<sup>33</sup> Procédure Pénale, Paris: LexisNexis Litec, 2005, p. 35.

<sup>34</sup> Pierpaolo Botinni, ob. cit., p. 462.

<sup>35</sup> Antonio Scarance Fernandes, Processo Penal Constitucional, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 60. No mesmo sentido, veja-se Rogério Lauria Tucci, Direitos e Garantias no Processo Penal Brasileiro, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª., ed., 2004, p. 361.

conhecida cláusula **rebus sic stantibus**). Aqui também, deve-se atender à exigência constitucional do contraditório, na forma do § 3º. do art. 282.

Ainda neste Capítulo I, o art. 283 estabelece que 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<sup>36</sup> ou prisão preventiva. Evidentemente, ressalvam-se os casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei, em cumprimento ao disposto no art. 5º., LXI da Constituição.

Portanto, é direito do réu aguardar em liberdade o seu recurso interposto, inclusive os recursos constitucionais, nada obstante o disposto no art. 27 da Lei nº. 8.038/90, não aplicável nos processos criminais, não impedindo que, excepcionalmente, aguarde-se preso o julgamento, caso no acórdão condenatório mantenha-se ou se decrete fundamentadamente a prisão provisória; neste último caso, terá o acusado direito à fruição dos benefícios da Lei de Execução Penal, à vista do disposto no seu art. 2º., bem como no Enunciado 716 da súmula do Supremo Tribunal Federal e na Resolução nº. 19/2006 do Conselho Nacional de Justiça<sup>37</sup>.

Observa-se, outrossim, que todas as medidas cautelares estabelecidas no Título IX (incluídas as prisões, insista-se) não podem ser aplicadas à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade. Portanto, não será possível aplicá-las em relação às contravenções penais a que a lei comina, isoladamente, pena de multa, como, por exemplo, aquelas previstas nos arts. 292, 303, 304, do Código Eleitoral (dentre várias outras). Diga-se o mesmo em relação ao art. 28 da Lei nº. 11.343/06 (Lei de Drogas).

Dispõe o § 2º. do art. 283 que a prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio. Neste sentido, observar-se-á o disposto no art. 5º., XI da Constituição, bem como o art. 150 do Código Penal.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> Sobre a inconstitucionalidade da prisão temporária, veja o que escrevemos em nosso Curso Temático de Direito Processual Penal, Curitiba: Juruá, 2010, p. 347.

<sup>37</sup> Sobre o direito de apelar em liberdade, inclusive quando se interpõe recurso especial e extraordinário, veja o que escrevemos em nosso Curso Temático de Direito Processual Penal, Curitiba: Juruá, 2010, págs. 809 e segs. Neste sentido, atentemos para a lição de Ada Pellegrini Grinover, segundo a qual esta norma “visa a regulamentar os recursos de forma genérica, não sendo aplicável, quanto aos efeitos prisionais, à esfera penal.” (apud Roberto Delmanto Junior, in As modalidades de prisão provisória e o seu prazo de duração, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 206). Também Paganella Boschi, para quem este parágrafo “endereço-se unicamente aos processos cíveis, porque nestes a execução provisória da sentença, mediante caução pelo autor, é perfeitamente admissível. Jamais as sentenças proferidas nos processos criminais, por implicar ofensa aberta, direta e frontal à garantia da presunção de inocência, antes citada.” (Revista de Estudos Criminais nº. 05, Porto Alegre: Editora NotaDez, 2002).

<sup>38</sup> “RHC 90376/RJ - Relator: Min. CELSO DE MELLO – Julgamento: 03/04/2007 - Órgão Julgador: Segunda Turma - Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de “casa” revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, § 4º, II), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel. Doutrina. Precedentes. - Sem que ocorra qualquer das situações

Também foi alterada a redação do art. 289, prescrevendo que 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. Neste caso, 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, devendo a autoridade a quem se fizer a requisição tomar as precauções necessárias para averiguar a autenticidade da comunicação. Ainda aqui, o juiz processante deverá providenciar a remoção do preso no prazo máximo de trinta dias, contados da efetivação da medida. Com as cautelas devidas, cremos ser possível aplicar-se no processo penal a Lei nº. 11.419/2006 que trata de estabelecer a realização de atos processuais por meios eletrônicos. Outrossim, como não foi alterado o art. 290, tendo sido o caso de prisão em flagrante, a remoção ficará a cargo da autoridade policial que lavrou o auto de prisão em flagrante (a do local da prisão) e esta transferência deve ser imediata.

---

*excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público poderá, contra a vontade de quem de direito (**invito domino**), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em aposento ocupado de habitação coletiva, sob pena de a prova resultante dessa diligência de busca e apreensão reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude originária. Doutrina. Precedentes (STF). A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do **due process of law**, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. - A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do **male captum, bene retentum**. Doutrina. Precedentes. Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. - A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do **due process of law** e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. - A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada") repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. - Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária."*

A nova lei acrescentou o art. 289-A, dispondo que o juiz competente providenciará o imediato registro do mandado de prisão em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça, devendo o Conselho regulamentar este registro. Esta nova disposição legal permite que qualquer agente policial possa 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. Outrossim, 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. Nestes casos, 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, devendo o preso ser informado de seus direitos, nos termos do inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal; caso o autuado não informe o nome de seu advogado, deve ser comunicada a prisão à Defensoria Pública (atentar que no caso de prisão em flagrante, mais do que a simples comunicação, a lei exige que seja, em até 24 horas após a realização da prisão, encaminhada à Defensoria Pública cópia integral do auto de prisão em flagrante, caso o preso não informe o nome do seu advogado – art. 306, parágrafo primeiro); se existirem dúvidas das autoridades locais sobre a legitimidade da pessoa do executor ou sobre a identidade do preso, poderão por em custódia o preso, até que fique esclarecida a dúvida. Evidentemente que esta custódia deve ter uma duração pequena, apenas a necessária para o devido esclarecimento.

Sobre tais disposições, mais uma vez entendemos pertinentes as observações de Pierpaolo Bottini, ao ressaltar “*que tais informações não devem restar guardadas apenas no âmbito do Poder Judiciário, pois consistem em instrumento importantíssimo para a elaboração de estratégias de políticas de segurança pública. (...) Como tais informações, em regra, não são sigilosas, poderiam e deveriam ser compartilhadas em sua inteireza com órgãos da Polícia Federal, com o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, dentre outros, estruturando um sistema de inteligência e de desenvolvimento estratégico de ações nesta seara.*” E o autor vai mais além, com toda razão: “*seria importante que constassem do Cadastro Nacional não apenas as ordens de privação de liberdade, mas também as determinações a respeito de outras cautelares, (...) para que as autoridades policiais ou judiciais de outras comarcas ou de outras unidades da Federação tivessem ciência das restrições impostas, auxiliando em sua fiscalização e cumprimento.*”<sup>39</sup>

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.

As pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas, nos termos da Lei de Execução Penal. O novo art. 300 repete a regra estabelecida na Lei de Execução Penal

---

<sup>39</sup> “Medidas Cautelares – Projeto de Lei 111/2008”, in *As Reformas no Processo Penal*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, págs. 499 e 500.

(art. 84)<sup>40</sup> e na que dispõe sobre a prisão temporária (art. 3º), disposições que, na prática, nem sempre são obedecidas, apesar de constarem nas Regras Mínimas da Organização das Nações Unidas (nº. 8.b): “As pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas.” Com o nosso atual sistema carcerário muito dificilmente tal artigo será observado, como não o são os artigos das Leis nºs. 7.210/84 e 7.960/89.

Em relação ao 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. Caso o militar seja um oficial, terá direito a ser recolhido em prisão especial (art. 295, V); caso contrário, ficará preso em cela comum de um estabelecimento militar (art. 296).

Por fim, neste primeiro capítulo, foi expressamente revogado o art. 298.

### **III – DA PRISÃO EM FLAGRANTE**

Passemos agora a analisar as alterações feitas no Capítulo II – Da Prisão em Flagrante; aqui apenas foram modificados os arts. 306 e 310. No art. 306 determina-se que a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre sejam comunicados imediatamente ao Juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada, em conformidade com o disposto no art. 5º., LXII e LXIII da Constituição.

Determina-se, outrossim, que em até 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. Neste 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. Entendo que a não observância de qualquer das exigências acima referidas enseja o relaxamento da prisão, por evidente ilegalidade ou abuso de poder: caso o Juiz não o faça, será o caso de cabimento de impetração de **habeas corpus**, sem prejuízo do disposto no art. 4º., “d”, da Lei nº. 4.898/65 (Crimes de Abuso de Autoridade).

No art. 310 estabelece-se que o Juiz de Direito deverá, fundamentadamente, ao receber o auto de prisão em flagrante, tomar uma das seguintes decisões: a) relaxar a prisão ilegal (aquela cujo auto de prisão em flagrante não observou os requisitos legais acima indicados); b) converter a prisão em flagrante (legalmente lavrado) em prisão preventiva, quando presentes os requisitos constantes do

<sup>40</sup> “O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado. § 1º. O preso primário cumprirá pena em seção distinta daquela reservada para os reincidentes. § 2º. O preso que, ao tempo do fato, era funcionário da Administração da Justiça Criminal ficará em dependência separada.”

art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão<sup>41</sup>; de se observar que a prisão preventiva não pode ser decretada de ofício pelo Juiz de Direito nesta fase pré-processual, logo para a conversão é necessário ter havido a representação da autoridade policial ou após requerimento do Ministério Público (art. 311 do Código de Processo Penal); c) conceder liberdade provisória, com ou sem fiança (idem, ou seja, para a conversão da prisão em flagrante em liberdade provisória com alguma medida cautelar, impõe-se o requerimento neste sentido do Delegado de Polícia ou do Ministério Público. Caso contrário, deve ser concedida liberdade provisória sem imposição de qualquer outra medida cautelar, inclusive a fiança, à vista do art. 321 – “se for o caso”).

Neste momento, 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 Código Penal (causas excludentes de ilicitude), poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória (sem fiança), mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação. Nada obstante o silêncio da lei entendemos também ser obrigatória a concessão da liberdade provisória vinculada ao comparecimento a todos os atos processuais, quando o Juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato sob o pálio de uma excludente de culpabilidade, pois a similitude das circunstâncias (todas retiram o caráter criminoso da conduta) obriga a igualdade de tratamento. Trata-se, aqui, de liberdade provisória, sem fiança, vinculada, porém ao comparecimento aos atos processuais. Nada impede, igualmente, que a liberdade provisória aqui prevista seja cumulada com outra medida cautelar. Importante atentar que, nada obstante o não comparecimento do réu aos atos processuais (e mesmo diante do descumprimento da medida cautelar porventura imposta), a prisão preventiva será de toda maneira incabível, à luz do art. 314. Observa-se, outrossim, que o auto de prisão em flagrante só deverá ser lavrado caso efetivamente tenha ocorrido um crime (fato típico, antijurídico e culpável!).

No silêncio da lei, e considerando-se a omissão legal, deve a decisão judicial ser tomada em quarenta e oito horas, por analogia com o art. 322, parágrafo único.

#### **IV – DA PRISÃO PREVENTIVA**

---

<sup>41</sup> Com esta disposição, claramente o legislador adotou a tese de que a prisão cautelar não se trata de uma medida cautelar, mas precautelar. Neste sentido, sempre assim se posicionou Aury Lopes Jr., para quem “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 como preventiva) ou não”. (Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional, Vol. II, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 64).

No Capítulo III – Da Prisão Preventiva, foram modificados os arts. 311 a 315, restando incólume apenas o art. 316 que continua a estabelecer a cláusula **rebus sic stantibus** em relação à prisão preventiva.

O primeiro dos artigos deste Capítulo estabelece que 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. Observa-se que a prisão preventiva só poderá ser decretada de ofício pelo Juiz durante a fase processual; antes, ou seja, no curso de uma investigação criminal, apenas quando instado a fazê-lo, seja pelo Ministério Público, seja pela Polícia (como se sabe, na fase inquisitorial não há querelante nem assistente). Como já afirmamos acima a respeito das demais medidas cautelares, ainda que haja esta limitação, parece-nos que no sistema acusatório é absolutamente desaconselhável permitir-se ao Juiz a possibilidade de, **ex officio**, ainda que em Juízo, decidir acerca de uma medida cautelar de natureza criminal (veja-se o que foi acima escrito sobre o assunto).

Entendemos que caso a prisão preventiva tenha sido determinada ainda na fase investigatória, urge que a peça acusatória seja oferecida em até cinco dias (art. 46 do Código de Processo Penal), pois se há justa causa para a decretação da prisão preventiva (**fumus commissi delicti**), obviamente que também há para o exercício da ação penal (indícios suficientes da autoria e prova da existência do crime). Caso não haja tempestivamente o oferecimento da peça acusatória, a prisão deverá ser revogada, pois patente o constrangimento ilegal. Se não o for, cabível será a ordem de **habeas corpus**.

Em relação à possibilidade do assistente da acusação requerer a decretação da prisão preventiva, entendemos como uma possibilidade limitada, apenas quando for por conveniência da instrução criminal ou quando for cabível como substituição de medida cautelar anteriormente decretada, especialmente aquelas indicadas no art. 319, IV e VIII. Este entendimento baseia-se no fato de que “a razão de se permitir a ingerência do ofendido em todos os termos da ação penal pública, ao lado do Ministério Público, repousa na influência decisiva que a sentença da sede penal exerce na sede civil”, como explica Tourinho Filho embasado nas lições de Florêncio de Abreu e Canuto Mendes de Almeida<sup>42</sup>. Para nós, acertada é esta posição, pois só entendemos legítima a atuação do ofendido como assistente quando configurado estiver o seu interesse em uma posterior indenização pelo dano sofrido. Logo, sempre que da infração penal advier prejuízo de qualquer ordem para o ofendido, este estaria legitimado a se habilitar como assistente para pleitear depois a ação civil **ex delicto**, executando a sentença penal condenatória<sup>43</sup>. Logo, não há interesse por parte do assistente em requerer a prisão preventiva invocando outros requisitos que não tenham relação com a sua intervenção no processo penal (para a aplicação da lei penal, por exemplo, ou garantia da ordem pública...).

<sup>42</sup> Processo Penal, Vol. II, São Paulo: Saraiva, 33ª. ed., 2011, p. 610.

<sup>43</sup> Conferir sobre a **ação civil ex delicto** o nosso Curso Temático de Direito Processual Penal, Curitiba: Juruá, 2010. Também nesta obra, tratamos sobre o assistente.



Observa-se que de há muito a intervenção do ofendido no processo penal vem sendo questionada, muitos a contestando sob o argumento de que caberia ao Estado exclusivamente exercer as funções persecutórias em matéria penal, pois se admitir a intervenção do particular seria aceitar que “*su papel en el proceso parece estar teñido de una especie de sentimiento de venganza*”.<sup>44</sup>

Analisando o Direito português, por exemplo, o mestre lusitano Germano Marques da Silva esclarece que a “*intervenção dos particulares no processo penal é por muitos contestada por poder constituir um factor de perturbação, pois não é de esperar deles a objectividade e a imparcialidade que devem dominar o processo penal, mas é também por muitos outros considerada como uma excelente e democrática instituição e assim o entendemos também*”.<sup>45</sup>

Feitas estas observações, voltemos à análise do texto legal.

Continuam sendo requisitos para a prisão preventiva: a) garantia da ordem pública (desgraçadamente); b) garantia da ordem econômica (idem, mas menos mal); c) por conveniência da instrução criminal; d) para assegurar a aplicação da lei penal.

Além destes, podem ser também indicados como requisitos legais para a decretação da prisão preventiva, nos termos da nova lei, os seguintes: a) o descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (tal como já previsto no art. 282, § 4º); b) a garantia para a execução de medidas protetivas de urgência estabelecidas em relação a determinadas vítimas (mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência).

Aqui está consubstanciada a necessidade indispensável para a decretação da prisão preventiva, o chamado **periculum libertatis**.

Lamentavelmente continuamos a ter como um dos requisitos para a decretação da prisão preventiva a “*garantia da ordem pública*”, conceito por demais genérico e, exatamente por isso, impróprio para autorizar uma custódia provisória que, como se sabe, somente se justifica no processo penal como um provimento de natureza cautelar (presentes o **fumus commissi delicti** e o **periculum libertatis**). Há mais de dois séculos Beccaria já preconizava que “*o réu não deve ficar encarcerado senão na medida em que se considere necessário para o impedir de escapar-se ou de esconder as provas do crime*”<sup>46</sup>, o que coincide com dois outros requisitos da prisão preventiva em nosso País (*conveniência da instrução criminal e asseguaração da aplicação da lei penal*).

Decreta-se a prisão preventiva no Brasil, muitas vezes, sob o argumento de se estar resguardando a ordem pública, quando, por exemplo, quer-se evitar a prática de novos delitos pelo imputado ou aplacar o clamor público. Não raras vezes vê-se prisão preventiva decretada utilizando-se expressões como

<sup>44</sup> Victor Moreno Catena, Derecho Procesal Penal, Madrid: Editorial Colex, 1999, p. 250.

<sup>45</sup> Germano Marques da Silva, Curso de Processo Penal, 3ª. ed., Lisboa: Verbo, vol. 1, 1996, p. 308.

<sup>46</sup> Dos Delitos e das Penas, São Paulo: Hemus, 1983, p. 55 (tradução de Torrieri Guimarães).

“alarma social causado pelo crime” ou para “apaciar a indignação da população”, e tantas outras frases (só) de efeito.

A respeito, veja-se a preocupação dos juristas espanhóis Gimeno Sendra, Moreno Catena e Cortés Domínguez:

*“Tampoco puede atribuirse a la prisión provisional un fin de prevención especial: evitar la comisión de delitos por la persona a la que se priva de libertad. La propia terminología más frecuentemente empleada para expresar tal idea – probable comisión de ‘otros’ o ‘ulteriores’ delitos – deja entrever que esta concepción se asienta en una presunción de culpabilidad. (...) Por las mismas razones no es defendible que la prisión provisional deba cumplir la función de calmar la alarma social que haya podido producir el hecho delictivo, cuando aún no se ha determinado quién sea el responsable. Sólo razonando dentro del esquema lógico de la presunción de culpabilidad podría concebirse la privación en un establecimiento penitenciario, el encarcelamiento del imputado, como instrumento apaciguador de las ansias y temores suscitados por el delito. (...) La vía legítima para calmar la alarma social – esa especie de ‘sed de venganza’ colectiva que algunos parecen alentar y por desgracia en ciertos casos aflora – no puede ser la prisión provisional, encarcelando sin más y al mayor número posible de los que prima facie aparezcan como autores de hechos delictivos, sino una rápida sentencia sobre el fondo, condenando o absolviendo, porque sólo la resolución judicial dictada en un proceso puede determinar la culpabilidad y la sanción penal.”<sup>47</sup>*

Ressaltamos que o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Nelson Jobim, deferiu em parte a liminar pedida no **Habeas Corpus** nº. 84548, pois considerou que o decreto de prisão preventiva do acusado teria se desviado dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, por lhe faltar as indicações do que consiste a periculosidade do paciente e a quais riscos a ordem pública estaria exposta se ele respondesse à ação penal em liberdade, salientando, outrossim, que o entendimento do STF não permite que clamor público sirva como fundamento para a prisão preventiva. Ele observou que o acusado sempre colaborou com a instrução criminal e as investigações. Assim, o Ministro deferiu a liminar para revogar a prisão preventiva, se por outro motivo o acusado não estiver preso.

Na Itália, o Juiz de Instrução Criminal do Tribunal de Pádua, Palombarini, assim decidiu acerca da prisão preventiva:

*“Pena e prisão preventiva têm diversa natureza jurídica, diferentes objetivos, diversa função... Para decidir se uma certa garantia individual deve aplicar-se a um determinado instituto, é necessário atender, em primeiro lugar, à incidência do mesmo instituto sobre a esfera do indivíduo. Ora a prisão preventiva – embora diversa, como se disse, da pena – traduz-se para o indivíduo numa restrição total de sua liberdade. Diferentes os institutos, idênticos os valores em jogo e o perigo de lesão do fundamental direito da liberdade.”<sup>48</sup>*

<sup>47</sup> Derecho Procesal Penal, Madrid: Colex, 3ª. ed., 1999, pp. 522/523.

<sup>48</sup> **Apud** Américo Taipa de Carvalho, Sucessão de Leis Penais, Coimbra Editora, 1990, p. 251.

Em outra oportunidade, a 1ª. Turma do Supremo Tribunal Federal concedeu **habeas corpus** (Processo nº. 84778) a um servidor público que responde a processo pela prática de três crimes de concussão (art. 316 do Código Penal). O Ministro Sepúlveda Pertence, relator do processo, concedeu a ordem para revogar o decreto de prisão preventiva e permitir que o réu aguarde o julgamento da apelação em liberdade. Consoante Pertence, não há como falar em conveniência da instrução criminal se esta já terminou, nem invocar a garantia da ordem pública para não comprometer a imagem do Poder Judiciário. "*Já repisei minha convicção acerca da ilegitimidade constitucional da prisão preventiva fundada na necessidade de satisfazer a ânsias populares de repressão imediata em nome da credibilidade das instituições públicas, dentre elas o Poder Judiciário*", afirmou. Para o Ministro, tais considerações "*desvelam o abuso da prisão processual para fins não cautelares, seja o de antecipação da pena, que aborrece a presunção da não-culpabilidade, seja a instrumentalização do encarceramento do acusado para a popularização do Judiciário, que repugna o princípio fundamental da dignidade humana*". Por fim, sustentou o relator não ser motivo idôneo para a prisão preventiva a invocação da gravidade do crime ou o prestígio e a credibilidade do Judiciário. O voto do ministro-relator foi acompanhado pelos demais integrantes da Primeira Turma.

Em um outro caso, um advogado acusado de participar da organização que operava fraudes fiscais no ramo do comércio de combustíveis respondeu às acusações em liberdade. A decisão foi tomada pela 1ª. Turma do Supremo Tribunal Federal. Nesta oportunidade, todos os Ministros da Turma seguiram o voto do relator, Ministro Sepúlveda Pertence, salientando "*que o Supremo tem negado a manutenção de prisão preventiva quando o motivo é a invocação da gravidade do crime imputado.*" O Ministro Marco Aurélio sustentou que "*há de se aguardar a comprovação do fato criminoso a cargo do Ministério Público para posteriormente ter-se as conseqüências.*" (HC nº. 85068).

Em outra decisão recente, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio, concedeu duas liminares, em **habeas corpus**, a dois condenados por seqüestro, emasculação e assassinato de menores em Altamira, no Pará, entre 1989 e 1992. Nas decisões monocráticas, o Ministro Marco Aurélio destacou que os condenados são réus primários, têm bons antecedentes e estão presos há mais de um ano. Afirmou que a circunstância de os condenados viverem em unidades da Federação diversas daquela em que foram julgados não é motivo para ensejar, por si só, a custódia, "*afigurando-se o recolhimento como execução precoce, açodada, temporã do título judicial, sujeito ainda a modificação, em face da recorribilidade ordinária*", observando, ainda, que "*o barulho da turba, a repercussão dos acontecimentos na sociedade, na mídia, não podem servir à execução precoce da pena*". (HC-85223).

Também a 1ª. Turma do Supremo Tribunal Federal confirmou liminar do Ministro Eros Grau que concedeu liberdade provisória para um policial acusado de assassinar um Delegado da Polícia Civil em Minas Gerais. O Ministro Eros Grau, ao deferir o pedido de **habeas corpus** e libertar o acusado, afirmou que os fundamentos no clamor público e na repercussão do caso não são "idôneos" para a manutenção da prisão preventiva. Na decisão, ele relacionou julgamentos do Supremo nesse sentido. (HC-85046).

Ainda sobre este requisito da “ordem pública”, anota Bruno César Gonçalves da Silva (no artigo intitulado: “*Uma vez mais: da ‘Garantia da ordem pública’ como fundamento de decretação da prisão preventiva*”):

*“Entre os juristas brasileiros que se insurgiram contra a prisão preventiva com fundamento na “garantia da ordem pública”, destaca-se Gomes Filho (1991), que demonstrou-nos não possuir a idéia de “ordem pública” caráter instrumental relacionado com os meios e fins do processo, veja-se: À ordem pública relacionam-se todas aquelas finalidades do encarceramento provisório que não se enquadram nas exigências de caráter cautelar propriamente ditas, mas constituem formas de privação da liberdade adotadas como medidas de defesa social; fala-se, então, em “exemplaridade”, no sentido de imediata reação ao delito, que teria como efeito satisfazer o sentimento de justiça da sociedade; ou, ainda, em prevenção especial, assim entendida a necessidade de se evitar novos crimes; uma primeira infração pode revelar que o acusado é acentuatadamente propenso a práticas delituosas ou, ainda, indicar a possível ocorrência de outras, relacionadas à supressão de provas ou dirigidas contra a própria pessoa do acusado. (GOMES FILHO, 1991, p. 67-68). Delmanto Júnior (1998), comentando a decretação da prisão preventiva com base na garantia da ordem pública, considera ser indisfarçável que nesses termos a prisão preventiva se distancia de seu caráter instrumental - de tutela do bom andamento do processo e da eficácia de seu resultado - insito a toda e qualquer medida cautelar, servindo de instrumento de justiça sumária, vingança social etc. (DELMANTO JUNIOR, 1998, p.156). sim, dúvida não resta que falta à prisão preventiva decretada com base na “garantia da ordem pública” caráter instrumental inerente a toda medida cautelar, pois, esta visa assegurar os meios e os fins do processo, ao passo que na “ordem pública” não se vislumbra este caráter, não possuindo tal expressão limites rígidos para a sua definição, dando azo ao arbítrio e a casuísmos na restrição da liberdade. O apelo à forma genérica e retórica da “garantia da ordem pública” representa a possibilidade de superação dos limites impostos pelo princípio da legalidade estrita, propiciando um amplo poder discricionário ao juiz com “uma destinação bastante clara: a de fazer prevalecer o interesse da repressão em detrimento dos direitos e garantias individuais”. (GOMES FILHO, 1991, p. 66).”*

E conclui este autor:

*“A garantia da ordem pública não possui caráter cautelar propriamente dito, tendo na verdade finalidades que ora são meta-processuais, ora são exclusivas das penas. As interpretações dadas à expressão “garantia da ordem pública” são violadoras do princípio da presunção de inocência, pois, ou desconsideram a avaliação da necessidade da medida, ou se fundam em presunções e antecipações do juízo de culpabilidade. Devemos na interpretação e aplicação das medidas cautelares, nos libertarmos dos resquícios do autoritarismo e assimilarmos a nova orientação constitucional, lembrando-nos sempre que, dentro deste novo paradigma, os fins nunca podem justificar os meios.”*

Não esqueçamos, igualmente, que o art. 30 da Lei nº. 7.492/86, que define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, estabelece estupidamente mais uma possibilidade de se decretar a prisão preventiva: a “*magnitude da lesão causada*”, termo que, assim como “ordem pública”, é por demais genérico e, por conseguinte, desaconselhável em se tratando de norma privativa da liberdade.

Nada obstante esta observação, o certo é que a jurisprudência vem reiteradamente decretando a prisão preventiva com fulcro neste requisito; assim, por exemplo, o Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz, do Tribunal Regional Federal da 4ª. Região, negou pedido de liberdade provisória solicitado por um acusado de participar de uma organização criminosa envolvida com crimes financeiros e lavagem de dinheiro em vários estados brasileiros. Em sua decisão, o relator lembrou que as investigações dão conta de que os presos participariam “*de uma sofisticada organização criminosa, de aprimorado modo de atuação*”. Essa quadrilha contaria inclusive, ressaltou o Desembargador, com o auxílio de servidores públicos, o que dificultaria a fiscalização por parte dos órgãos competentes. Assim, afirmou, a prisão apresenta-se como imprescindível para a garantia da ordem pública. “*Em liberdade, tudo leva a concluir que o agente continuará na prática delituosa*”, salientou o Magistrado. A necessidade de imposição da prisão também se justifica para garantir a coleta de provas “*sem a interferência dos integrantes da organização*” e a eventual aplicação da lei penal, uma vez que os membros da quadrilha possuem “*enorme facilidade*” para fugir. O Desembargador ainda lembrou que, de acordo com a decisão da 1ª. Vara Federal Criminal, parte dos valores arrecadados através dos delitos teriam sido enviados para o exterior, destacando, outrossim, o resguardo da ordem econômica e a magnitude dos danos econômicos decorrentes da atuação delituosa como justificativa para a manutenção da prisão. (Processos n.ºs. 2005.04.01.013110-1; 2005.04.01.015015-6 e 2005.04.01.015066-1).

Em outra decisão, a 7ª. Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região negou **habeas corpus** a dois acusados de crime contra o sistema financeiro nacional. No julgamento do mérito do **habeas corpus**, a Turma, por maioria, negou o pedido de liberdade. Os Desembargadores Federais Tadaaqui Hirose e Maria de Fátima Freitas Labarrère argumentaram que a magnitude da lesão (os réus teriam movimentado cerca de 530 milhões de dólares nas contas no exterior) e o risco à ordem pública justificam a decretação da prisão. (HC 2005.04.01.015120-3/PR).

Em sentido contrário, veja-se:

“*TRF 4ª REGIÃO - HABEAS CORPUS Nº. 2004.04.01.017015-1/PR (DJU 09.06.2004, SEÇÃO 2, P. 634, J. 18.05.2004) - RELATOR: Des. Federal JOSÉ LUIZ B. GERMANO DA SILVA - Não obstante o art. 30 da Lei nº 7492/86 determine que a prisão preventiva do acusado da prática de crime contra o sistema financeiro nacional poderá ser decretada em razão da magnitude da lesão causada, sua legitimação depende da satisfação dos pressupostos insculpidos no art. 312 do CP.*”.

“*A elevada monta da sonegação fiscal não justifica a decretação da prisão preventiva do agente, tratando-se, sim, de elemento a ser considerado por ocasião da dosimetria da pena, em eventual condenação.*” (TRF 3ª R. 2ª T. - RSE 2008.61.05.008828-2 – rel. Nelton dos Santos – j. 21.07.2009 – DJU 06.08.2009).

Evidentemente que este requisito não pode ser levado em conta para se decretar uma prisão preventiva, mesmo porque, “*nota-se que a magnitude da lesão é consequência do crime, fator que deve ser levado em consideração para a aplicação da pena (art. 59, CP).*” Logo, “*este dispositivo é*

*flagrantemente inconstitucional, sua aplicação virá a macular todos os atos que se lhe seguirem”*: eis a lição de Roberto Podval.<sup>49</sup> Manoel Pedro Pimentel já perguntava: *“Como se há de aferir esse elemento normativo – magnitude da lesão causada – se não for através de critério subjetivo, que pode variar amplamente, já que a lei não define quantitativa ou qualitativamente tal magnitude?”*<sup>50</sup>

Neste sentido, por unanimidade, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal concedeu Habeas Corpus (HC 99210). A decisão confirmou liminar concedida pelo relator do processo, Ministro Eros Grau. O juiz levou em conta o poderio econômico do acusado e a magnitude da lesão gerada aos cofres públicos, que alcançaria a cifra de R\$ 241 milhões. *“O decreto prisional funda-se na magnitude da lesão e na presunção de que os pacientes [os acusados] reiterariam nos crimes a eles imputados, o que, na linha de entendimento consolidado nesta Corte, não se presta à decretação da prisão preventiva”*, disse o Ministro Eros Grau. O Ministro citou ainda precedentes do STF no sentido de que a magnitude da lesão causada por um suposto crime não justifica de maneira autônoma a prisão cautelar. Todos os ministros presentes à sessão seguiram o voto do relator.

A propósito, vejamos a lição de Ronald Dworkin:

*“O direito penal poderia ser mais eficiente se desconsiderasse essa distinção problemática e encarcerasse homens ou os forçasse a aceitar tratamento sempre que isso parecesse ter probabilidade de reduzir crimes no futuro. Mas isso, como sugere o princípio de Hart, significaria cruzar a linha que separa tratar alguém como ser humano e como nosso próximo e tratá-lo como um recurso para o benefício dos outros. Para as convenções e práticas de nossa comunidade, não pode haver insulto mais profundo que esse. O insulto é da mesma grandeza quando o processo recebe o nome de punição ou tratamento. É verdade que algumas vezes impomos restrições e submetemos a tratamento um homem apenas porque acreditamos que ele não tem controle sobre sua conduta. Fazemos isso com base em leis que regem a custódia de civis e, de modo geral, após um homem ter sido absolvido de um crime sério com base numa alegação de insanidade. Mas devemos reconhecer o compromisso de princípio que essa política implica. Deveríamos tratar um homem contra a sua vontade apenas quando o perigo que ele representa é real e não sempre que calculamos que o tratamento poderá reduzir a ocorrência de crimes, se for adotado.”*<sup>51</sup>

Também é importante salientar ser incabível a decretação da prisão preventiva quando a medida protetiva de urgência tiver um caráter eminentemente civil, como, por exemplo, as medidas previstas no art. 24 da Lei nº. 11.340/06 (Lei Maria da Penha). Tal afirmação decorre do fato que a prisão preventiva, em tais casos, decorreria de um inadimplemento de natureza cível, não passível de

<sup>49</sup> Leis Penais e Sua Interpretação Jurisprudencial, Vol. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 7ª. ed., 2001, p. 896.

<sup>50</sup> **Apud** João Gualberto Garcez Ramos, “A Tutela de Urgência no Processo Penal Brasileiro”, Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 145.

<sup>51</sup> “Levando os Direitos a Sério”, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 18/19.

prisão (como se sabe, a prisão civil só é legítima constitucionalmente quando se trata de alimentante faltoso).<sup>52</sup>

Pois bem. Vistos os requisitos, analisemos o pressuposto da prisão preventiva.

Como pressuposto da medida extrema temos o **fumus commissi delicti**, ou seja, a demonstração cabal e indubitosa de prova da existência de determinados crimes e indício suficiente de autoria (o que coincide com a justa causa para a ação penal, nos termos do art. 395, III do Código de Processo Penal).

Ainda em relação ao **fumus commissi delicti**, a prisão preventiva, em regra, só poderá ser decretada em relação aos supostos autores de crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos, a não ser se o indiciado ou acusado tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado (ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Código Penal), ou se o delito 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 (aqui está um requisito específico para esta última hipótese). 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 (neste aspecto, atente-se ao disposto nos arts. 2º. e 3º., da Lei nº. 12.037/2009<sup>53</sup>).

Observa-se, portanto, que, excepcionalmente (mesmo porque a prisão preventiva só será decretada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, nos termos do art. 282), permite-se a prisão preventiva mesmo em crime culposos e qualquer que seja a pena privativa de liberdade cominada. Não seria mais necessária a demonstração daqueles outros requisitos (garantia da ordem pública ou econômica, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal).

Obviamente, mais uma vez não se observou o princípio da proporcionalidade<sup>54</sup>, perfeitamente exigível quando se trata de estabelecer requisitos e pressupostos para a prisão provisória; aqui, pode-se prender preventivamente quando, muito provavelmente, não haverá aplicação de uma pena privativa de liberdade quando da sentença condenatória.

Como ensina Alberto Bovino, não é possível “*que a situação do indivíduo ainda inocente seja pior do que a da pessoa já condenada, é dizer, de proibir que a coerção meramente processual resulte mais gravosa que a própria pena. Em consequência, não se autoriza o encarceramento processual, quando,*

<sup>52</sup> Neste sentido, Rogério Sanches Cunha, “Prisão e Medidas Cautelares”, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 151.

<sup>53</sup> Em nosso Curso Temático de Direito Processual Penal (Curitiba: Juruá, 2010), analisamos esta lei.

<sup>54</sup> Como afirma Denilson Feitoza Pacheco, “*a importância da afetação negativa causada pela medida cautelar pessoal deve estar justificada pela importância da realização do fim perseguido por essa intervenção no direito fundamental.*” (O Princípio da Proporcionalidade no Direito Processual Penal Brasileiro, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 261).

*no caso concreto, não se espera a imposição de uma pena privativa de liberdade de cumprimento efetivo. Ademais, nos casos que admitem a privação antecipada da liberdade, esta não pode resultar mais prolongada que a pena eventualmente aplicável. Se não fosse assim, o inocente se acharia, claramente, em pior situação do que o condenado.*”<sup>55</sup>

Entendemos, pois, incabível a decretação da prisão preventiva naqueles casos, pois, “*não obstante o fato de ocorrer exclusivamente em sede parlamentar a atuação do princípio da proporcionalidade, isso não significa que as disposições normativas penais não possam ser submetidas a um eventual controle constitucional acerca da proporção nelas contidas. Não apenas isto é permitido, mas, acima de tudo, é recomendável quando alguma dúvida houver neste sentido.*”<sup>56</sup>

Com o mesmo entendimento, Gimeno Sendra, Moreno Catena e Cortés Domínguez, advertem que “*las medidas cautelares son homogéneas, aunque no idénticas, con las medidas ejecutivas a las que tienden a preordenar.*”<sup>57</sup>

Segundo Humberto Ávila, “*um meio é proporcional quando o valor da promoção do fim não for proporcional ao desvalor da restrição dos direitos fundamentais. Para analisá-lo é preciso comparar o grau de intensidade da promoção do fim com o grau de intensidade da restrição dos direitos fundamentais. O meio será desproporcional se a importância do fim não justificar a intensidade da restrição dos direitos fundamentais.*”<sup>58</sup>

Antonio Scarance Fernandes:

“(…) *Se o réu apenas pode ser considerado culpado após sentença condenatória transitada em julgado, a prisão, antes disso, não pode configurar simples antecipação de pena, somente se justificando quando tiver natureza cautelar. Em suma, qualquer prisão durante o processo, para não haver ofensa ao princípio da presunção de inocência, deve ter natureza cautelar e não pode significar antecipação de pena, pois esta, necessariamente, deve ocorrer de sentença condenatória transitada em julgado.*”<sup>59</sup>

O entendimento esposado decorre da incidência do princípio da homogeneidade, tratado com bastante propriedade por Paulo Rangel<sup>60</sup>:

“*A homogeneidade da medida é exatamente a proporcionalidade que deve existir entre o que está sendo dado e o que será concedido. Exemplo: admite-se prisão preventiva em um crime de furto simples? A resposta é negativa. Tal crime, primeiro, permite a suspensão condicional do processo. Segundo,*

<sup>55</sup> **Apud** Rogério Schietti Machado Cruz, “Prisão Cautelar – Dramas, Princípios e Alternativas”, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 100.

<sup>56</sup> Mariângela Gama de Magalhães Gomes, “O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal”, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 213.

<sup>57</sup> Derecho Procesal Penal, Madri: Editorial Colex, 3ª. ed., 1999, p. 475.

<sup>58</sup> Teoria dos Princípios, São Paulo: Malheiros, 4ª. ed., 2004, p. 131.

<sup>59</sup> Processo Penal Constitucional. 4ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 315.

<sup>60</sup> Direito Processual Penal. 8ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 584 – grifou-se



*se houver condenação, não haverá pena privativa de liberdade face à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos. Nesse caso, não haveria homogeneidade entre a prisão preventiva a ser decretada e eventual condenação a ser proferida. O mal causado durante o curso do processo é bem maior do que aquele que, possivelmente, poderia ser infligido ao acusado quando do seu término. Entendemos, em uma visão sistemática do sistema penal como um todo, que, nos crimes de médio potencial ofensivo, ou seja, aqueles que admitem a suspensão condicional do processo (cf. art. 89 da Lei 9.099/95,) não mais se admite prisão cautelar.”*

Em sentido convergente, é o escólio de Roberto Delmanto Júnior<sup>61</sup>: *“Aliás, a garantia constitucional de que o acusado não pode ser considerado culpado antes de passada em julgado a condenação jamais poderia admitir interpretação que acabasse por impor-lhe encarceramento com intensidade mais grave daquele que lhe seria infligido caso ele fosse realmente considerado culpado”.*

Vejam os a doutrina estrangeira, a começar por Julian Lopez Masle e Maria Inês Horvitz: *“(…) el principio de inocência no excluye, de plano, la posibilidad de decretar medidas cautelares de carácter personal durante el procedimiento. En este sentido, instituciones como la detención o la prisión preventiva resultan legitimadas, en principio, siempre que no tengan por consecuencia anticipar los efectos de la sentencia condenatoria sino asegurar fines del procedimiento”*<sup>62</sup>

Também Alberto M. Binder: *“Já vimos que todas as medidas de coerção penal são, em princípio, excepcionais. Dentro dessa excepcionalidade, a utilização da prisão preventiva deve ser muito mais restringida e, para assegurar essa restrição devem ser considerados dois tipos de suposição. Em primeiro lugar, não se pode aplicar a prisão preventiva se não existe um mínimo de informação que fundamente uma suspeita sobre limite essencial e absoluto: se não existe sequer uma suspeita racional e com fundamento de que uma pessoa possa ser autora de um fato punível, de maneira nenhuma é admissível uma prisão preventiva. Porém, este requisito não é suficiente. Por mais que se tenha uma suspeita com fundamentos, tampouco seria admitida constitucionalmente a prisão preventiva se não houverem outros requisitos, os chamados ‘requisitos processuais’. Estes se fundamentam em que a prisão preventiva seja direta e claramente necessária para assegurar a realização do julgamento ou assegurar a imposição da pena.”*<sup>63</sup>

No Brasil, Eugênio Pacelli de Oliveira afirma que *“se o efeito de prevenção positiva diz respeito ao estímulo e renovação da confiança no Direito (Roxin), bem como na preservação da identidade normativa da comunidade juridicamente organizada (Jakobs) – abstraído o respectivo conteúdo do Direito, mas pressuposta a sua legitimação -, a idéia da evitação urgente e acautelatória da permanência de atividades criminosas pode ser um referencial para a compreensão de*

<sup>61</sup> As Modalidades de Prisão Provisória e Seu Prazo de Duração. 2ª ed., São Paulo: Renovar, 2001, p. 218.

<sup>62</sup> Derecho Processual Penal Chileno, Tomo I, Santiago do Chile : Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 83.

<sup>63</sup> Introdução ao Direito Processual Penal, Tradução de Fernando Zani, Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2003, p. 150.

*semelhante modalidade de prisão. Obviamente, para impedir a prática de delitos, em tese, já existe a proibição da Lei penal. Mas, isso, como é óbvio, apenas no plano abstrato. Não evitada, porém, concretamente, há um lapso temporal absolutamente indispensável para a aplicação da sanção correspondente, até por exigência do citado devido processo penal, por meio do qual se buscará a comprovação da existência material do crime e de sua autoria. Nesse passo, empiricamente demonstrada e, por isso, considerada a possibilidade de reincidência delituosa, presente em todo o mundo ocidental e pelas mais variadas razões – aliás, a questionar todo o universo punitivo (eficácia preventiva da pena, a privação da liberdade e tudo o mais) -, a previsão de uma prisão anterior à condenação poderá se instituir como válida, para fins de garantia da ordem pública, desde que delimitada rigorosamente a sua extensão.”<sup>64</sup>*

Vejamos a jurisprudência:

*“Imperioso observar a possível desproporcionalidade de se atingir a liberdade pessoal do acusado, como custódia cautelar ante a bastante provável aplicação de condenação final apenas restritiva de direitos. Ordem de habeas corpus concedida” (TRF 3ª R. - 5ª T. HC 2008.03.00.050617-2 – rel. Erik Gramstrup – j. 02.02.2009 – DJU 20.02.2009).*

*“Mesmo em caso de condenação, ao paciente, será aplicado regime menos severo do que aquele em que se encontra, sendo, portanto, a manutenção de sua segregação cautelar afronta ao princípio da homogeneidade. Diante do deferimento de medidas protetivas em favor da vítima e da inexistência de qualquer dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, não há como manter a prisão preventiva do paciente que, todavia, poderá ser novamente decretada, nos termos do art. 316 do mesmo diploma legal, se sobrevierem motivos ensejadores da espécie. Constrangimento ilegal configurado. Ordem concedida” (TJMT – 2ª C. – HC 115068/08 – rel. Paulo da Cunha – j. 26.11.2008 – DOE 10.11.2008).*

*“TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO - PRIMEIRA TURMA - 2006.03.00.073226-6 25097 HC-SP - RELATOR: DES. FED. LUIZ STEFANINI – Uma vez fixado o regime aberto é o caso de se aplicar o princípio da proporcionalidade quanto à prisão cautelar no caso dos autos. As pacientes foram condenadas a penas privativas de liberdade inferiores a 4 anos a serem cumpridas em regime inicial aberto, tendo, ainda, a nobre juíza a quo as substituído por penas restritivas de direitos, nos termos do artigo 44 do CP. 2- A sentença transitou em julgado para o Ministério Público conforme informação contida nos autos. Considerando-se a proibição da reformatio in pejus, constante do artigo 617 do CPP e o trânsito em julgado da citada sentença para o Ministério Público, a pena máxima prevista para o crime das pacientes não poderá ser maior do que o já estipulado, nem o regime inicial de cumprimento outro que não o aberto, não sendo nem mesmo possível a revogação da substituição da penas por outras restritivas de direitos. 3- É de se aplicar na hipótese o princípio da proporcionalidade, não havendo que se falar em decretação da prisão preventiva.”*

Vejamos este trecho do voto:

<sup>64</sup> Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória, Rio de Janeiro : Lumen Juris Editora, 2006, p. 65.

“(…) A Constituição Federal vigente, ao consagrar o princípio da presunção de inocência no inciso LVII de seu artigo 5º, determinou grande restrição interpretativa à chamada prisão cautelar, na medida em que tornou exceção a segregação de um acusado antes do trânsito em julgado de sentença condenatória. Este princípio deve também ser aplicado ao instituto da prisão preventiva, que só será admitida para fins processuais, jamais como forma de antecipação de pena, pelo que, para sua ocorrência, devem estar preenchidos os requisitos do artigo 312 do CPP. Na consagração do princípio da presunção de inocência, vemos a preocupação do legislador constituinte no resguardo de um direito dos mais importantes, fundamental a cada cidadão: a liberdade. Com efeito, deve o aplicador do direito ter em mente sempre o supremo valor dado pelo constituinte ao direito de liberdade do indivíduo ao interpretar as normas legais, só consentindo em restringi-la quando profundamente necessário. Ora. Em decorrência deste raciocínio, surge o princípio da proporcionalidade na aplicação da segregação cautelar. De acordo com este princípio, a prisão cautelar (como são a prisão preventiva, a prisão em flagrante, etc.), que é expediente lesivo à esfera jurídica do acusado ou investigado, na medida em que lhe restringe a liberdade, não deve ser aplicada quando impossível a privação da liberdade no caso de eventual condenação, ainda que presentes os requisitos autorizadores. É o que leciona, entre outros, Maurício Zanoide de Moraes (in Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, v. 3, ed. Revista dos Tribunais, São Pulo, 2004, pg. 208), a respeito da prisão em flagrante: “Em outras situações, caberá ao julgador fazer essa análise de necessidade e oportunidade em cada caso concreto: por exemplo, quando verificar que à infração imputada àquele agente haverá, mesmo em caso de condenação, a substituição da pena privativa de liberdade eventualmente aplicável por outra pena restritiva de direito e/ou multa.(…) Não poderá o juiz manter a prisão em flagrante (neste caso), sob pena de tornar o processo mais punitivo que a sanção penal abstratamente prevista para o crime. Em termos ilustrativos: tornará os efeitos colaterais do remédio (a prisão em flagrante) pior do que os efeitos da própria doença (pena a ser imposta em eventual condenação futura).” Este entendimento, não há dúvida, deve ser aplicado à prisão preventiva, não obstante a ausência de disposição expressa neste sentido quanto a esta modalidade de prisão cautelar, como a que existe quanto ao flagrante em delitos de menor potencial ofensivo (parágrafo único do artigo 69 da Lei 9.099/95). É o caso de se aplicar o princípio da proporcionalidade quanto à prisão cautelar nestes autos. As pacientes foram condenadas a penas privativas de liberdade inferiores a 4 anos a serem cumpridas em regime inicial aberto, tendo, ainda, a nobre juíza a quo as substituído por penas restritivas de direitos, nos termos do artigo 44 do CP (sentença às fls. 16/40). Além disso, transitou a sentença em julgado para o Ministério Público em 31 de julho de 2006, conforme informação de fl. 69. Pois bem. Considerando-se a proibição da reformatio in pejus, constante do artigo 617 do CPP e o trânsito em julgado da citada sentença para o Ministério Público, a pena máxima prevista para o crime das pacientes não poderá ser maior do que o já estipulado, nem o regime inicial de cumprimento outro que não o aberto, não sendo nem mesmo possível a revogação da substituição da penas por outras restritivas de direitos. Assim, pelo princípio da proporcionalidade, impossível de faz a decretação de prisão preventiva no caso em questão. Ante o exposto, meu voto é pela **CONCESSÃO DA ORDEM.**”

A 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região concedeu habeas corpus aos presos na Operação Big Brother da Polícia Federal.

A defesa argumentou ainda que a pena para esses crimes seria provavelmente inferior a quatro anos, ou seja, os réus, ainda que condenados, teriam o benefício de prestarem pena alternativa, em regime aberto, sendo desproporcional a manutenção da prisão preventiva. Após analisar o recurso, o Desembargador Néfi Cordeiro decidiu submeter o pedido à 7ª. turma, que entendeu não haver mais necessidade da medida cautelar, decidindo, por unanimidade, conceder a ordem. (HC 2005.04.01.0011606-9/PR).

Destarte, será preciso muito cuidado dos Juízes ao decretarem a prisão preventiva em crimes punidos com prisão (reclusão ou detenção) com pena máxima inferior ou igual a quatro anos, pois é preciso que se faça uma interpretação sistemática com o art. 282 do Código, sendo preferível optar-se por outra medida cautelar menos gravosa.

Por força de lei, 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 Código Penal (excludentes de ilicitude). Nada obstante o silêncio da lei entendemos também ser incabível a decretação da prisão preventiva, quando o Juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato sob o pálio de uma excludente de culpabilidade, pois a similitude das circunstâncias (todas retiram o caráter criminoso da conduta) obriga a igualdade de tratamento.

Assim como ocorre em relação às demais medidas cautelares, também a prisão preventiva submete-se à cláusula **rebus sic stantibus** (art. 316, inalterado).

Por fim, tomou a lei o cuidado de lembrar aos Juízes que a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada, advertência, aliás, absolutamente desnecessária, à luz da exigência já constante no art. 93, IX da Constituição.

Não esqueçamos que o Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello conheceu e negou provimento a Recurso Extraordinário (RE 385943) interposto pelo Estado de São Paulo contra acórdão que reconheceu a responsabilidade civil objetiva do Estado por decretação de prisão cautelar indevida e o dever de reparação à vítima. De acordo com ele, a pretensão recursal não tem o amparo da própria jurisprudência que o STF firmou em precedentes aplicáveis ao caso. O Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu pela indenização pleiteada em favor de pessoa indevidamente envolvida em inquérito policial arquivado e que teve a perda do emprego como consequência direta da prisão preventiva. Segundo o acórdão, apesar da ausência de erro judiciário (art. 5º, LXXV da CF), o Estado, no desempenho de suas funções, tem o dever de agir, com margem de segurança, sem a qual fica configurada sua responsabilidade objetiva, de modo a não ofender os direitos subjetivos outorgados aos cidadãos na Constituição. No recurso, o Estado de São Paulo alegou a inexistência do nexo de causalidade material entre o evento danoso e a ação do Poder Público. Para a Procuradoria Geral estadual, a demonstração de que a prisão provisória para fins de averiguação ocorreu nos estritos limites da lei, através da decisão judicial fundamentada e mantida pelo Tribunal em habeas corpus, afigura-se como causa excludente de responsabilidade na medida em que rompe o nexo causal entre a ação do poder público e o evento danoso. O ministro do STF não deu razão ao Estado de São Paulo. De acordo

com ele, "*a situação que gerou o gravíssimo evento da prisão cautelar de pessoa inocente põe em evidência a configuração, no caso, de todos os pressupostos primários que determinam o reconhecimento da responsabilidade civil objetiva da entidade estatal*". Além disso, Celso de Mello sustenta que a discussão da inexistência do nexo causal revela-se incabível em sede de RE, por depender do exame de matéria de fato, de todo inadmissível na via do apelo extremo. E que o Tribunal de Justiça, com apoio no exame de fatos e provas, interpretou, com absoluta fidelidade, a norma constitucional que consagra a responsabilidade civil objetiva do Poder Público. Segundo o ministro, o acórdão reconheceu, com inteiro acerto, a cumulativa ocorrência dos requisitos sobre a consumação do dano, a conduta dos agentes estatais, o vínculo causal entre o evento danoso e o comportamento dos agentes públicos e a ausência de qualquer causa excludente de que pudesse eventualmente decorrer a exoneração da responsabilidade civil do Estado de São Paulo.

## **V – DA PRISÃO DOMICILIAR**

O Capítulo IV passa a ter uma nova epígrafe – Da Prisão Domiciliar, espécie de medida cautelar consistente no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial. Não se trata de novidade em nosso ordenamento jurídico, tendo em vista o art. 117 da Lei de Execução Penal<sup>65</sup>. A prisão domiciliar, portanto, pode ser decretada como uma medida cautelar autônoma.

Nada obstante, havendo prova idônea das exigências legais, esta medida cautelar também poderá servir como sucedâneo da prisão preventiva quando o agente for maior de oitenta anos. A prova desta condição, por evidente, só poderá ser feita pela respectiva certidão de nascimento ou documento de igual valor, à luz do art. 155, parágrafo único do Código de Processo Penal. Aqui faço uma observação: por que não se estabeleceu idade igual ou superior a sessenta anos, coerentemente com o disposto no art. 1º., da Lei nº. 10.741/2003 – Estatuto do Idoso?

Também cabível a substituição quando o preso preventivamente estiver extremamente debilitado por motivo de doença grave, a ser confirmada por atestado médico ou, em caso de dúvida, por perícia oficial.

Igualmente exigível a substituição quando a presença (física, moral ou psicológica) do preso for imprescindível, independentemente de parentesco, aos cuidados especiais de pessoa menor de seis anos de idade. Urge também neste caso, perguntar por que não se estabeleceu a idade até doze anos incompletos, também coerentemente com o art. 2º., da Lei nº. 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente. Outrossim, substituir-se-á a prisão preventiva pela prisão domiciliar quando for imprescindível, também independentemente de relação de parentesco.

<sup>65</sup> “Art. 117 - Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de: I - condenado maior de 70 (setenta) anos; II - condenado acometido de doença grave; III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV - condenada gestante.”

aos cuidados especiais de pessoa com deficiência. Já para a prova destas circunstâncias poderá o Juiz, além da respectiva certidão de nascimento para prova da idade, valer-se de profissionais de serviço social para atestar a imprescindibilidade dos cuidados, além de perícia médica em caso de dúvida fundada quanto à existência de deficiência.<sup>66</sup>

Por fim, tratando-se de gestante a partir do sétimo mês de gravidez ou sendo esta de alto risco. Nesta hipótese, poderá ser considerada como prova idônea um atestado médico ou, em caso de dúvida fundada, uma perícia oficial.

Entendo que, sendo a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, preenchidas as exigências legais, um direito subjetivo público do indiciado ou acusado, é passível de ser garantido por meio de **habeas corpus**.

Importante ressaltar, repita-se, interpretando-se de maneira conjugada os arts. 317 e 318 que a prisão domiciliar não é meramente uma medida cautelar substitutiva da prisão preventiva, podendo ser determinada de maneira autônoma, consoante os requisitos gerais previstos no art. 282.<sup>67</sup>

## **VI – DAS OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES**

Também com nova epígrafe está o Capítulo V – Das Outras Medidas Cautelares, englobando os arts. 319 e 320 e acabando

---

<sup>66</sup> O Decreto nº. 3.298/99, que regulamenta a Lei nº. 7.853/89, estabelece ser pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias: “I - deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções; II - deficiência auditiva - perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz; III - deficiência visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores; IV - deficiência mental – funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como: a) comunicação;b) cuidado pessoal;c) habilidades sociais; d) utilização dos recursos da comunidade; e) saúde e segurança;f) habilidades acadêmicas;g) lazer; e h) trabalho; V - deficiência múltipla – associação de duas ou mais deficiências.”

<sup>67</sup> Neste mesmo sentido, Pierpaolo Cruz Bottini, “Medidas Cautelares – Projeto de Lei 111/2008”, in As Reformas no Processo Penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 482.

definitivamente com a previsão legal (e inconstitucional) da prisão administrativa. Neste Capítulo estão previstas outras medidas cautelares diversas da prisão preventiva e da prisão domiciliar.

A primeira delas consiste no comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo Juiz, para informar e justificar atividades. A segunda é a 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. A terceira é a proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante (esta medida será cabível, especialmente, quando se tratar de crime praticado contra a mulher em situação de violência doméstica e familiar, contra descendentes, ascendentes, irmãos etc.).

A quarta trata da proibição de se ausentar da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução (aqui, é preciso atentar para aqueles casos em que o indiciado ou réu trabalhe em local muito próximo de seu domicílio, como nas regiões metropolitanas das grandes cidades; neste caso, impor esta medida, convenhamos, não é nada razoável). Caso a proibição seja de se ausentar do País, a medida cautelar deverá ser comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional (Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal e Polícia Ferroviária Federal – art. 144 da Constituição Federal), intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de vinte e quatro horas (art. 320).

A quinta é o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos (aqui não se trata exatamente de uma medida cautelar privativa da liberdade, como a prisão cautelar, mas sim restritiva da liberdade).

A sexta consiste na suspensão do exercício de função pública<sup>68</sup> ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais. Evidentemente que esta medida acautelatória deve ser aplicada em casos de crimes praticados contra a administração pública, contra a ordem econômico-financeira, fiscais, previdenciários ou contra a economia popular. Observar que medida semelhante já tinha sido prevista no art. 56, parágrafo primeiro da Lei n. 11.343/06 (Lei de Drogas).

Igualmente a internação provisória do acusado pode ser decretada 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 (risco concretamente demonstrado e não meramente presumido, mesmo porque a única presunção admitida pela Constituição é a de inocência). Portanto, é preciso que fique claro na decisão o **periculum libertatis**.

---

<sup>68</sup> Por todos, veja-se o conceito de função pública na obra de Maria Sylvia Zanella di Pietro, Direito Administrativo, São Paulo: Atlas, 2002, 14ª. ed., págs. 439 e 440.

Ademais, a internação provisória deve ser em Hospital de Custódia e Tratamento, jamais em estabelecimento prisional comum. Importante salientar a observação de Aury Lopes Jr., ao afirmar que esta medida cautelar “não pode ser desconectada do sistema cautelar, de modo que, mesmo sendo inimputável o agente, é imprescindível a demonstração dos fumus commissi delicti e do periculum libertatis (aqui, assumido como risco de reiteração) nos mesmos termos anteriormente expostos. Destarte, não se pode desconsiderar o disposto no art. 314, de modo que o inimputável pode ter agido em legítima defesa ou em estado de necessidade da mesma forma que alguém imputável e, por isso, não pode ser submetido a internação provisória (como não poderia ser submetido à prisão preventiva se imputável fosse).

A oitava medida cautelar é a liberdade provisória com fiança (nas infrações afiançáveis, óbvio), com as seguintes finalidades: a) assegurar o comparecimento a atos do processo; b) evitar a obstrução do seu andamento; c) em caso de resistência injustificada à ordem judicial (atentando-se para o direito do indiciado e do réu de não auto-incriminação); a liberdade provisória com fiança poderá ser cumulada com outras medidas cautelares. Adiante, trataremos mais minudentemente da matéria.

E, por fim, temos a previsão da monitoração eletrônica, que não chega a ser novidade em nossa legislação, pois os arts. 122, 124, 146-B, 146-C e 146-D da Lei de Execução Penal já a disciplinam.<sup>69</sup>

Segundo noticia Carlos Roberto Mariath, “o primeiro dispositivo de monitoramento eletrônico foi desenvolvido nos anos 60 pelo psicólogo americano Robert Schwitzgebel. O Dr. Robert entendeu que sua invenção

---

<sup>69</sup> O Decreto nº. 7.627/2011 regulamenta a monitoração eletrônica no Brasil nos seguintes termos: “Art. 1º Este Decreto regulamenta a monitoração eletrônica de pessoas prevista no inciso IX do art. 319 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e nos arts. 146-B, 146-C e 146-D da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal. Art. 2º Considera-se monitoração eletrônica a vigilância telemática posicional à distância de pessoas presas sob medida cautelar ou condenadas por sentença transitada em julgado, executada por meios técnicos que permitam indicar a sua localização. Art. 3º A pessoa monitorada deverá receber documento no qual constem, de forma clara e expressa, seus direitos e os deveres a que estará sujeita, o período de vigilância e os procedimentos a serem observados durante a monitoração. Art. 4º A responsabilidade pela administração, execução e controle da monitoração eletrônica caberá aos órgãos de gestão penitenciária, cabendo-lhes ainda: I - verificar o cumprimento dos deveres legais e das condições especificadas na decisão judicial que autorizar a monitoração eletrônica; II - encaminhar relatório circunstanciado sobre a pessoa monitorada ao juiz competente na periodicidade estabelecida ou, a qualquer momento, quando por este determinado ou quando as circunstâncias assim o exigirem; III - adequar e manter programas e equipes multiprofissionais de acompanhamento e apoio à pessoa monitorada condenada; IV - orientar a pessoa monitorada no cumprimento de suas obrigações e auxiliá-la na reintegração social, se for o caso; e V - comunicar, imediatamente, ao juiz competente sobre fato que possa dar causa à revogação da medida ou modificação de suas condições. Parágrafo único. A elaboração e o envio de relatório circunstanciado poderão ser feitos por meio eletrônico certificado digitalmente pelo órgão competente. Art. 5º O equipamento de monitoração eletrônica deverá ser utilizado de modo a respeitar a integridade física, moral e social da pessoa monitorada. Art. 6º O sistema de monitoramento será estruturado de modo a preservar o sigilo dos dados e das informações da pessoa monitorada. Art. 7º O acesso aos dados e informações da pessoa monitorada ficará restrito aos servidores expressamente autorizados que tenham necessidade de conhecê-los em virtude de suas atribuições.



*poderia fornecer uma alternativa humana e barata à custódia para pessoas envolvidas criminalmente com a justiça. A máquina consistia em um bloco de bateria e um transmissor capaz de emitir sinal a um receptor. Em 1977, o Juiz de Albuquerque, Novo México/EUA, Jack Love, inspirado por um episódio da série Spiderman (Homem-Aranha), persuadiu o perito em eletrônica, Michael Goss, a projetar e manufaturar um dispositivo de monitoramento. Em 1983, o Juiz Love sentenciou o primeiro criminoso a usar o monitoramento eletrônico. A partir de então, a solução foi implementada de tal sorte que, em 1988, havia 2.300 presos monitorados eletronicamente nos Estados Unidos. Dez anos mais tarde (1998), o número de monitorados havia alcançado a impressionante marca de 95.000.”<sup>70</sup>*

Entendemos que esta medida cautelar deve ser usada com bastante parcimônia<sup>71</sup> e exclusivamente para evitar o encarceramento provisório, mesmo porque, como afirma Denise Provasi Vaz, “ela não é capaz de evidenciar qualquer reiteração criminosa por parte do condenado nem sua eventual falta de adaptação social.” Ademais, “é intuitiva a ideia de que um equipamento atrelado ao corpo em tempo integral afeta o estado psicológico da pessoa e impede a superação da lembrança da má conduta, prejudicando sua readaptação. Constitui, ainda, forma de cumprimento de pena incidente sobre o próprio corpo do condenado.”<sup>72</sup>

A propósito, estudando o monitoramento eletrônico no Canadá, Marion Vacheret e Josiane Gendrou concluíram negativamente em relação à sua adoção naquele País. Segundo elas, “a visibilidade de mídia desta medida é desproporcionada em relação ao lugar que ela ocupa no plano penal. Do mesmo modo, o seu valor acrescentado é extremamente limitado senão inexistente em razão da sua ausência de impacto tanto nas taxas de encarceramento como sobre a reincidência”.<sup>73</sup>

François Fevrier, ao analisar a medida no sistema francês, adverte-nos que “a aplicação de um dispositivo de monitoramento eletrônico requer certamente uma reflexão ética e social prévia; pressupõe, além disso, uma definição muito clara dos objetivos de política penal e penitenciária para

<sup>70</sup> Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2601, 15 ago. 2010. Disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17196>. Acesso em: 20 ago. 2011.

<sup>71</sup> Com inteira razão Pierpaolo Cruz Bottini, ao afirmar ser “fundamental que a execução da pena ou medida de monitoramento eletrônico seja a menos degradante possível, de maneira a seguir adequada aos cânones do Estado Democrático de Direito e à afetação mínima da dignidade humana. Desta forma, o dispositivo de monitoramento deve permanecer em local não visível do corpo, como no tornozelo ou nos pulsos, e seu controle deve ser realizado pelo Poder Público.” - “Aspectos Pragmáticos e Dogmáticos do Monitoramento Eletrônico”, **In** Monitoramento Eletrônico: Uma Alternativa à Prisão? Brasília: CNPCP, 2008, p. 180.

<sup>72</sup> Monitoração eletrônica de presos: limites legais e constitucionais. **In** Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo: IBCCRIM, ano 18, n. 216, p. 04-05, nov., 2010.

<sup>73</sup> O Monitoramento Eletrônico no Canadá – Retrato de um Sistema. **In** Monitoramento Eletrônico: Uma Alternativa à Prisão? Brasília: CNPCP, 2008, p. 120.

*acompanhamentos, o seu nível de satisfação esperado bem como os seus efeitos perversos.”*<sup>74</sup>

Estudando esta mesma medida nos Estados Unidos, Steven W. Becker, afirma: *“Se o monitoramento eletrônico for escolhido como uma opção deve ser empregado com o consentimento do detento, pois ele pode ter uma carga substancial de invasão, estigma e potenciais riscos de saúde, dependendo do dispositivo de monitoramento usado. (...) embora a tecnologia possa fornecer à Polícia ferramentas novas e eficientes na luta contra o crime, tais inovações também são sujeitas a abuso no sistema de justiça penal, como demonstrado pelos exemplos dos Estados Unidos. Espera-se que essas experiências sirvam como aviso, assim como uma ajuda, para se moldar soluções sensatas e práticas para o desafio do monitoramento eletrônico no Brasil.”*<sup>75</sup>

Analisando o monitoramento eletrônico em Portugal, Nuno Caiado faz as seguintes (e oportunas) considerações:

*“Considero que o ME é eticamente aceitável e viável, não acarretando problemas insolúveis, desde que sejam observados alguns princípios. O ME deve ser melhor compreendido: ele não é uma pena ou finalidade em si mesmo, mas uma tecnologia e instrumento de uma estratégia que pode ser de mero controlo ou, o que seria mais interessante, ao serviço da reabilitação do delinquente pressupondo a existência de um seguimento do caso. Por outro lado, não deve ser confundido com grilhetas ou algemas porque o dispositivo eletrônico não produz incapacitação mecânica ou física do corpo do vigiado, não impede a sua mobilidade. O ME deve estar estrategicamente orientado para a reinserção social do delinquente e o bem comum, e ser adequadamente concebido, planeado, implementado, monitorizado e avaliado. O ME deve estar claramente previsto na lei, em legislação substantiva e regulamentar: a lei deve prever o modo e oportunidade de utilização pelos tribunais e a regulamentação da sua execução pelos serviços. O ME deve ter legitimação judicial: implicando a compressão de direitos, é mais prudente que sejam os tribunais a decidir da liberdade ou do seu condicionamento, ampliando a legitimidade das decisões. O ME deve respeitar os direitos humanos: o condicionamento ou modificação da liberdade da pessoal vigiada não implica perda de dignidade. Tratamento desumano, estigmatização, exposição pública ou humilhação são matérias que não podem ser associadas a qualquer pena e, conseqüentemente, também às penas ou medidas com ME. O ME deve ser usado de modo proporcional: a intensidade do controlo deve ser adequada à necessidade e esta deve determinar a tecnologia mais adequada (consoante a finalidade, existem tecnologias diferentes); a proporcionalidade deve estender-se à fase de execução, devendo a intervenção corrente ou para repor a normalidade em caso de incumprimento respeitar as necessidades e não as ultrapassar. O ME deve requerer o consentimento do vigiado, o que não significa um reforço do delinquente mas antes um pacto de responsabilização; o consentimento plasma um compromisso na*

<sup>74</sup> O Monitoramento Eletrônico na França – Abordagem Institucional e Profissional. **In** Monitoramento Eletrônico: Uma Alternativa à Prisão? Brasília: CNPCP, 2008, p. 108.

<sup>75</sup> O Efeito de Novas Tecnologias no Sistema de Justiça Penal: Exemplos da Experiência dos Estados Unidos. **In** Monitoramento Eletrônico: Uma Alternativa à Prisão? Brasília: CNPCP, 2008, p. 51.

cooperação para a boa execução da pena ou medida. No âmbito das penas, a responsabilização é uma chave de sucesso. O ME deve incluir um investimento na relação com o vigiado: a frieza do seu controlo e o risco de coisificação precisam ser compensados por uma relação significativa que permita um empowerment na responsabilidade e mudança de comportamento. Isto pressupõe a existência de pessoal qualificado e treinado para a prevenção da reincidência. O ME deve evitar a estigmatização do vigiado; mas situações em que a visibilidade de um dispositivo eletrónico é irresolúvel obrigam a um outro ângulo de abordagem. O ME deve ser equacionado em termos relativos, como alternativa ao encarceramento, cuja estigmatização é – julga-se ser afirmação pacífica – muito superior. Por outro lado, a tomada de conhecimento da comunidade da existência de pessoas sujeitas à justiça penal que circulam, de modo vigiado e limitado, será um modo de a própria comunidade participar ou integrar a realização da justiça, repudiando a prisão prolongada e generalizada. Ainda assim, poderão subsistir reservas de natureza ética sobre o ME. Antecipo duas delas, porventura as mais comuns, e procuro responder-lhes. A primeira é de cariz ideológico: o ME é mais uma intromissão do Estado, mais um instrumento de controlo sobre a vida dos cidadãos. Esta linha de pensamento, popular nos comentários a notícias na net, parece decorrer mais da história do que da realidade actual: a América Latina sofreu horríveis ditaduras militares na segunda metade do séc. XX em que a função repressiva dos poderes públicos se sobrepunha à promoção do bem comum; mas hoje, o Estado democrático, embora não isento de críticas, é uma realidade política, sociológica e jurídica bem distinta. Por outro lado, os cidadãos, sem nunca o deixar de o ser (e por isso devem manter a dignidade), são monitorizados numa outra condição que é a objecto da justiça penal. A segunda é sobre o medo da tecnologia: o ME é o big brother. Este argumento subsiste na ignorância das funcionalidades das tecnologias que, nas versões mais intrusivas, não vão além do conhecer a posição de um vigiado no espaço público ou a sua permanência na habitação. Porque não pode a justiça adoptar mecanismos da sociedade telemática em que todos vivemos e dos quais generalizadamente dependemos?<sup>76</sup>

Certamente que a monitoração eletrónica será mais usualmente uma medida cautelar a ser aplicada cumulativamente com outras, servindo

<sup>76</sup> Notas sobre a admissibilidade ética do monitoramento eletrónico. In Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 18, n. 225, p. 05, ago., 2011. A propósito, veja esta notícia capturada no UL Notícias no dia 29 de agosto de 2011, às 7h53: “Dois funcionários de uma empresa que presta serviços ao Ministério da Justiça britânico foram demitidos após serem enganados por um condenado e instalarem uma tornozeleira eletrónica em sua perna falsa. Com a tornozeleira na prótese, o condenado pôde remover a perna falsa e desrespeitar um toque de recolher imposto pela Justiça como condição para sua liberdade condicional. Os funcionários da empresa G4S foram enganados por Christopher Lowcock, de 29 anos, que enrolou sua perna falsa em ataduras quando eles foram à sua casa para instalar o dispositivo. Lowcock havia sido condenado a um toque de recolher diário por crimes relacionados a drogas e posse de arma. Em um comunicado, o Ministério da Justiça confirmou que os procedimentos “claramente não foram seguidos neste caso”, mas afirmou que a empresa “já tomou providências em relação aos funcionários envolvidos”. “Dois mil condenados recebem tornozeleiras eletrônicas todas as semanas, e os incidentes como esse são muito raros”, afirmou o comunicado. A empresa G4S diz que o problema foi identificado quando os funcionários retornaram à casa de Lowcock e descobriram que ele havia sido preso novamente por conta de um crime de trânsito. Um porta-voz da empresa afirmou que a G4S instala tornozeleiras em “70 mil indivíduos por ano para o Ministério da Justiça”. “Dada a natureza crítica do serviço, temos procedimentos muito estritos que todos os funcionários devem seguir”, afirmou. Segundo ele, no caso de Lowcock os funcionários deixaram de seguir os procedimentos corretos e por isso não identificaram sua perna falsa.”

exatamente para a fiscalização do cumprimento destas, como, por exemplo, a proibição de frequentar determinados lugares, de se ausentar da Comarca, etc.

Analisando a utilização do monitoramento eletrônico, ainda que a questão envolvesse a execução da pena (saída temporária), por unanimidade de votos, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal negou seguimento a pedido de Habeas Corpus (HC 109101) impetrado em favor de um condenado que pretendia usufruir do benefício da saída temporária de Natal e Ano Novo sem utilizar a tornozeleira eletrônica. Na oportunidade, o Ministro Celso de Mello ressaltou que “*o poder público, na impossibilidade material de colocar um agente estatal em cada situação, simplesmente se vale de um meio que, no fundo, longe de afetar o princípio da dignidade da pessoa, representa um notável avanço no plano da atenuação dos rigores com que as penas em nosso país são executadas. O benefício aqui é evidente*”. O Ministro Gilmar Mendes concordou. “*Também não compartilho da ideia de que estamos diante de uma flagrante ilegalidade, antes pelo contrário, creio que se trata de um progresso na linha de uma humanização, com um mínimo de segurança (para a sociedade)*”, disse. “*É uma solução hoje adotada nos países mais avançados do ponto de vista democrático. Daquela bola de ferro com a corrente que os presos arrastavam até a tornozeleira eletrônica houve um importante avanço*”, acrescentou o Ministro Ricardo Lewandowski, relator do processo.

Em relação a estas medidas cautelares, entendemos que uma observação deve ser feita: como é possível a decretação da prisão preventiva em caso de descumprimento injustificado de outra medida cautelar, é perfeitamente cabível a utilização do **habeas corpus** para combater uma decisão que a aplicou. Como se sabe, o **habeas corpus** deve ser também conhecido e concedido sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Logo, se a medida cautelar foi abusiva (não necessária), cabível a utilização do **habeas corpus** que visa a tutelar a liberdade física, a liberdade de locomoção do homem: **ius manendi, ambulandi, eundi ultro citroque**. Como já ensinava Pontes de Miranda, em obra clássica sobre a matéria, é uma ação preponderantemente mandamental dirigida “*contra quem viola ou ameaça violar a liberdade de ir, ficar e vir.*”<sup>77</sup>

Para Celso Ribeiro Bastos “*o **habeas corpus** é inegavelmente a mais destacada entre as medidas destinadas a garantir a liberdade pessoal. Protege esta no que ela tem de preliminar ao exercício de todos os demais direitos e liberdades. Defende-a na sua manifestação física, isto é, no direito de o indivíduo não poder sofrer constrição na sua liberdade de se locomover em razão de violência ou coação ilegal.*”<sup>78</sup> Aliás, desde a Reforma Constitucional de 1926 que o **habeas corpus**, no Brasil, é ação destinada à tutela da liberdade de locomoção, ao direito de ir, vir e ficar.<sup>79</sup>

<sup>77</sup> História e Prática do **Habeas Corpus**, Vol. I, Campinas: Bookseller, 1999, p. 39.

<sup>78</sup> Comentários à Constituição do Brasil, Vol. II, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 312.

<sup>79</sup> Note-se que a 2ª. Turma do Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada no dia 30 de outubro de 2007, no julgamento do **Habeas Corpus** nº. 90.617-6/PE, tendo como Relator o Ministro Gilmar Mendes, concedeu a ordem para determinar o retorno ao cargo de um Desembargador, réu em uma ação penal originária. No voto do relator ficou consignado o seguinte: (...) *Conforme asseverei na oportunidade da apreciação e julgamento da questão de ordem apreciada por esta Colenda Segunda Turma em sessão de*

---

19.6.2007: “Para a análise do alegado excesso de prazo, inicialmente, surgiria a questão preliminar quanto ao cabimento do presente writ. Assim, um argumento usual em inúmeros julgados deste Supremo Tribunal Federal é o de que este pedido de habeas corpus não poderia ter seguimento porque o acórdão impugnado não afetaria diretamente a liberdade de locomoção do paciente. A prevalecer esse entendimento, reiterado em diversos casos pela jurisprudência desta Corte, revelar-se-ia incabível o manejo do HC na situação dos autos. Nesse sentido, arrola os seguintes precedentes: HC no 84.816-PI, Rel. Min. Carlos Velloso (2ª Turma, unânime; DJ 6.5.2005); HC nº 84.420- PI, Rel. Min. Carlos Velloso (2ª Turma, unânime; DJ 27.8.2004); HC (AgR) no 84.326-PE, Rel. Min. Ellen Gracie (2ª Turma, unânime; DJ 10.10.2004); HC nº 83.263-DF, Rel. Min. Nelson Jobim (2ª Turma, unânime; DJ 16.4.2004); HC no 77.784-MT, Rel. Min. Ilmar Galvão (1ª Turma, unânime; DJ 18.12.1998)” – (Voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes no HC-QO nº 90.617/PE, julgada em 19.6.2007, 2ª Turma, maioria, DJ 6.9.2007). Naquela assentada (19.6.2007), asseverei ainda, verbis: “Em que pese a extensão e a amplitude que essa interpretação tem assumido em nossa jurisprudência, não me impressiona o argumento de que habeas corpus é o meio adequado para proteger não-somente o direito de ir e vir do cidadão em face de violência, coação ilegal ou abuso de poder”- (Voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes no HC-QO nº 90.617/PE, julgada em 19.6.2007, 2ª Turma, maioria, DJ 6.9.2007). A esse respeito, devo frisar que, no caso concreto, a decisão do STJ determinou o afastamento do paciente do cargo de Desembargador do TJ/PE e tal situação perdura por mais de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses, sem que a instrução criminal tenha sido devidamente concluída. Isto é, os impetrantes insurgem-se não exatamente contra o simples fato do afastamento do paciente do cargo que ocupava na magistratura, mas sim em face de uma situação de lesão ou ameaça a direito que persiste por prazo excessivo e que, exatamente por essa razão, não pode ser excluído da proteção judicial efetiva (CF, art. 5o, XXXV). Ainda, reiterando manifestação anterior, creio como pertinente a transcrição dos seguintes argumentos no voto que proferi em 19.6.2007: “Nestes termos, considerada essa configuração fática excepcional, entendo ser o caso de se estabelecer um distinguishing com relação à referida jurisprudência tradicional deste Tribunal quanto à matéria do cabimento do habeas corpus. Entendo que o writ é cabível porque, na espécie, discute-se efetivamente aquilo que a dogmática constitucional e penal alemã – a exemplo da ilustre obra *Freiheitliches Strafrecht* (‘Direito Penal Libertário’), de Winfried Hassemer, – tem denominado *Justizgrundrechte*. Essa expressão tem sido utilizada para se referir a um elenco de normas constantes da Constituição que tem por escopo proteger o indivíduo no contexto do processo judicial. Não tenho dúvidas que o termo seja imperfeito, uma vez que, amiúde, esses direitos transcendem a esfera propriamente judicial. Assim, à falta de outra denominação genérica, também nós optamos por adotar designação assemelhada – direitos fundamentais de caráter judicial e garantias constitucionais do processo –, embora conscientes de que se cuida de denominações que pecam por imprecisão. De toda forma, independentemente dessa questão terminológica, um elemento decisivo é o de que, no caso concreto ora em apreço, invoca-se garantia processual de natureza judicial e administrativa, que tem repercussão direta quanto ao devido processo legal penal e à dignidade pessoal e profissional do paciente. Desse modo, o tema da razoável duração do processo (CF, art. 5o, LXXVIII), por expressa disposição constitucional, envolve não somente a invocação de pretensão à ‘direito subjetivo’ de célere tramitação dos processos judiciais e administrativos, mas também, o reconhecimento judicial de ‘meios que garantam a celeridade de sua tramitação’. Em outras palavras, a interpretação desse dispositivo também está relacionada à efetivação de legítimas garantias constitucionais como mecanismos de defesa e proteção em face de atrocidades e desrespeitos aos postulados do Estado democrático de Direito (CF, art. 1o). Nesse particular, entendo que, preliminarmente, o habeas corpus é garantia cabível e apta para levar ao conhecimento deste Tribunal a apreciação do tema do excesso de prazo para a instrução criminal. É dizer, embora a decisão impugnada não repercuta diretamente no direito de ir e vir do paciente (liberdade de locomoção *stricto sensu*), observa-se situação de constrangimento ilegal decorrente de mora na prestação jurisdicional no âmbito processual penal” – (Voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes no HC-QO nº 90.617/PE, 2ª Turma, maioria, DJ 6.9.2007). No caso concreto, tal constrangimento corresponde à persistência do afastamento cautelar desde o recebimento da denúncia pelo STJ. A viabilidade deste writ se dá, portanto, em razão de que o afastamento cautelar do paciente tem perdurado por lapso temporal excessivo. Este habeas corpus foi impetrado em 7 de fevereiro de 2007. O julgamento da questão de ordem ocorreu em 19.6.2007, cujo acórdão foi publicado em 6.9.2007. Hoje, completam-se 8 meses e 23 dias desde a impetração. Friso que, no feito penal em andamento perante a Corte a quo, a suposta vítima (MARIA SORAIA ELIAS PEREIRA), vem tumultuando a regular instrução do feito (AP nº 259/PE), seja por ter obstado a realização de perícia no período de , seja por meio da apresentação de sucessivos pedidos de substituição de testemunhas, os quais apesar de indeferidos pelo STJ, têm contribuído para que, até o presente momento (informações disponíveis na página oficial do

Questão interessante é a da detração penal em caso de cumprimento de medida cautelar diversa da prisão provisória, da internação provisória ou da prisão domiciliar. Neste aspecto, Pierpaolo Cruz Bottinio afirma que “a previsão de novas medidas cautelares, diferentes da prisão, apresenta situações inéditas sobre a detração. (...) Aqui seria adequada ao menos de uma compensação, um desconto na pena de prazo ao menos proporcional à gravidade da cautelar aplicada.”<sup>80</sup> Para estes casos, entendemos cabível, por analogia **in bonam partem**, a aplicação dos arts. 8º. e 66 do Código Penal, servindo o cumprimento da medida cautelar como causa obrigatória da atenuação da pena, quando não possível a sua compensação nos termos do art. 42 do Código Penal.

## VII – DA LIBERDADE PROVISÓRIA, COM OU SEM FIANÇA

O Capítulo VI continua a tratar da liberdade provisória, com ou sem fiança. Neste Capítulo foram modificados os arts. 321 a 325, os arts. 334 a 337 e o art. 341, os arts. 343 a 346, além do art. 350.

Dispõe o primeiro dos artigos que ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva (e não tendo sido o caso de relaxamento da prisão), o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código (acima referidas) e observados os critérios constantes do art. 282. Aqui, extingue-se a possibilidade da concessão da liberdade provisória sem fiança e sem qualquer obrigação para o indiciado ou acusado (por ser o crime inafiançável e não caber a prisão preventiva). Ademais, para a concessão da liberdade provisória dispensa-se, com acerto, a oitiva prévia do Ministério Público (a celeridade ínsita a esta decisão não se coadunaria mesmo com qualquer dilação; nada obstante, a intimação da decisão ao **parquet** impõe-se, inclusive para efeito de recurso ou mesmo utilização do **habeas corpus**).

---

*STJ - [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br), a instrução ainda não tenha se encerrado. Em conformidade com a orientação jurisprudencial acima mencionada, constato a configuração de excessiva mora da instrução criminal e verifico patente situação de ilegalidade apta a ensejar a concessão da ordem. Ademais, entendo que, em princípio, a excessiva mora processual verificável de plano, nestes autos, configura-se como aquilo que, em matéria de ilegítima persistência dos efeitos da custódia cautelar, ambas as Turmas deste STF têm denominado como “excesso de prazo gritante”. Nesse sentido, arrolou alguns processos nos quais foi adotado o parâmetro de moras processuais superiores a 2 (dois) anos para o deferimento da ordem, a saber: HC no 87.913/PI, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, unânime, DJ 5.9.2006; HC no 84.095/GO, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, unânime, DJ 2.8.2005; HC no 83.177/PI, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, unânime, DJ 19.3.2004; HC no 81.149/RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, unânime, DJ 5.4.2002. Nestes termos, diante de excepcional situação de excesso de prazo para a conclusão da instrução criminal verificável neste caso concreto, defiro a ordem tão-somente para suspender os efeitos da decisão da Corte Especial do STJ que impôs o afastamento do cargo nos termos do art. 29 da LC no 35/1979, e determino, por consequência, o retorno do ora paciente à função de magistrado perante o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (TJ/PE).”*

<sup>80</sup> [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br), no dia 21 de setembro de 2010.

Pela nova disposição do art. 322, a autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a quatro anos; nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em quarenta e oito horas. Caso a autoridade policial recuse ou retarde a concessão da fiança, o preso, ou alguém por ele, poderá prestá-la, mediante simples petição, perante o Juiz competente, que decidirá em quarenta e oito horas. Observa-se que o art. 335 dá ao preso, neste último caso, capacidade postulatória para requerer diretamente ao Juiz o arbitramento de fiança, quando tal medida foi negada (ou houve demora) pela autoridade policial. Evidentemente que, nada obstante se tratar de ato postulatório perante autoridade judiciária, justifica-se excepcionar-se o art. 1º, I do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº. 8.906/94), tendo em vista cuidar-se de medida urgente que visa a obstar uma prisão provisória desnecessária. Aqui, deve prevalecer o princípio do **favor libertatis**.

A lei estabelece como crimes inafiançáveis, em consonância com a Constituição Federal, os crimes de racismo (apenas os previstos na Lei nº. 7.716/89, também imprescritíveis, e não aquele tipificado no art. 140, § 3º do Código Penal – a chamada injúria com preconceito), de tortura (Lei nº. 9.455/97), o tráfico ilícito de drogas (Lei nº. 11.343/06), o terrorismo (art. 20 da Lei nº. 7.170/83), os hediondos (Lei 8.072/90) e os cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (estes também imprescritíveis e tipificados na Lei de Segurança Nacional – Lei nº. 7.170/83). Ademais, independentemente do crime praticado, não será, igualmente, concedida fiança: a) 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 (ver adiante); b) em caso de prisão civil (alimentante faltoso); c) em caso de prisão militar; d) quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312). Obviamente que, com estas novas disposições legais, considerar-se-ão imediatamente revogadas quaisquer outras hipóteses legais de inafiançabilidade anteriormente previstas, à luz do disposto no art. 2º, § 1º, da Lei nº. 12.376/2010 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Deve-se atentar para o fato de que a inafiançabilidade (por si só) não impede a liberdade provisória (cumulada com outra medida cautelar ou mesmo vinculada ao comparecimento a todos os atos do processo), pois o que a Constituição proíbe expressamente é a fiança e não a liberdade provisória (ao contrário, exige-a quando cabível!). Assim, nada obstante tratar-se de crime inafiançável, nada obsta que o Juiz, vislumbrando não estarem presentes os requisitos da prisão preventiva, conceda a liberdade provisória (sem fiança obviamente), sujeitando o beneficiado a cumprir outra medida cautelar ou vinculando-o a comparecer a todos os atos do processo que não impliquem em ofensa ao seu direito ao silêncio e ao de não auto-incriminação.

O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder entre um a cem salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a quatro anos e de dez a duzentos salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada

for superior a quatro anos. Nada obstante tais limites, se assim o recomendar a situação econômica do preso, a fiança poderá (inclusive pela autoridade policial) ser dispensada na hipótese do art. 350 (ver adiante), ser reduzida até o máximo de dois terços ou ser aumentada em até mil vezes. É preciso atentar, no entanto, que “*a fiança, por força de sua natureza jurídica cautelar diversa das restritivas de liberdade, deve ser utilizada pelas autoridades policial e jurisdicional como medida alternativa à prisão, e não como antecipação de tutela penal. (...) A análise restringiu-se ao microsistema da preventiva, esquecendo o magistrado da principal premissa desse conjunto normativo de necessária aplicabilidade conjunta: os aspectos principiológicos do art. 282 do CPP. Os princípios da adequação e da necessidade, estampados no art. 282 do CPP são as vigas mestras de todo o novo sistema cautelar. (...) É certo que o magistrado leva em conta o valor de uma futura e provável indenização ou ressarcimento ao erário, mas também não pode olvidar de diversos outros fatores legais (novos) e constitucionais (antigos) que precisa ponderar, como, p.ex. a substituição da prisão preventiva mesmo quando presentes os seus requisitos e a presunção do estado de inocência. O magistrado, diante da nova lei e sob a vigilância constitucional, deve fundamentar uma decisão em habeas corpus da seguinte forma: se a decisão que mandou prender preventivamente está frágil e sem fundamentação razoável, deve-se, por imperativo constitucional, revogar essa prisão sem estabelecer nenhuma condição para isso. Porém, se estiverem demonstrados os requisitos do art. 312, o magistrado deve reconhecer essa existência, demonstrar que poderia julgar pela manutenção da prisão, mas dar como medida cautelar alternativa o pagamento de uma fiança razoável, ou qualquer outro dispositivo cautelar presente nos arts. 319 e 320 do CPP, expedindo-se alvará de soltura após a audiência em 1.<sup>a</sup> instância para fixar as medidas cautelares. (...) Direito esse que deve ser exercido em casos semelhantes, principalmente se o valor da fiança exceder o razoável e prejudicar a devolução da liberdade do acusado, postulando pela restituição da parcela abusiva da quantia arbitrada, ou sua total substituição por outra medida que não impeça o direito de locomoção do indivíduo.*”<sup>81</sup>

A fiança poderá ser prestada enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória (inclusive na própria sentença condenatória, nos termos do parágrafo único do art. 387 do Código de Processo Penal).

Determina-se como finalidade da fiança (o dinheiro ou objetos dados) o pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado, mesmo no caso da prescrição depois da sentença condenatória (art. 110, Código Penal). Observa-se, contudo, que decretada a extinção da punibilidade após a sentença condenatória, a fiança prestar-se-á, tão somente, para o pagamento de custas eventualmente devidas e ao pagamento da indenização do dano, pois a multa e a prestação pecuniária, como sanções penais que são, evidentemente estarão atingidas também pela prescrição ou qualquer outra causa extintiva da punibilidade.

---

<sup>81</sup> BRITO, Auriney Uchôa de; MARQUES, Ivan Luís. O valor da fiança: licitude ou ilicitude, balizadas pela razoabilidade. *In* Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 20, n. 230, p. 16-17, jan., 2012.



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 no caso da prescrição depois da sentença condenatória (art. 110 do Código Penal), com a ressalva acima feita em relação à pena de multa e de prestação pecuniária.

Considerar-se-á quebrada a fiança quando o acusado, regularmente intimado para ato do processo, deixar de comparecer, sem motivo justo; quando deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo ou descumprir medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança (nestes casos, será possível que, além da quebra da fiança, seja decretada, concomitantemente, a prisão preventiva, nos termos acima indicados); se resistir injustificadamente a ordem judicial ou, por fim, se vier a praticar nova infração penal dolosa (não crime culposos). Neste caso, caso seja injustificado o quebramento, o acusado perderá metade do valor prestado, cabendo ao juiz decidir sobre a imposição de outras medidas cautelares ou, se for o caso, a decretação da prisão preventiva. No caso de quebramento de fiança, deduzidas as custas e mais encargos a que o acusado estiver obrigado, o valor restante será recolhido ao fundo penitenciário, na forma da lei.

Entender-se-á perdido, na totalidade, o valor da fiança, se, condenado, o acusado não se apresentar para o início do cumprimento da pena (privativa de liberdade ou restritiva de direitos) definitivamente imposta (ou seja, com trânsito em julgado). Neste caso, deduzidas as custas e mais encargos a que o acusado estiver obrigado (inclusive o pagamento da multa ou da prestação pecuniária), o valor da fiança será recolhido ao fundo penitenciário (FUNPEN), na forma da lei.<sup>82</sup>

---

<sup>82</sup> O Fundo Penitenciário Nacional foi criado pela Lei Complementar nº. 79/1994, a ser gerido pelo Departamento de Assuntos Penitenciários da Secretaria dos Direitos da Cidadania e Justiça, com a finalidade de proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e programas de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário Brasileiro. Pela lei, os recursos do FUNPEN serão aplicados em: “I - construção, re forma, ampliação e aprimoramento de estabelecimentos penais; II - manutenção dos serviços penitenciários; III - formação, aperfeiçoamento e especialização do serviço penitenciário; IV - aquisição de material permanente, equipamentos e veículos especializados, imprescindíveis ao funcionamento dos estabelecimentos penais; V - implantação de medidas pedagógicas relacionadas ao trabalho profissionalizante do preso e do internado; VI - formação educacional e cultural do preso e do internado; VII - elaboração e execução de projetos voltados à reinserção social de presos, internados e egressos; VIII - programas de assistência jurídica aos presos e internados carentes; IX - programa de assistência às vítimas de crime; X - programa de assistência aos dependentes de presos e internados; XI - participação de representantes oficiais em eventos científicos sobre matéria penal, penitenciária ou criminológica, realizados no Brasil ou no exterior; XI I - publicações e programas de pesquisa científica na área penal, penitenciária ou criminológica; XIII - custos de sua própria gestão, excetuando-se despesas de pessoal relativas a servidores públicos já remunerados pelos cofres públicos.” Os recursos do FUNPEN poderão ser repassados mediante convênio, acordos ou ajustes, que se enquadrem nos objetivos acima estabelecidos. Os recursos previstos no inciso VII serão obrigatoriamente repassados aos estados de origem, na proporção de cinquenta por cento. Já os saldos verificados no final de cada exercício serão obrigatoriamente transferidos para crédito do FUNPEN no exercício seguinte. Os Estados também podem criar os seus respectivos fundos penitenciários. Neste caso, os valores oriundos das fianças serão recolhidos ao Fundo Penitenciário Nacional quando se tratar de ação penal da

Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando a situação econômica do preso, poderá conceder-lhe liberdade provisória (sem fiança), sujeitando-o, porém, às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 do Código (não alterados)<sup>83</sup>, além de outras medidas cautelares, se for o caso. Se o beneficiado descumprir, sem motivo justo, qualquer das obrigações ou medidas impostas, o Juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente (ver observação sobre a figura do assistente no processo penal) ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do art. 312, parágrafo único do Código de Processo Penal.

É preciso, no entanto, que interpretemos este dispositivo à luz do direito ao silêncio (constitucionalmente assegurado) e o de não auto-incriminação, ou seja, é possível que o não comparecimento do réu ou indiciado deva-se ao seu direito de não produzir prova contra si mesmo, opção que, obviamente, não poderá prejudicá-lo (não comparecer a uma acareação ou a um reconhecimento de pessoa, por exemplo). Neste sentido, conferir o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos firmado em Nova York, em 19 de dezembro de 1966 e promulgado pelo Governo brasileiro através do Decreto nº. 592/92, assim como o Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, promulgado entre nós pelo Decreto nº. 678/92 (Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

Continuam inalteradas as circunstâncias que implicarão na cassação da fiança (arts. 338 e 339), bem como a exigência de reforço da fiança (art. 340). Outrossim, restaram incólumes os arts. 326 a 333, bem como os arts. 342 e 347 a 349.

### **VIII – DA PRISÃO ESPECIAL PARA OS JURADOS**

O legislador aproveitou o ensejo para modificar a redação do art. 439, que passou a estabelecer que o exercício efetivo da função de jurado constitua serviço público relevante e estabelecerá presunção de idoneidade moral, não mais dando direito à prisão especial.

---

competência da Justiça Comum Federal, da Justiça Eleitoral ou da Justiça Militar Federal. Tratando-se de processo crime da competência da Justiça Comum Estadual, o repasse será feito na conta do Fundo Penitenciário Estadual.

<sup>83</sup> “Art. 327 - A fiança tomada por termo obrigará o afiançado a comparecer perante a autoridade, todas as vezes que for intimado para atos do inquérito e da instrução criminal e para o julgamento. Quando o réu não comparecer, a fiança será havida como quebrada.” (...) “Art. 328 - O réu afiançado não poderá, sob pena de quebração da fiança, mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, ou ausentar-se por mais de 8 (oito) dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado.”

Outrossim, revogou os já inválidos arts. 393 e 595 do Código de Processo Penal, pois de há muito desautorizados pelo Supremo Tribunal Federal, à luz do princípio da presunção de inocência.

### **IX – DO DIREITO INTERTEMPORAL**

Finalizando, devemos observar que as novas disposições legais inserem-se naquele rol das leis processuais penais materiais, razão pela qual, quanto à sua aplicação no tempo, não devemos aplicar em todos os processos pendentes a regra estabelecida no art. 2º., do Código de Processo Penal (**tempus regit actum**), e sim observar o disposto no art. 2º., da Lei de Introdução ao Código de Processo Penal e o art. 2º., do Código Penal.

Neste sentido, veja-se que há duas regras que regem o direito intertemporal das leis em matéria criminal: o primeiro afirma que a lei penal não retroage salvo para beneficiar o réu (art. 2º., parágrafo único do Código Penal e art. 5º., XL da Constituição Federal). Se é certo que a regra é a da irretroatividade da lei penal, e isto ocorre por uma questão de segurança jurídico-social, não há de se olvidar a exceção de que se a lei penal for de qualquer modo mais benéfica para o seu destinatário, forçosamente deverá ser aplicada aos casos pretéritos, retroagindo.

Esta regra insere-se no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais da nossa Carta Magna e, como garantia fundamental, tem força vinculante, “*no sólo a los poderes públicos, sino también a todos los ciudadanos*”, como afirma Perez Luño<sup>84</sup>, tendo também uma conotação imperativa, “*porque dotada de carácter jurídico-positivo*”.<sup>85</sup>

A segunda regra é a da aplicação imediata da lei processual penal, preconizado pelo art. 2º. do Código de Processo Penal e que proclama a regra da aplicação imediata (**tempus regit actum**).

Desta forma, à vista destas duas regras jurídicas, haveremos de analisar as novas disposições. Para que se manifeste um entendimento correto, urge que procuremos definir a natureza jurídica das novas normas: seriam elas de natureza puramente processual ou, tão-somente, penais; ou híbridas (penal e processual)? Admitindo-se a natureza puramente processual, obviamente não há falar-se em irretroatividade ou ultratividade; porém, se aceitarmos que são normas processuais penais materiais (ou híbridas), a ultratividade dos artigos revogados e a irretroatividade da nova lei impõe-se, pois, indiscutivelmente, sendo disposição mais gravosa deve excepcionar a regra da aplicação imediata da lei processual penal.

Atentemos que quaisquer normas que tratem de relativizar o princípio da presunção de inocência (admitindo a prisão provisória) e que

<sup>84</sup> Los Derechos Fundamentales. Madrid: Tecnos, 1993, p. 67.

<sup>85</sup> Alberto Silva Franco, Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial. 7. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 62.

tratem de medidas cautelares em matéria penal dizem respeito ao Direito Constitucional. Nestas condições, ditas normas não são puramente processuais (ou formais, técnicas), mas processuais penais materiais.

O jurista lusitano e Professor da Faculdade de Direito do Porto, Taipa de Carvalho, após afirmar que “*está em crescendo uma corrente que acolhe uma criteriosa perspectiva material - que distingue, dentro do direito processual penal, as normas processuais penais materiais das normas processuais formais*”, adverte que dentro de uma visão de “*hermenêutica teleológico-material determine-se que à sucessão de leis processuais penais materiais sejam aplicados o princípio da irretroactividade da lei desfavorável e o da retroactividade da lei favorável.*”<sup>86</sup>

Taipa de Carvalho explica que tais normas de natureza mista (designação também usada por ele), “*embora processuais, são também plenamente materiais ou substantivas.*”<sup>87</sup>

Informa, ainda, o mestre português que o alemão Klaus Tiedemann “*destaca a exigência metodológica e a importância prática da distinção das normas processuais em normas processuais meramente formais ou técnicas e normas processuais substancialmente materiais*”, o mesmo ocorrendo com o francês Georges Levasseur.<sup>88</sup>

Feitas tais considerações, lembra-se que “*la individualización de la ley penal más benigna deba hacerse en cada caso concreto*, tal como ensina Eugenio Raul Zaffaroni.”<sup>89</sup>

A propósito, veja-se a lição de Carlos Maximiliano: “*Quanto aos institutos jurídicos de carácter misto, observam-se as regras atinentes ao critério indicado em espécie determinada. Sirva de exemplo a querela: direito de queixa é substantivo; processo da queixa é adjetivo; segundo uma e outra hipótese orienta-se a aplicação do Direito Intertemporal. O preceito sobre observância imediata refere-se a normas processuais no sentido próprio; não abrange casos de diplomas que, embora tenham feição formal, apresentam, entretanto, prevalentes os caracteres do Direito Penal Substantivo; nesta hipótese, predominam os postulados do Direito Transitório Material.*”<sup>90</sup>

Comentando a respeito das normas de carácter misto, assim já se pronunciou Rogério Lauria Tucci: “*Daí porque deverão ser aplicadas, a propósito, consoante várias vezes também frisamos, e em face da conotação prevalecente de direito penal material das respectivas normas, as disposições legais mais favoráveis ao réu, ressaltando-se sempre, como em todos os*

<sup>86</sup> Sucessão de Leis Penais. Coimbra: Coimbra, p. 219-220.

<sup>87</sup> CARVALHO, Taipa de, op. cit., p. 220 e 240.

<sup>88</sup> Idem.

<sup>89</sup> *Tratado de Derecho Penal. Parte General.* Buenos Aires: Ediar, 1987. v I, p. 463- 464.

<sup>90</sup> *Direito Intertemporal.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, p. 314.

*sucessos ventilados, a possibilidade de temperança pelas regras de direito transitório, - estas excepcionais por natureza.”*<sup>91</sup>

Outra não é a opinião de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho: “*Se a norma processual contém dispositivo que, de alguma forma, limita direitos fundamentais do cidadão, materialmente assegurados, já não se pode defini-la como norma puramente processual, mas como norma processual com conteúdo material ou norma mista. Sendo assim, a ela se aplica a regra de direito intertemporal penal e não processual.*”<sup>92</sup>

Não é apenas o fato de uma norma está contida em um Código de Processo Penal que a sua natureza será estritamente processual (e dever ser aplicada a regra do **tempus regit actum**). Como afirmava Vincenzo Manzini, “*estar uma norma compreendida en el Código de procedimiento penal o en el Código penal no basta para calificarla, respectivamente, como norma de derecho procesal o de derecho material.*”<sup>93</sup>

Diante do exposto, entendemos que os novos dispositivos, quando mais gravosos, apenas terão incidência em relação àqueles agentes que praticaram a infração penal posteriormente à entrada em vigor da nova lei, atentando-se para o disposto no art. 2º. da Lei de Introdução ao Código de Processo Penal e no art. 2º. do Código Penal<sup>94</sup>, considerando “*que a natureza processual de uma lei não depende do corpo de disposições em que esteja inserida, mas sim de seu conteúdo próprio.*”<sup>95</sup> Se mais benéficos devem ser imediatamente aplicados, inclusive em relação aos processos relativos a crimes praticados anteriormente à vigência da lei nova. Neste caso, como já afirmamos no início deste trabalho, não deve ser respeitado, sequer, o período da **vacatio legis**.

Ressalva-se, apenas, a coisa julgada como limite lógico e natural de tudo quanto foi dito, pois se já houve o trânsito em julgado, não pode se cogitar de retroatividade para o seu desfazimento, pois neste caso já há um processo findo, além do que, contendo a norma caráter também processual, só poderia atingir processo não encerrado, ao contrário do que ocorreria se se tratasse de lei puramente penal (**lex nova** que, por exemplo, diminuísse a pena ou deixasse de considerar determinado fato como criminoso), hipóteses em que seria atingido, inclusive, o trânsito em julgado, por força do art. 2º., parágrafo único do Código Penal<sup>96</sup>.

Enfrentando esta questão, o Supremo Tribunal Federal decidiu que, tratando-se “*de normas de natureza processual, a exceção*

<sup>91</sup> *Direito Intertemporal e a Nova Codificação Processual Penal*. São Paulo: José Bushatsky, 1975, p. 124.

<sup>92</sup> *O Processo Penal em Face da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 137.

<sup>93</sup> *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951, p. 108 (tradução do italiano para o espanhol de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín).

<sup>94</sup> “Art. 2º. - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.” “Art. 4º - Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado.”

<sup>95</sup> Eduardo J. Couture, *Interpretação das Leis Processuais*, Rio de Janeiro: Forense, 4ª, ed., 2001, p. 36 (tradução de Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano).

<sup>96</sup> Neste sentido, a lição de Ada e outros, op. cit., p. 49.

*estabelecida por lei à regra geral contida no art. 2º do CPP não padece de vício de inconstitucionalidade. Contudo, as normas de direito penal que tenham conteúdo mais benéfico aos réus devem retroagir para beneficiá-los, à luz do que determina o art. 5º, XL da Constituição federal.” (STF – ADI 1.719-9 – rel. Joaquim Barbosa – j. 18.06.2007 – DJU 28.08.2007, p. 01).*

### **BIBLIOGRAFIA**

- 1) Apreciações do Flagrante Delito – Luciano Caseiro – Sugestões Literárias – 1964
- 2) Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória – Eugênio Pacelli de Oliveira – Del Rey – 2000
- 3) Fiança Criminal e Liberdade Provisória – Luiz Otávio de Oliveira Rocha e Marco Antonio Garcia Baz – Revista dos Tribunais – 1999
- 4) Do Relaxamento da Prisão – J. W. Seixas Santos e Márcia Soares Seixas Santos – Editora de Direito – 1996
- 5) Prisão Preventiva – Antonio Alberto Machado – Editora Acadêmica – 1993.
- 6) Crítica al Derecho Penal de Hoy: Límites de la Prisión Preventiva – Winfried Hassemer - Ad-Hoc – 1995
- 7) Prisão e Liberdade Provisória – Luiz Antonio Câmara – Juruá – 1997
- 8) Da Prisão em Flagrante – Tales Castelo Branco – Saraiva – 2001
- 9) Prisão Temporária – Liberato Póvoa e Marco Villas Boas – Juruá – 1996
- 10) Prisão em Flagrante – Daniel Gerber – Livraria do Advogado – 2003
- 11) Estrutura Jurídica da Liberdade Provisória – José Armando da Costa – Saraiva – 1989
- 12) Medidas de Coerción en el Nuevo Código de Proceso Penal de la Nación – José Cafferata Nores – Depalma – 1992
- 13) A Tutela de Urgência no Processo Penal Brasileiro – João Gualberto Garcez Ramos – Del Rey – 1998
- 14) Da Prisão Preventiva – Tostes Malta – Saraiva - 1935
- 15) As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração – Roberto Delmanto Junior - Renovar – 2001
- 16) Presunção de Inocência e Prisão Cautelar – Antonio Magalhães Gomes Filho, São Paulo: Saraiva, 1991.
- 17) Persecução Penal, Prisão e Liberdade – Rogério Lauria Tucci, São Paulo: Saraiva, 1980.
- 18) Prisão Temporária – Jayme Walmer de Freitas – Saraiva
- 19) Teoria Geral da Prisão Cautelar e Estigmatização – Miguel Tedesco Wedy – Lumen Juris Editora
- 20) Prisão Cautelar – Dramas, Princípios e Alternativas – Rogério Schietti Machado Cruz - Lumen Juris Editora
- 21) La Prisión Procesal – Gabriel Nardiello – Hispania Libros
- 22) Novas Regras da Prisão e Medidas Cautelares – Comentários à Lei nº. 12.403/2011 - Débora Faria Garcia – Editora Método, 2011.
- 23) Prisão e Medidas Cautelares - Comentários à Lei nº. 12.403/2011 – Luiz Flávio Gomes e Ivan Luís Marques – Editora Método, 2011.

- 24) Prisão e Liberdade – As Reformas Processuais Penais Introduzidas pela Lei nº. 12.403/2011 – Guilherme de Souza Nucci – Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- 25) O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas – Aury Lopes Jr., 2ª. Ed., Editora Lumen Juris, 2011.
- 26) Curso de Processo Penal – Eugênio Pacelli de Oliveira – Editora Lumen Juris, 2011.
- 27) Curso de Direito Processual Penal – Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar – Editora JusPodivm, 2011.