

**“FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA - UNIVEM
CURSO DIREITO**

AMANDA CABRINI FERREIRA

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO PROVISÓRIA

**MARÍLIA
2010**

AMANDA CABRINI FERREIRA

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO PROVISÓRIA

Trabalho de Curso apresentado ao Curso de Direito, da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília-UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador:
Prof. Mario Furlaneto Neto

MARÍLIA
2010

Ferreira, Amanda Cabrini

A (In)Constitucionalidade da Prisão Provisória / Amanda Cabrini Ferreira; orientador: Mario Furlaneto Neto. Marília, SP : [s.n.], 2010.

92 f.

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) - Curso de Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2010.

1. Princípios Processuais 2. Prisão Provisória 3. A (In)Constitucionalidade da Prisão Provisória



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

Curso de Direito

Amanda Cabrini Ferreira


RA: 37793-7

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO PROVISÓRIA

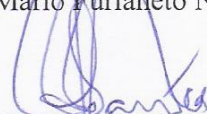
Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 10,0 (DEZ)


ORIENTADOR(A): _____


Mário Furlaneto Neto

1º EXAMINADOR(A): _____


José Eduardo Lourenço dos Santos

2º EXAMINADOR(A): _____


Michele Ribeiro de Melo

Marília, 04 de dezembro de 2010.

DEDICO:

Em especial à minha amada mãe, Marilda Aparecida Cabriní Ferreira, que embora de um jeito meio "estranho", no decorrer dos cinco anos sempre me apoiou... ("Não liga não, não fica esquentando a cabeça! Se pegar D.P. a gente dá um jeito e paga!" 😊).

Ao meu amado pai, Isaias Alves Ferreira (in memoriam), que por quase vinte anos da minha vida foi "meu porto seguro"... Seus ensinamentos me guiarão pelo resto dos meus dias... Muitas saudades!
S2

Aos meus irmãos Alessandro Alves Ferreira e Luciane Cabriní Ferreira, pelo simples fato de fazerem parte da minha vida, amo incondicionalmente! (ordem alfabética).

Meus sobrinhos lindos Matheus e Izabel...

À minha avó, Idalina, e meu tio "Cabimba"...

Ao meu noivo, Renato Alberto Lopes, por todo amor, apoio e confiança depositada em mim... Amo mais que tudo nesse mundo! S2

À minha "parenta por afinidade", Aline Aparecida Caivano Borquetti, que foi um anjo que Deus colocou na minha vida no decorrer desses cinco anos. Uma pessoa com um caráter inigualável, esforçada, detentora de um coração imenso e que merece todo sucesso do mundo. Uma amiga para toda vida! Amo d +!!!

Às minhas queridas amigas, Carlão (Carla Cristina do Amaral) e Camburão (Nathália Cristina de Oliveira), também amo d+... (ordem alfabética).

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus pela vida e por estar presente a meu lado em todos os momentos me amparando...

Ao Professor Mário Furlaneto Neto, pela paciência e por todo apoio, que foram essenciais para conclusão da presente pesquisa... Excelente orientador...

Ao meu amor, Renato, pela compreensão e apoio...

Às barangas da minha vida, pelo carinho e companheirismo, pela amizade, enfim, por todos os momentos lindos que proporcionaram na minha vida durante esses anos...juntas para sempre!!!
(Alíne, Carla e Nathália).

À minha irmã e minha mãe pelas orações...

Ao meu irmão, por ter financiado meus códigos no 1º ano...

Ao Dr. Cláudio Fontana, por toda instrução durante o período de estágio, por sanar minhas dúvidas e por tudo que fez por mim... Agradeço de coração!

À minha priminha Linda Rosângela pelo apoio desde a época do projeto...

À Michele (peste) por me aguentar tirando dúvidas a respeito de formatação...

À Dina Sandra por brigar comigo toda manhã por eu não terminar logo "o TCC"... ☺

Ao 5º ano A noturno, por todos esses anos de convivência e bons momentos... Sentirei muitas saudades!

À minha tia "Elíude" que acreditou em mim e, de certa forma, me ajudou a ingressar no curso de Direito...

Aos professores do Unívem, por toda dedicação nesses cinco anos...

Aos funcionários do Unívem, sempre atenciosos...

Aos membros da banca examinadora que contribuíram para conclusão do curso e de mais uma etapa muito importante da minha vida...

E a todos aqueles que de alguma forma contribuíram para minha formação acadêmica...

“Toda pena que não derive de absoluta necessidade, diz o grande Montesquieu, é tirana, proposição esta que pode ser assim generalizada: todo ato de autoridade de homem para homem que não derive da absoluta necessidade é tirano. Eis, então, sobre o que se funda o direito do soberano de punir os delitos: sobre a necessidade de defender o depósito da salvação pública das usurpações particulares. Tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que os soberanos dá aos súditos”

Cesare Beccaria.

FERREIRA, Amanda Cabrini. **A (In)Constitucionalidade da Prisão Provisória**. 2010. 92 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2010.

RESUMO

A presente pesquisa científica tem como objeto de estudo “A (In) Constitucionalidade da Prisão Provisória”. A Prisão Provisória tem previsão legal na Constituição Federal dentre os direitos fundamentais e seu procedimento previsto no Código de Processo Penal, sua finalidade é assegurar a persecução criminal sem qualquer intervenção do acusado, que por sua vez pode prejudicar as investigações ludibriando os fatos. Em contrapartida a mesma Constituição Federal que prevê a possibilidade da prisão cautelar, assegura a todos sem qualquer distinção o direito de ser considerado inocente até sentença penal transitada em julgado, tal instituto faz parte dos princípios fundamentais, trata-se clausula pétrea que é “brutalmente agredida” em face da prisão cautelar. Quanto aos procedimentos metodológicos, trata-se de pesquisa bibliográfica e documental. Conclui-se que a doutrina majoritária reconhece tal afronta ao princípio, mas defende a aplicação da prisão como medida de ordem pública, preservação da instrução criminal e a garantia da execução da pena enquanto um “mal necessário” para o bem comum. Antes de qualquer decisão pelo magistrado de “enjaular” um ser humano várias medidas de precaução devem ser tomadas, vários requisitos para admissibilidade da prisão cautelar devem ser observados, sob pena de estar infringindo um dos maiores, se não o maior, direito reconhecido ao acusado, o de ser considerado inocente até que se prove o contrário e manter-se em liberdade. Assim, esta pesquisa tem o objetivo de discutir a constitucionalidade da prisão provisória em face do princípio da presunção da inocência.

Palavras - chave: Prisão Provisória. Prisão Cautelar. Prisão sem-pena.

FERREIRA, Amanda Cabrini. **A (In)Constitucionalidade da Prisão Provisória**. 2010. 91 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2010.

ABSTRACT

This scientific research has as its object of study "The (Un) Constitutionality of Provisional Prison." The Provisional Detention is statutory in Federal Constitution among the fundamental rights and its procedure in the Criminal Procedure Code, its purpose is to ensure the criminal prosecution without any intervention of the accused, which in turn may hamper investigations bilking the facts. In contrast the same Federal Constitution that provides for the imprisonment of precaution, ensure all without any discrimination the right to be presumed innocent until a final criminal sentence, this institute is part of the fundamental principles, it is stony clause which is "brutally assaulted "in the face of precautionary detention. However, the majority doctrine recognizes such an affront to the principle, but argues the application of prison as a measure of public order, preservation of the criminal investigation and the assurance of the sentence as a "necessary evil" for the common good. Before any decision by the magistrate of "caging" a human being several precautionary measures should be taken, several requirements for admissibility of prison precaution should be observed, on pain of breaching one of the greatest, if not the greatest right that the accused , to be considered innocent until prove guilty and remain in freedom. Thus, this research aims to discuss the constitutionality of preventive detention in face of the principle of presumption of innocence. As the methodological procedures, it is bibliographic and documentary research.

Key - words: Provisional Detention. Preventive arrest. Prison-without penalty.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF: Constituição Federal

CP: Código Penal

CPP: Código de Processo Penal

CDP: Custódia Detentiva Alternativa

MP: Ministério Público

STF: Supremo Tribunal Federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO 1 –PRICÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS.....	13
1.1- Princípio do juiz natural.....	13
1.2- Princípio do devido processo legal.....	18
1.3- Princípio do contraditório e ampla defesa.....	21
1.4- Princípio do estado de inocência.....	29
1.5-Princípio da motivação das decisões.....	33
CAPÍTULO 2 – DA PRISÃO PROVISÓRIA.....	38
2.1- Direito de punir.....	37
2.2- Sistema processual.....	41
2.3- Persecução criminal.....	43
2.4- Prisão pena e prisão sem pena.....	45
2.5- Espécies de prisão provisória.....	46
2.5.1- Prisão em flagrante.....	47
2.5.2- Prisão temporária.....	51
2.5.3- Prisão preventiva.....	54
2.5.4- Prisão decorrente de pronúncia.....	61
2.5.4- Prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível.....	63
CAPÍTULO 3 – A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO PROVISÓRIA....	64
.	
CONCLUSÃO.....	74
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	79
ANEXO -A - Decisão monocrática do Superior Tribunal de Justiça.....	82
ANEXO - B - Projeto “Carpe Diem”- Custódia Detentiva Alternativa.....	86

INTRODUÇÃO

A prisão cautelar, também denominada Prisão Provisória, tem como espécies a prisão em flagrante, a prisão preventiva, a prisão resultante de pronúncia, a prisão resultante de sentença penal condenatória recorrível e a prisão temporária.

Antigamente era medida obrigatória a ser tomada sempre que houvesse indícios de autoria em crimes cuja pena fosse de dez ou superior a dez anos de reclusão. Atualmente trata-se de medida facultativa ao juiz sempre que houver os fundamentos que autorizam sua decretação, quais sejam, o *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, além da observância dos demais requisitos estabelecidos para sua decretação.

O instituto da Prisão Provisória é uma medida cautelar que foi criada para garantir a ordem pública, a ordem econômica, por conveniência de instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime ou indícios de autoria. Tem a função de proteger a sociedade, restringindo a liberdade de pessoas que podem ser risco constante para população, pois sendo o acusado culpado, poderá este em liberdade, cometer outros crimes ou até mesmo atentar contra a família da vítima.

Por outro lado, apesar de ser um instituto criado com interesses sociais de segurança, tal mecanismo choca-se diretamente com o disposto no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, que assegura ao acusado a presunção de inocência. Dispõe o artigo: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, trata-se do princípio de presunção de inocência, que surgiu no ano de 1791 na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, mas só foi introduzido no Brasil na Constituição Federal de 1988.

Com isso, há grandes discussões em relação à aplicação da Prisão Provisória, por afrontar diretamente o Princípio da Presunção de Inocência assegurado pela Magna Carta, onde dispõe que todos são considerados inocentes até sentença penal condenatória transitada em julgado.

Nota-se, no entanto, que apesar dessa problemática, o instituto da prisão cautelar continua sendo aplicado pelos operadores do Direito.

No entanto, como deve ser efetivamente analisado o conflito entre a prisão provisória e o princípio de presunção de inocência? Como fica a situação do inocente que tem sua liberdade restrita? Há constitucionalidade na Prisão Provisória? Pode uma pessoa ser privada de liberdade sem ter provas concretas de sua autoria em um crime?

Assim, tem-se por objetivo geral analisar o (in) constitucionalismo da Prisão Provisória como medida cautelar em consonância ao princípio de presunção de inocência, visando atingir o objetivo específico de verificar os malefícios causados ao acusado, bem como, em contrapartida, os benefícios que geram a coletividade, enfim, elucidar os prós e contras da Prisão Provisória.

O presente trabalho, de acordo com as bases lógicas de investigação, trata-se de pesquisa exploratória quanto ao objetivo geral, de avaliação formativa e de resultados, segundo o propósito quanto aos procedimentos técnicos, pesquisa bibliográfica e documental. Já quanto à abordagem do problema, a pesquisa é qualitativa, entendida como descrição e análise do objeto do estudo.

Para tanto, no primeiro capítulo discorre-se sobre os princípios constitucionais explícitos mais relevantes em consonância com o tema abordado. Em seguida, contextualiza-se o direito de punir do Estado, os sistemas processuais, a persecução criminal, a prisão pena e a prisão-sem-pena, bem como as espécies de prisão provisória, podendo ser considerado o ponto mais relevante do capítulo, tendo em vista que se trata do tema da pesquisa. Tal enfrentamento resultou no alicerce teórico para abordar as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da constitucionalidade, ou não, da Prisão Provisória.

CAPÍTULO 1- PRINCÍPIOS PROCESSUAIS

Podemos definir os princípios como a base, a origem, enfim, são proposições abstratas que servem para dar fundamento a determinada matéria.

A essência dos princípios do direito corresponde à constituição da base do Direito, atribuindo a este solidez na regulamentação do ordenamento jurídico da sociedade. Compõe as idéias essenciais e informadoras da organização jurídica de uma nação. (BECHARA E CAMPOS, 2005).

Para o Direito, princípio jurídico corresponde a um postulado que se alastra por todo o sistema de normas, fornecendo um padrão de interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo, estabelecendo uma meta maior a seguir.

Existem princípios explícitos na Constituição Federal, bem como princípios implícitos, extraídos da interpretação de norma constitucional. Há também os denominados princípios constitucionais, que são aqueles elencados na Constituição Federal. Os princípios implícitos são os que estão previsto na lei, já os explícitos não possuem previsão legal, mas contém a mesma importância e também devem ser observados na aplicação do direito. Já os princípios constitucionais servem de inspiração para o legislador na elaboração da Constituição, servem de direção para a produção legislativa ordinária, podem operar como garantia direta e imediata aos cidadãos e funcionam como critério de coerência e interpretação do texto constitucional. (NUCCI, 2007)

Os princípios gerais do direito estão presentes em todo o ordenamento jurídico, já os constitucionais são instrumentos de garantia fundamental do povo, e servem como parâmetro a todo o sistema infraconstitucional, bem como para aplicação e interpretação de toda a norma constitucional.

Ao estudar os princípios notamos um sistema lógico e harmônico, contribuindo para a interpretação e a integração das normas processuais penais. (NUCCI, 2007).

1.1-Princípio do Juiz Natural

Refere-se ao Princípio do Juiz Natural, também conhecido como Princípio do Juiz Constitucional, Princípio da Naturalidade do Juiz, dentre outras denominações o artigo 5º, inciso e inciso LIII: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade

competente”, o que conseqüentemente acarreta outro princípio que veda qualquer possibilidade da criação de tribunal de exceção, XXXVII: “Não haverá juízo ou tribunal de exceção”, ambos da Constituição Federal.

Este princípio nada mais é que garantia constitucional que delimita o controle estatal, prevenindo arbitrariedades e garantindo a imparcialidade nas decisões dos órgãos julgadores, portanto, somente serão reconhecidos constitucionalmente os juízos e tribunais previstos na Constituição Federal.

Mirabete (2006, p.29) dispõe sobre os incisos inseridos na Magna Carta e cita os artigos que delimitam a esfera jurisdicional do país:

Prevê ela, então, quais são os órgãos jurisdicionais, federais ou estaduais, comuns ou especiais, competentes para a apreciação das ações, inclusive penais (arts. 92 a 126). Dentro da jurisdição competente, pode o legislador ordinário estabelecer normas destinadas a regular a distribuição do poder jurisdicional entre os órgãos que compõem cada uma dessas justiças, mas não lhe é lícito atribuir a uma outra a competência para o processo e julgamento de infrações penais desrespeitando a prévia demarcação constitucional que separa as funções das justiças especiais e da justiça comum. Além disso, não pode a lei criar órgãos jurisdicionais nem designar magistrados especiais para o julgamento de pessoas ou fatos determinados.

Desta forma, nada impede que sejam feitas normas internas regulamentadoras, destinadas a regular as competências internas de cada justiça.

Arguiu Fernandes (2000,) que o princípio baseia-se em três garantias, das quais estabelecem que: somente serão competentes para exercer jurisdição os órgãos cuja Constituição Federal lhe atribuiu competência; estes órgãos deverão ser pré-constituídos a existência do fato; e por fim, enfatiza que aos juízes pré-constituídos são atribuídas competências determinadas, sendo vedada qualquer possibilidade de interferência na esfera alheia.

Para Nucci (2007, p.81), “o Estado, na persecução penal, deve assegurar às partes, para julgar a causa, a escolha de um juiz previamente designado por lei e de acordo com as normas constitucionais. Evita-se, com isso, o juízo ou tribunal de exceção [...]”.

De acordo com este princípio é absolutamente vedado a criação de tribunais de exceção *ex post factum*, ou seja, os tribunais que serão encarregados de julgar a lide têm que pré-existir ao fato, não sendo admissível a criação de um tribunal para julgar fato posterior e conhecido.

Nas palavras de Conrado (2003, p.68): “ninguém poderá ser processado e julgado senão por órgão jurisdicional cuja competência para fazê-lo tenha sido previamente delimitada”.

Para Motta e Barchet (2007) o princípio em estudo foi inserido em nosso ordenamento devido a Ditadura Militar no Brasil nos anos de 1964 a 1985, na qual vários trabalhadores da Assembléia Constituinte de 1987 e 1988 sofreram pena de banimento imposta pelo tribunal de exceção militar da época. Ao retornarem ao Brasil, após a anistia, baniram definitivamente de nosso ordenamento a possibilidade da criação de novos tribunais de exceção. Sua obra ainda demonstra satisfação da aplicação do princípio como uma medida de prevenção futura, descartando, com isso, qualquer possibilidade de nova ditadura no país, pois inserida dentro do contexto das chamadas cláusulas pétreas ou grupo intangível.

A inaplicabilidade do princípio acarretaria um desequilíbrio enorme no poder jurisdicional, pois não haveria imparcialidade dos magistrados que conhecendo o fato acabariam interferindo, com sentimentos pessoais, na apreciação da causa.

[...] o juízo ou tribunal de exceção, que seria a escolha do magistrado encarregado de determinar determinado caso, após a ocorrência do crime e conforme as características de quem será julgado, afastando-se dos critérios legais anteriormente estabelecidos. A preocupação maior desse princípio é assegurar a imparcialidade do juiz, visto que, num Estado Democrático de Direito, é inconcebível que os julgamentos materializem-se de forma parcial, corrupta, e dissociada do equilíbrio que as partes esperam da magistratura (NUCCI, 2007, p.81).

Contudo, não podemos confundir tribunal de exceção com justiça especializada, pois esta está devidamente constituída pela Constituição Federal. A justiça especializada é a divisão da atividade jurisdicional do Estado dentre os órgãos do Poder Judiciário (MORAES, 2006).

A criação de justiça especializada, ou vara especializada, não se enquadra na vedação da criação de tribunais de exceção, pois não está direcionada a julgar determinada pessoa por fato já ocorrido, trata-se da divisão das matérias atribuídas a órgãos previstos na estrutura judiciária da Constituição Federal (FERNANDES, 2000).

Não se ofende o princípio do juiz natural se, ao criar uma vara nova, especializada em determinada matéria, vários processos para ela são encaminhados, desvinculando-se de outros juízos onde tramitavam. A medida é geral e abrangente, tomada em nome do interesse público, sem visar qualquer réu específico (NUCCI, 2007, p. 81).

No que diz respeito ao trecho anteriormente transcrito enquadram-se os Juizados Especiais, visto que estes são pré-estabelecidos pela Constituição (art. 98, I), desta forma, mesmo que criados após a ocorrência do fato, não são inconstitucionais.

Do mesmo modo, não fere o instituto a competência diferenciada, atribuída aos foros competentes de julgar indivíduos que são privilegiados com a prerrogativa da função, pois não se trata de prerrogativa instituída a pessoa, a prerrogativa atribuída pela Constituição versa sobre a relevância do cargo exercido pela pessoa, tanto que ao deixar de fazer jus ao cargo deixará imediatamente de fazer jus a prerrogativa de função e conseqüentemente será competente para julgá-lo a Justiça Comum (CAPEZ, 2006).

As justiças especializadas – militar, eleitora e do trabalho – de modo algum representam violação ao princípio do juiz natural, pois sua competência é traçada pela própria Constituição. Trata-se somente de uma divisão funcional por matéria, sem qualquer ofensa aos postulados constitucionais. O mesmo se aplica aos foros por prerrogativa de função, pois outorgados a determinadas autoridades pela própria Constituição e segundo os termos por ela próprios definidos (MOTTA, BARCHET, 2007, p.215).

De acordo com Fernandes (2000, p.117), “há vedação ao foro privilegiado, que representaria a exclusão dos órgãos normalmente competentes em benefício de determinadas pessoas, como regalias individuais”.

Importante salientar que a criação de um foro privilegiado não traria apenas benefícios ao acusado, dependendo da situação os tribunais de exceção poderiam julgar de forma mais severa que a prevista na Constituição Federal, como no caso da Ditadura Militar brasileira de 1964 a 1985, já mencionada.

Também norteia esse princípio a garantia do acusado de ser julgado e sentenciado por autoridade competente. O que seria autoridade competente? Autoridade competente é aquela prevista na Constituição Federal, com atribuição de garantias constitucionais institucionais e pessoais.

Neste sentido, descreve Moraes (2006, p.76):“O Juiz Natural é somente aquele integrado no poder judiciário, com todas as garantias institucionais e pessoais previstas na Constituição Federal”

O Princípio do Juiz Natural foi acolhido pela Constituição brasileira desde a época da Independência do Brasil, com a criação da primeira Constituição brasileira, em 25 de março de 1824, conhecida como Constituição Imperial. Nesta época já proibia a criação de foros privilegiados e assegurava o direito de ser sentenciado somente por autoridade competente

pré-constituída. O disposto, a respeito da proibição de criação de tribunal de foro especial, estava previsto no art.179, inciso XVII, que dizia: “A exceção das causas, que por sua natureza pertencem a juízos particulares, na conformidade das leis, não haverá foro privilegiado, nem comissões especiais nas causas cíveis, ou crimes”, e no que diz respeito à autoridade competente trazia em seu art. 179, inciso XI, a seguinte orientação: “Ninguém será sentenciado, senão pela autoridade competente, por virtude de lei anterior, e na forma por ela prescrita”.

A Constituição Republicana de 24 de fevereiro de 1891, em seu art.72, parágrafo 15, acolheu parcialmente o Princípio do Juiz Natural, pois não fez referência à proibição da criação de tribunais de exceção, apenas fez menção ao direito de ser sentenciado por autoridade competente: “Ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela regulada”.

Com a criação da Constituição de 16 de julho de 1934, a proibição da criação de tribunais de exceção voltou a vigorar, sua previsão legal estava expressa no art.113, n° 25 que dizia: “Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção; admitem-se, porém, Juízos especiais em razão da natureza das causas”. Além de resgatar o Princípio para o ordenamento, a Constituição acrescentou no dispositivo legal o direito do acusado ser processado e sentenciado por autoridade competente, pois até então, o Princípio apenas fazia menção no que diz respeito a ser sentenciado por autoridade competente, não fazia menção em relação à autoridade julgadora, como exposto no art.113, n°26: “Ninguém será processado, nem sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior ao fato, e na forma por ela prescrita”.

No entanto, a Constituição de 10 de novembro de 1937, banuiu o Princípio do Juiz Natural, pois nenhuma menção foi feita a respeito. O Princípio voltou a vigorar com a Constituição de 18 de setembro de 1946, no art. 141 parágrafos 26 e 27, vejamos: “§ 26 - Não haverá foro privilegiado nem Juízes e Tribunais de exceção”; § 27 - Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e na forma de lei anterior”.

A Constituição de 1967, com a Emenda Constitucional de 1969, também recepcionaram o princípio, mas somente no que tange a proibição de criação de tribunal de exceção, nada mencionou a respeito da competência do juiz para processar e julgar. O instituto encontra base legal no artigo 153, § 15 que descreve: “A lei assegurará ao acusado ampla defesa com os recursos à ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem tribunais de exceção”.

A atual Constituição Federal publicada no dia 05 de outubro de 1988 em seu art. 5º nos incisos XXXVII e LIII supracitados faz referência ao Princípio do Juiz Natural, o disposto está inserido em meio às garantias fundamentais do ser humano, demonstrando a importância deste instituto junto ao direito brasileiro.

Por estar diretamente ligado à idéia de um Estado Democrático de Direito, faz-se necessário lembrar o princípio em estudo, sempre que estiver estudando os temas da jurisdição e competência (CONRADO, 2003).

O Princípio do Juiz Natural trata-se de instrumento delimitador do poder estatal, impedindo a criação de juízos e tribunais de exceção, garantindo aos cidadãos imparcialidade, e segurança quando seus direitos são colocados em julgamento.

1.2- Princípio do Devido Processo Legal

Trata-se do mais amplo de todos os princípios processuais, denomina-se como Princípio do Devido Processo Legal, tem sua previsão legal no artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal de 1988 que diz: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Relevante princípio tem como função garantir que os demais princípios processuais sejam observados e cumpridos como garantia de um processo justo e honesto, caracterizando-se no emaranhado dos demais princípios processuais constitucionais existentes em nosso ordenamento jurídico. Por este motivo é tarefa árdua tentar conceituá-lo. Tem-se, entretanto, um princípio aglutinador de todos os princípios processuais explícitos ou implícitos na Constituição Federal.

A princípio, direciona-se a proteção da liberdade e propriedade dos cidadãos, que são direitos fundamentais de suma importância para sociedade.

O que diz respeito à liberdade, não está previamente descrito na lei, mas por ser um instituto amplo, imposto na lei como garantia fundamental, podemos concluir que se trata de toda liberdade imaginável, ou seja, de locomoção, de culto, de credo, de imprensa, de expressão, do pensamento, de associação, de fazer e não fazer, de acordo com a lei, (JASEN, 2003).

No entanto, a amplitude do instituto se mostra com a garantia do devido processo legal. O que seria o “devido processo legal”?

O Estado, ao trazer para si a responsabilidade de resolver os litígios da sociedade, impôs normas e regularizou um “mecanismo” a ser seguido. A esse mecanismo se dá o nome de processo. Este tem a finalidade de desenvolver de forma equilibrada e justa a atividade do Estado, a qual se dá o nome de jurisdição. Este mecanismo possibilita as partes que seus direitos sejam discutidos de forma justa para que, ao final, recebam a confirmação de seus direitos e deveres. Por isso, não pode o Estado, que é representado por um juiz de direito, ou uma das partes se sobreporem uns aos outros, pois ocasionaria o desequilíbrio da atividade jurisdicional e o juiz não conseguiria analisar a causa de forma justa e honesta. (FERNANDES, 2000).

Desta forma, para que o processo atenda a finalidade a que foi criado, ou seja, a solução dos litígios sociais, é necessário que haja institutos regulamentadores que garantam um justo processo, proporcionando a sociedade segurança processual. Para tanto, foram criados vários princípios regulamentadores do direito material e processual que estão inseridos, sabidamente, na nossa Constituição Federal. Com a junção de todos esses princípios caracterizamos o Princípio do Devido Processo Legal.

Para Motta e Barchet (2007, p.230):

O princípio do devido processo legal, inscrito no art. 5º, inc. LIV, da CF, numa acepção estrita, assegura a todos os litigantes, independente de sua posição processual, qualquer que seja a espécie de ação e a natureza da questão debatida em juízo, o direito a estrita observância das normas processuais aplicáveis ao caso em concreto.

E continua:

Numa acepção mais ampla, o princípio em questão abarca todos os demais princípios processuais em especial aqueles previstos na própria Constituição, a exemplo dos princípios do contraditório e da ampla defesa, do juiz natural, da publicidade dos atos processuais, na inafastabilidade da jurisdição e da vedação as provas ilícitas.

Por não possuir uma definição estanque, o Princípio de Devido Processo Legal permite a sua mutabilidade, adaptando-se gradualmente e principalmente evoluindo de acordo com a demanda da sociedade (JASEN, 2003).

Podemos dizer que o Princípio pode ser dividido em dois aspectos: um formal, que diz respeito à fase processual, na qual assegura aos litigantes que a ritualística processual seja cumprida em conformidade com a lei; e outro material com a observância da razoabilidade do veredito, garantindo solução honesta e justa. (MOTTA, BARCHET, 2007).

O devido processo legal assegura dupla proteção ao indivíduo, pois atua tanto no âmbito material protegendo o direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe igualdade total de condições da ação, com o Estado-persecutor e plenitude de defesa. (MORAES, 2006).

De acordo com Nucci (2007), o aspecto material, na esfera criminal, relaciona-se com o Direito Penal, sendo defeso ao indivíduo ser processado e julgado a não ser por crime preestabelecido na lei (princípio da reserva legal), dentre outras garantias que protegem da arbitrariedade e abuso do poder estatal. O aspecto formal tem ligação com a fase processual, no direito de contradizer as acusações (princípio do contraditório) e, para isso, utilizar de todos os meios admitidos em direito para provar sua inocência (princípio da ampla defesa).

Também há outras garantias (princípios) previstas em lei, como nos mostra Capez (2006, p.32/33) em um trecho de sua obra:

No âmbito processual garante ao acusado a plenitude de defesa, compreendendo o direito de ser ouvido, de ser informado pessoalmente de todos os atos processuais, de ter acesso à defesa técnica, de ter a oportunidade de se manifestar sempre depois da acusação e em todas as oportunidades, à publicidade e motivação das decisões, ressalvada as exceções legais, de ser julgado perante o juízo competente, ao duplo grau de jurisdição, a revisão criminal e a imutabilidade das decisões favoráveis transitadas em julgado. Deve ser obedecido não apenas em processos judiciais civis e criminais, mas também em procedimentos administrativos, inclusive militares.

No entanto, essa divisão binária nem sempre foi acolhida.

Inicialmente o Princípio do Devido Processo Legal plainava apenas no aspecto formal, ou seja, no feitio processual da demanda. Atualmente, nos sistemas constitucionais mais modernos, o princípio atua, no aspecto formal e material, conferindo a aplicação e legalidade das normas do direito material (CONRADO, 2003, p.73).

O Princípio do Devido Processo Legal tem o escopo de garantir a obediência ao processo na forma prescrita em lei, bem como fazer com que o conteúdo da legislação seja composto de disposições marcadas pela razoabilidade. (MOTTA, BERCHET, 2007).

De acordo com Fernandes (2000), o princípio origina-se no art.39 da Magna Carta de 1215, esta foi outorgada por João Sem-Terra a seus barões na Inglaterra, que inicialmente denominava-se *law of the land*. Somente nos textos posteriores que recebeu a denominação de *due process of law*, foi quanto se difundiu no direito norte americano. Tempos depois passou a integrar as Constituições européias da Itália, Portugal, Espanha, Alemanha e Bélgica.

O *due process of law*, também chamado de devido processo adjetivo ou procedimental foi utilizado, a princípio, apenas na esfera processual, talvez por constar a palavra “processo” sua aplicação inicialmente foi concentrada apenas neste sentido. Com a criação do *substantive due process*, também conhecido como devido processo legal substantivo ou material, a aplicação do princípio incidiu também sobre o direito material, em todos os campos do direito (JASEN, 2003).

De acordo com Conrado (2003, p.74):“O devido processo legal substantivo, significa, portanto, respeito pela lei, aos princípios constitucionais basilares, notadamente aos estampados no indigitado art. 5º caput”.

No Brasil, o Princípio do Devido Processo Legal só foi incluído em nosso ordenamento com a Constituição de 1988, embora sua aplicação seja costumeira por vários países do mundo há muitos anos. Alguns doutrinadores defendem o posicionamento de que o princípio foi aceito tacitamente em nosso ordenamento, nas Constituição de 1967 e Emenda Constitucional numero 01, de 1969, com a inserção dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da igualdade (JASEN, 2003).

O Princípio do Devido Processo Legal, norteado de notória preocupação com a dignidade e satisfação dos direitos do homem, aborda o mais vasto conteúdo constitucional, trata-se do instituto com maior importância para o equilíbrio do sistema jurídico.

1.3-Princípio do Contraditório e Ampla Defesa

O Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa, também conhecido como Princípio da Bilateralidade da Audiência, tem sua base legal prevista no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, que orienta: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O princípio em questão consiste nos direitos dos litigantes, tanto no processo jurisdicional como no processo administrativo, ter conhecimento dos fatos e provas apresentados pela parte contrária, bem como da possibilidade de se defender, se contrapor contra a parte contrária, de forma oral ou escrita (contraditório), também é assegurado por este princípio o direito de defesa da forma mais ampla possível, com direito a defesa técnica e

pessoal, bem como todos os meios de provas admitidas em direito (ampla defesa). (MOTTA, BARCHET, 2007).

Para facilitar o entendimento, o presente estudo discorrerá primeiramente sobre o direito ao contraditório e posteriormente à ampla defesa.

De acordo com Mirabete (2006), segundo este princípio, “o acusado goza do direito de defesa sem restrições, num processo em que deve estar assegurada a igualdade das partes”.

Para Nucci (2007), o contraditório representa a possibilidade das partes, a cada arguição fatia ou exposição de prova, feita no processo por uma das partes, tem o adversário o direito de se manifestar, fazendo com que haja um perfeito equilíbrio na relação estabelecida entre a pretensão punitiva do Estado e o direito à liberdade.

O Estado-Juiz incumbe ao juiz de direito exercer a atividade jurisdicional de forma imparcial em relação às partes, não podendo privilegiar uma parte em relação à outra. Assim, dentre suas atribuições a mais importante é dar prosseguimento a ação, informando as partes sobre os fatos e atos praticados no processo, bem como, assegurar às partes as mesmas oportunidades processuais, como por exemplo, se der a uma das partes a oportunidade de se manifestar, será igualmente oferecida à outra a oportunidade de produzir provas. Por este motivo, o Princípio de Contraditório é caracterizado na doutrina pelo binômio ciência e participação.

No que diz respeito à participação, tem suma relevância a fase probatória e a valoração a esta atribuída pelo magistrado, pois não basta ter o direito de produzi-las se o órgão jurisdicional não a aprecia dando seriedade e valoração. Esta participação decorre do ditado romano *audiatur et altera pars*, que significa dizer que ambas as partes tem o direito de praticar todos os atos possíveis para o convencimento do juiz. Já em relação à ciência, compreende o direito das partes serem informadas sobre todos os fatos processuais, para que tenham a oportunidade de manifestar-se sobre eles antes que haja qualquer decisão jurisdicional. É por meio da citação, intimação e notificação que se dá ciência dos fatos (CAPEZ, 2006).

A ciência bilateral dos atos e termos do processo e a possibilidade de contrariá-los são os limites impostos pelo contraditório a fim de que se conceda às partes ocasião e possibilidade de intervirem no processo, apresentando provas, oferecendo alegações, recorrendo das decisões, etc. (MIRABETE, 2006, p.24).

De forma sucinta, Capez (2006, p.19) descreve a diferença entre os institutos da citação, intimação e notificação:

Citação é a cientificação de alguém a alguém da instauração de um processo, com a conseqüente chamada para integrar a relação processual. Intimação é a comunicação a alguém de atos do processo, podendo conter um comando para fazer ou deixar de fazer alguma coisa. Embora nosso Código não faça distinção, doutrinariamente a intimação refere-se a atos ou despachos já proferidos no processo, enquanto a notificação consiste em uma comunicação à parte para que faça ou deixe de fazer alguma coisa. Assim, intima-se "de" e notifica-se "para" algum ato processual. A notificação não deve ser empregada como ato de comunicação processual, embora às vezes seja usada nesse sentido.

O Princípio do Contraditório deve ser praticado somente em caso de alegação de direito, tendo que certificar-se de que o direito alegado não se trata de causa de extinção de punibilidade, como no caso do *abolitio criminis* (NUCCI, 2007).

Do Princípio do Contraditório decorre a igualdade processual e a liberdade processual, a primeira corresponde a igualdade de direitos entre as partes, estabelecendo uma mesma posição na relação processual, na segunda, satisfaz o fato do acusado ter liberdade para escolher o advogado de sua preferência, de apresentar as provas que achar mais conveniente, dentre outras atribuições que lhe garantam a liberdade de escolha (MIRABETE, 2006).

Para o processo penal é necessário que haja um contraditório pleno e efetivo. Diz-se pleno, pela observação do contraditório por toda relação processual, ou seja, desde a citação até o encerramento. Efetivo, pois as condições de contradizer os fatos devem corresponder a meios hábeis, com condições reais. Há ligação com o princípio da paridade das armas, sendo necessário que ambas as partes estejam providas de forças semelhantes, para que haja efetividade no contraditório.

No processo civil, assegura-se o contraditório com o simples ato de citação válida, pois havendo revelia, o juiz tem a oportunidade de julgar antecipadamente a lide, ao contrário do processo penal, que em caso de citação pessoal, o não comparecimento do réu acarretará seguimento à causa, privando o acusado da ciência dos demais atos processuais. (FERNANDES, 2000).

A lei processual regulamenta o princípio do contraditório em dispositivos pelos quais o acusado, ainda que ausente ou foragido, não pode ser julgado sem defensor; deve ser citado para o processo, notificados para os atos processuais e intimado das decisões; pode arrolar o mesmo número de

testemunha que o acusador etc. A preterição desses direitos constitui nulidade, conforme disposto no artigo 564, III, c, e, f, g, h, l, o, do CPP (MIRABETE, 2006, p.25).

Desta forma, conclui-se que para o processo civil basta dar a oportunidade do contraditório pela citação, sendo assim, é atribuído ao acusado a escolha de usufruir ou não do direito ao contraditório. Já no processo penal é assegurado à parte o direito de defesa, pois havendo revelia, suspende-se o processo.

Assim, de acordo com Fernandes (2000), adverso ao processo civil, no processo penal exige-se o efetivo contraditório, pois no processo civil basta a ciência inicial da propositura da ação para que o princípio seja observado.

Ademais, no processo penal, discute-se o direito de punir e de liberdade, marcadamente indisponíveis. Cabe ao juiz assegurar um contraditório pleno e efetivo, com equilíbrio entre as partes litigantes. (FERNANDES, 2000).

No processo penal, o contraditório não se aplica ao inquérito policial, pois se trata de mero procedimento administrativo, conduzido por autoridade administrativa. A fase investigatória é feita para apurar os fatos e preparar a acusação, designado a auxiliar o Ministério Público a apurar o crime e encontrar o autor do crime, desta forma, inexistente, até então, a figura do acusado (MORAES, 2006).

Para Mirabete (2006), não se aplica o contraditório no inquérito policial por este não fazer parte da fase de instrução, mas apenas adquirem dados que permitam a instauração do processo, também pelo fato da Constituição Federal só fazer menção ao contraditório na “instrução criminal”.

Nas palavras de Fernandes (2000, p.59):

[...] Não abrange o inquérito, que se caracteriza por um conjunto de atos praticados por autoridade administrativa não configuradores de um processo administrativo. sequer chegam a constituir procedimento, pois falta ao inquérito característica essencial do procedimento, ou seja, a existência de atos que obedeçam a uma sequência predeterminada pela lei, em que, após a prática de um, passa-se do seguinte até o último ato, numa ordem que deve ser necessariamente observada.

Embora não seja atribuído ao inquérito policial o Princípio do Contraditório, nada impede que o advogado do acusado faça a defesa dos interesses mais relevantes ao indiciado, como a liberdade provisória, relaxamento da prisão em flagrante, habeas corpus e até mesmo o requerimento de diligências.

As medidas cautelares, normalmente realizadas em caso de urgência, e as perícias que são realizadas sem a participação do indiciado e de seu advogado, não ferem o princípio do contraditório. Neste caso, trata-se de contraditório diferido, do qual o juiz *a posteriori*, dará oportunidade ao acusado de manifestar-se contra a medida cautelar e contradizer a prova pericial.

Assim, é legítima a prova pericial realizada na fase do inquérito policial, por deliberação da autoridade policial, para tanto, é necessário que em juízo possa ser impugnada e, se estiver errada, possa ser refeita. (FERNANDES, 2000).

De acordo com Capez (2006), também se caracteriza como contraditório diferido a concessão da medida judicial *inaudita altera parte* (concede a medida cautelar sem abrir vistas, de imediato, à parte contrária, pois esta poderia prejudicar, de alguma forma, a instrução probatória), essa medida é utilizada em caso de urgência em que haja perigo de perecimento do objeto devido a demora da prestação jurisdicional. Também não diz respeito à medida de exceção, visto que antes da decisão final será concedida a outra parte a oportunidade de contradizê-la.

No caso do inquérito policial (fase pré-processual) ou da *inaudita altera parte* (fase processual), em que inexista o perigo de perecimento da prova do crime ou do objeto, ou seja, não estando presentes os requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, tais diligências deverão ser realizadas na fase processual, com a participação do juiz e mediante contraditório precedente (FERNANDES, 2000).

Por sua vez, o Princípio da Ampla Defesa tem a finalidade de garantir ao acusado direito a métodos amplos e eficientes para sua defesa. O réu encontra-se sempre em desvantagem em relação ao Estado, pois este possui poder extraordinariamente superior, por ter a sua disposição muito mais recursos para produzir provas, pois tem acesso a várias fontes probatórias, além de possuir uma equipe de profissionais altamente qualificados para tal atribuição. Por este motivo, nada mais justo que garantir ao réu o direito de uma defesa ampla, como uma forma de compensação por estar em posição desfavorável em relação ao Poder Estatal (NUCCI, 2007).

A ampla defesa deverá ser analisada sob duas vertentes: a defesa pessoal e a defesa técnica, esta, exercida através de um advogado, profissional do direito com preparação e habilidades técnicas, devidamente inscrito no quadro da OAB, enquanto aquela exercida pessoalmente pelo acusado.

No caso da defesa técnica, caso a parte não possua condições financeiras para contratá-la, deverá o Estado garantir de forma integral e gratuita a devida assistência, direito assegurado pela nossa Constituição Federal (art. 5º, inciso LXXIV).

Além do texto legal supracitado, temos como base legal, demonstrando a importância da defesa técnica, os artigos 261 do Código de Processo Penal: “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”; 263 – “se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo Juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação”; 564- “A nulidade ocorrerá nos seguintes casos; III- “por falta das formas ou termos seguintes; “c”– “a nomeação de defensor ao réu presente, que não o tiver, ou ao ausente, e de curador ao menor de vinte e um anos”.

Desta forma, a presença do advogado é indispensável. Mesmo em caso de acusado ausente. (TOURINHO FILHO, 2006).

A fim de assegurar um efetivo exercício do contraditório, a legislação processual em regra prevê a indispensabilidade da presença do advogado, de um profissional devidamente qualificado que tenha conhecimentos técnicos no assunto posto em litígio e nas regras procedimentais que envolvem o processo onde ele será solucionado.

Contudo, embora extremamente relevante o papel do advogado, sua presença não é sempre requisito de regularidade do processo. Na própria esfera judicial temos hipóteses em que se dispensa a presença deste profissional, como nos Juizados Especiais Cíveis, para causas inferiores a determinado valor, e no *habeas corpus*. (BARCHET, MOTTA, 2007, p.234).

Por este princípio, está o juiz obrigado a seguir a ordem processual preestabelecida na lei, ou seja, seguir a ritualística processual legal (CAPEZ, 2006).

A respeito da defesa pessoal (autodefesa) decorrem vários outros direitos como o de ser ouvido em audiência, de estar presente nos atos processuais, o direito de permanecer calado e de ser interrogado na presença de seu advogado. O advogado, pode ser constituído pelo acusado, bem como ser um defensor dativo ou *ad hoc*. (BECHARA e CAMPOS, 2005).

No entanto, discute-se a aplicabilidade do princípio da ampla defesa ao direito do interrogatório, bem como ao direito de presença, pois esses são ligeiramente afrontados com a possibilidade de interrogatório por vídeo conferência. Neste caso, entende-se que a ampla defesa sofre certa limitação entra em confronto com outro princípio constitucional, que possui os mesmos valores constitucionais, no caso, o princípio da eficiência do processo (art. 5º, LXXVII), que assegura a rápida prestação jurisdicional. Neste sentido, deve-se atentar a outro

princípio, o da proporcionalidade, pois o uso de videoconferência deve ser utilizado de forma ponderada, só será justificável o emprego do sistema em caso que haja complexidade, para garantir a ordem pública e a rápida solução do litígio. (BECHARA e CAMPOS, 2005).

O Princípio da Ampla Defesa, além de vasto direito a defesa do acusado, gera, ainda, direitos exclusivos como o direito a revisão criminal, que é absolutamente vedado à acusação. Além disso, por este Princípio pode o juiz analisar se o trabalho do advogado de defesa está sendo devidamente prestado. Caso haja constatada a falta de eficiência do advogado, poderá o juiz desconstituí-lo, fazendo com que o réu constitua outro, ou nomear um procurador dativo, entre outros. (NUCCI, 2007).

Da mesma forma que o Contraditório, a Ampla defesa também não é aplicável ao inquérito policial, pois como supracitado, o inquérito policial trata-se “de procedimento extrajudicial, de índole eminentemente investigatória e inquisitiva, destinada a oferecer subsídios para a interposição da futura ação penal, não havendo até então acusados, no sentido formal do termo” (MOTTA, BARCHET, 2007, p.235).

Ao descrever que a ampla defesa corresponde a métodos amplos de defesa, não podemos interpretar de maneira ilimitada, pois provas ilícitas em regra não serão aceitas para instrução probatória. Motta e Barchet (2007) enumeram quatro requisitos como indispensáveis para admissão das provas apresentadas em juízo: “(1) não vedada em lei e de acordo com a moral e os bons costumes; (2) pertinente, relacionada ao caso em concreto posto em litígio; (3) concludente, apta a esclarecer uma questão controvertida e relevante para o julgamento da causa e; (4) possível fisicamente de ser realizada”. Presentes o requisitos a prova será plenamente admissível.

No entanto, o STF tem admitido a prova ilícita *pro reo*, desde que não haja outro meio de ser provada a inocência. Neste caso prevalece o direito à liberdade. Temos como exemplo a seguinte ementa:

EMENTA: I. Habeas corpus: cabimento: prova ilícita. 1. Admissibilidade, em tese, do habeas corpus para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento: sempre que, da imputação, possa advir condenação a pena privativa de liberdade: precedentes do Supremo Tribunal. II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade - à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira - para sobrepor à vedação constitucional da

admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação. III. Gravação clandestina de "conversa informal" do indiciado com policiais. 3. Ilicitude decorrente - quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental - de constituir, dita "conversa informal", modalidade de "interrogatório" sub-reptício, o qual - além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C.Pr.Pen., art. 6º, V) -, se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio. 4. O privilégio contra a auto-incriminação - nemo tenetur se detegere -, erigido em garantia fundamental pela Constituição - além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr.Pen. - importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência - e da sua documentação formal - faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em "conversa informal" gravada, clandestinamente ou não. IV. Escuta gravada da comunicação telefônica com terceiro, que conteria evidência de quadrilha que integrariam: ilicitude, nas circunstâncias, com relação a ambos os interlocutores. 5. A hipótese não configura a gravação da conversa telefônica própria por um dos interlocutores - cujo uso como prova o STF, em dadas circunstâncias, tem julgado lícito - mas, sim, escuta e gravação por terceiro de comunicação telefônica alheia, ainda que com a ciência ou mesmo a cooperação de um dos interlocutores: essa última, dada a intervenção de terceiro, se compreende no âmbito da garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas e o seu registro só se admitirá como prova, se realizada mediante prévia e regular autorização judicial. 6. A prova obtida mediante a escuta gravada por terceiro de conversa telefônica alheia é patentemente ilícita em relação ao interlocutor insciente da intromissão indevida, não importando o conteúdo do diálogo assim captado. 7. A ilicitude da escuta e gravação não autorizadas de conversa alheia não aproveita, em princípio, ao interlocutor que, ciente, haja aquiescido na operação; aproveita-lhe, no entanto, se, ilegalmente preso na ocasião, o seu aparente assentimento na empreitada policial, ainda que existente, não seria válido. 8. A extensão ao interlocutor ciente da exclusão processual do registro da escuta telefônica clandestina - ainda quando livre o seu assentimento nela - em princípio, parece inevitável, se a participação de ambos os interlocutores no fato probando for incindível ou mesmo necessária à composição do tipo criminal cogitado, qual, na espécie, o de quadrilha. V. Prova ilícita e contaminação de provas derivadas (fruits of the poisonous tree). 9. A imprecisão do pedido genérico de exclusão de provas derivadas daquelas cuja ilicitude se declara e o estágio do procedimento (ainda em curso o inquérito policial) levam, no ponto, ao indeferimento do pedido. (HC 80949, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 30/10/2001, DJ 14-12-2001 PP-00026 EMENT VOL-02053-06 PP-01145 RTJ VOL-00180-03 PP-01001)

Há, de fato, certa lógica na inclusão dos dois princípios em uma mesma norma jurídica, pois um não funciona sem a existência do outro. Se a Ampla Defesa compreende a possibilidade de trazer para o processo todos os elementos propensos a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se achar imperioso, o Contraditório em contrapartida é a própria exteriorização da ampla defesa, pois a todo ato brotado pela parte acusadora terá o

acusado de se defender da maneira, que julgar melhor, e que entender ser mais conveniente (MORAES, 2006).

O Estado, ente soberano, manipulado por representantes do povo, tem a obrigação de zelar pelos interesses dos cidadãos. Para isso, estão presentes em nossa Constituição Federal vários princípios constitucionais, que são institutos de manifesta importância para o direito processual brasileiro, pois proporcionam segurança processual aos cidadãos que, por estarem em posição de desvantagem em relação ao Poder Estatal, merecem respeito e o direito a um processo justo para que tenham a oportunidade de defesa a todo fato imputado contra sua imagem e honra. Para isso, encontramos nos Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa, toda segurança necessária para defesa do cidadão em face do Poder Estatal.

1.4 - Princípio do Estado de Inocência

O princípio do Estado de Inocência, também conhecido como Princípio da Presunção de Inocência e, ainda, da Não-culpabilidade, está previsto no artigo 5º inciso LVII da Constituição Federal que determina: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

De acordo com este princípio, para que o indivíduo seja reconhecido como culpado de determinado ilícito penal, e ainda, para que seja recolhido à prisão é necessário que seja reconhecida sua culpa em sentença penal condenatória advinda de um processo devidamente instruído. Assim, em consonância a esta previsão legal, trata-se de ato inconstitucional qualquer medida adotada com a finalidade de um pré-julgamento em face do acusado, pois para o reconhecimento da culpa é necessário que haja uma decisão definitiva. (MOTTA e BARCHET, 2007).

Consequência primordial deste princípio é a fixação do ônus da prova, pois este cabe à acusação e não à defesa. Desta feita, ante a presunção de inocência, uma vez que o ser humano nasce inocente e assim deve permanecer até que se prove o contrário, cabe ao Estado-acusação, com a produção de provas, a demonstração ao Estado-juiz da culpa do réu. (NUCCI, 2007).

O Princípio do Estado de Inocência funda-se na vedação de excesso por parte do poder estatal, o que impossibilita a precocidade dos efeitos da condenação antes do trânsito em julgado. Assim sendo, o recolhimento e permanência em cárcere, bem como a perda da

primariedade, e ainda, a execução civil da condenação. Todos esses efeitos pressupõem o trânsito em julgado da decisão condenatória que determina a culpabilidade do réu (BECHARA E CAMPOS, 2005).

De acordo com o artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, toda pessoa se presume inocente até que tenha sido declarada culpada, preceito reiterado no artigo 26 da Declaração Americana de Direito e Deveres, de 2-5-1948, e no artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU. Nestes termos haveria uma presunção de inocência do acusado da prática de uma infração penal até que uma sentença condenatória irrecorrível o declare culpado. (MIRABETE, 2006, p.22-23).

De acordo com Capez (2006), o princípio distende-se em três aspectos: o primeiro, no momento da instrução processual, com a inversão do ônus da prova; o segundo, na fase da valoração das provas que, em caso de dúvida deve prevalecer a inocência do réu, absolvendo-o, caracterizado pelo princípio do *in dubio pro reo*; e por fim, no curso do processo penal, no que concerne a necessidade da decretação da prisão cautelar.

Em conformidade com este princípio, também fica terminantemente vedado o lançamento do nome do réu no rol dos culpados, uma vez que antes do trânsito em julgado deve ser considerado inocente. O rol dos culpados trata-se do registro da condenação do réu, tem a finalidade de produzir seus diversos efeitos secundários, como reincidência, revogação de sursis, impedimento de concessão do benefício de suspensão condicional da pena entre outros. Com isso, a Constituição Federal revogou parcialmente o artigo 408 do Código de Processo Penal, que determinava o lançamento do nome do réu após a decisão de pronúncia. (MOTTA, BARCHET, 2007).

No que diz respeito à prisão cautelar, instituto amplamente questionado em relação à afronta ao referido princípio, a doutrina majoritária, bem como o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal entendem que não é causa de violação do Princípio do Estado de Inocência, desde que observado os requisitos para sua decretação (MOTTA, BARCHET, 2007).

De acordo com Mirabete (2006, p.23) apud Florian (1968, p.335), o que realmente existe é uma “tendência à presunção de inocência, ou, mais precisamente, um estado de inocência, um estado jurídico no qual o acusado é inocente até que seja declarado culpado por uma sentença transitado em julgado”. Discorre ainda que a Constituição Federal determina a inocência do acusado durante o trâmite processual, e a única forma de alterar seu estado de inocência, é que seja declarado por uma sentença final transitada em julgado. Defende ainda,

a constitucionalidade da prisão em flagrante, uma vez que “a prisão provisória é admitida pela Carta Magna quando prevê os institutos processuais da prisão em flagrante e por mandado judicial (art. 5º, LXI), da liberdade provisória com ou sem fiança (art. 5º, LXVI)”.

Em uma mesma linha de raciocínio, Nucci (2007) entende que em casos excepcionais é necessária a utilização de medidas cautelares, bem como outras formas coercitivas em relação à liberdade do acusado, para garantia da ordem pública e instrução criminal, vejamos:

[...] indivíduos inocentes somente podem ser levados ao cárcere quando realmente for útil à instrução e à ordem pública. No mesmo prisma, evidencia que outras medidas constritivas aos direitos individuais devem ser excepcionais e indivisíveis, como ocorre com a quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico (direito constitucional a proteção à intimidade), bem como com a violação de domicílio em virtude de mandado de busca (direito constitucional à inviolabilidade de domicílio).(NUCCI, 207, p.77-78).

Também enfatiza Moraes (2006) que a prisão cautelar não deve ser afastada em detrimento ao princípio em estudo, visto que se trata de medida redondamente constitucional, desta forma permanecem válidas as prisões cautelares, são elas as prisões temporárias, em flagrante, preventivas, por pronúncia e por sentença condenatória sem trânsito em julgado.

Em consonância à prisão por sentença condenatória sem trânsito em julgado, temos o seguinte entendimento pelo Superior Tribunal de Justiça:

[...] o Plenário do Supremo Tribunal Federal, pois seis votos contra cinco, entendeu que a regra do art. 594 do CPP (“o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão) continua em vigor, “não tendo sido revogada pela presunção de inocência do art. 5º, LVII, da CF – que, segundo a maioria, concerne à disciplina do ônus da prova, nem pela aprovação, em 28-5-92, por decreto-legislativo do Congresso Nacional, do Pacto de S. José da Costa Rica”[...] (MORAES, 2006, p.103).

O Superior Tribunal de Justiça segue o mesmo entendimento, do qual podemos concluir com a edição da Súmula 9: “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”.

Anota-se, ainda, que a existência de recurso especial dirigido ao Superior Tribunal de Justiça ou de recurso extraordinário encaminhado ao Supremo Tribunal Federal, ainda pendentes de apreciação, não assegura ao condenado o direito de aguardar em liberdade o julgamento de qualquer dessas modalidades de impugnação recursal, porque despojadas, ambas, de eficácia suspensiva (Lei nº 8.038/90, art. 27, §2º) (MORAES, 2006, p.104).

Para Motta e Barchet (2007), as prisões cautelares são plenamente compatíveis com o Princípio da Presunção de Inocência, uma vez que a as referidas prisões não implica em condenação definitiva. As prisões, quando decretadas, incorrem durante o inquérito policial ou durante a instrução processual penal.

Em afronta a todo entendimento exposto está Tourinho Filho (1997), ele defende a majoração incontestável da Constituição Federal, chega a mencionar a pirâmide jurídica de Kelsen em que a Constituição ocupa seu cume. Para ele qualquer lei ordinária que entre em confronto com a Constituição Federal deve ser declarada ineficaz. E ainda ressalta que os magistrados tendem a ter um comportamento contrário aos ditames da Magna Carta, pois ao invés de considerar os acusados inocentes antes da sentença penal condenatória, ocorre o inverso, são considerados culpados até que se prove o contrário.

Em relação ao direito de apelar, em que determina que o réu seja recolhido à prisão para usufruir de tal direito, o doutrinador é terminantemente contra, declara ser uma afronta a Constituição. Alega que há interferência ao texto constitucional, com uma clareza de doer os olhos. E questiona a serventia da Magna Carta, uma vez que, diante do dispositivo constitucional, o réu tem direito de ser considerado inocente e apelar em liberdade, pois até então não foi determinado pela sentença, do recurso extraordinário ou recurso especial, a sua culpa. (TOURINHO FILHO, 1997).

Tendo em vista que o Princípio do Estado de Inocência foi criado como garantia de liberdade ante as políticas-ditatoriais que, em casos excepcionais sofreu nosso país, a inobservância do referido princípio faz com que a justiça caminhe em sentido contrário à evolução constitucional, colocando o processo, ferramenta de defesa das liberdades individuais, a serviço de políticos autoritários. (TOURINHO FILHO, 1997).

Ainda no entendimento de Tourinho (1997), em caso de dúvida por parte do magistrado em seguir ou não o princípio, deverá levar em consideração o valor supremo que representa a pessoa humana. Para ele, a Constituição é garantia e um limite intocável para além das hipóteses da sua própria revisão, e reforça:

[...] como já se afirmou, as espécies normativas devem manter com a Constituição relação de compatibilidade vertical, sob pena de incidirem no vício jurídico da inconstitucionalidade. Por outro lado, como já assentado na mais alta Corte de Justiça do País, a incompatibilidade de uma lei anterior e uma Constituição posterior resolve-se, tecnicamente, pela revogação da Lei (cf. RTJ, 95/980 e 993), e não pela arguição de inconstitucionalidade. (TOURINHO, 1997, p. 67-68).

Para o autor, o princípio jamais ingressou em nosso ordenamento jurídico, pois embora o Brasil, em 10 de dezembro de 1948, tenha votado a favor do princípio junto à Assembléia Geral das Nações Unidas, em hipótese alguma se admitiu ao réu o direito de apelar em liberdade. (TOURINHO FILHO, 1997).

Desse modo, uma vez que o princípio da inocência jamais foi obedecido e acatado, chega-se inarredável conclusão de que a adesão de nosso representante junto à ONU, àquela Declaração, foi tão-somente poética, lírica, com respeitável dose de demagogia diplomática... E estávamos em pleno regime diplomático. (TOURINHO FILHO, 1997, p.69).

A alegação de que o Princípio do Estado de Inocência jamais foi inserido em nosso ordenamento fica demonstrada ante a falta de reforma processual penal após a “aceitação” do princípio em nosso ordenamento. Só houve alterações após 20 anos. Antes de todo esse lapso temporal, não ocorreu qualquer alteração que aspirasse adequar o nosso diploma processual penal àquele princípio. Por este motivo, não se deve atribuir a mencionada alteração ao compromisso assumido junto à ONU. (TOURINHO FILHO, 1997)

Atualmente, o princípio tem maior relevância que em 1948, pois figura no rol dos princípios e garantias constitucionais. Assim, em razão desse princípio, toda e qualquer prisão antes do trânsito em julgado deve revestir-se de natureza cautelar. No entanto, deve-se observar que a prisão cautelar se funda em uma presunção de culpabilidade. (TOURINHO FILHO, 1997).

No que tange a constitucionalidade ou não da prisão cautelar, será discutido, posteriormente, em momento oportuno.

Diante do exposto, verificamos que a essência do Princípio do Estado de Inocência se encontra no direito a ser sempre considerado inocente e livre. Trata-se de mais um princípio que garante o direito a um processo devidamente instruído, sem o qual não seria possível a comprovação da culpa por parte do acusado, devendo o ônus probatório da culpa partir da parte contrária.

1.5- Princípio da Motivação das Decisões

O Princípio da Motivação das Decisões tem previsão legal no artigo 93, IX, da Constituição Federal que delinea: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão

públicos e, fundamentadas todas as decisões sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, quando a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

O referido princípio também encontra previsão legal no artigo 381 do Código de Processo Penal que diz: “A sentença conterá; inciso III- a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão; inciso IV- a indicação e os artigos de lei aplicados; inciso V- o dispositivo. E ainda, nos artigos 162 c/c o artigo 458 do Código de Processo Civil que descrevem: caput 162- os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos; caput 458- são requisitos essenciais da sentença; inciso II- os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; inciso III- o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

De acordo com Rosas (1997), o Princípio da Motivação das Decisões decorre das Ordenações Filipinas, que determinavam a fundamentação das decisões para informar as partes o motivo da decisão e abrir a oportunidade de analisar a conveniência, ou não, de interpor recursos. Essa regra filipina foi para o Regulamento 737 impondo ao juiz a motivação da decisão (art. 232).

Motivar as decisões significa demonstrar o raciocínio lógico que o juiz teve para chegar a uma conclusão e prolatar a sentença. Assim, como medida de justiça, os magistrados são incumbidos a demonstrarem seus pensamentos, devem esclarecer os motivos pelos quais chegaram a tal conclusão. Trata-se de uma forma de convencimento do vencido das razões de sua derrota e, ao vencedor, das razões de sua vitória. (ROSAS, 1997).

O princípio em estudo, embora não esteja previsto dentre os demais princípios que figuram o rol dos direitos e garantias fundamentais, merece igual respeito, visto que sem a sua observância, ou seja, a falta de motivação nas decisões ocasionaria uma afronta ao princípio do devido processo legal, que como já demonstrado, trata-se da base dos demais princípios constitucionais e, conseqüentemente, desampararia os princípios do contraditório e da ampla defesa. Em respeito a estes princípios, não teria sentido decisões sem motivação, sem fundamentos que as esclarecessem, pois só com o esclarecimento das decisões que todos podem analisar o conteúdo da sentença verificando se a mesma foi proferida em conformidade com a lei, e em caso de arbitrariedade poderá ser discutida, ante a garantia dos princípios acima mencionados. (JORGE JUNIOR, 2010).

Para Fernandes (2000), o Princípio da Motivação das Decisões Judiciais evoluiu em nosso ordenamento jurídico, pois inicialmente compreendia garantia técnica do processo, com objetivo endoprocessual, que visava assegurar à parte o conhecimento da fundamentação da decisão, para que, em caso de qualquer irregularidade, pudesse impugnar a decisão, além de permitir que o Judiciário, ou seja, os órgãos de segundo grau, tivesse acesso às motivações das decisões para averiguação da “legalidade e justiça da decisão”. Atualmente, o princípio não diz respeito apenas à garantia técnico processual, trata-se de garantia de ordem política, em garantia da própria jurisdição, pois agora os destinatários da motivação das decisões vão além das partes e dos juízes de segundo grau, abrangem também toda sociedade que poderá fiscalizar o trabalho do Judiciário, verificando se estão trabalhando de forma justa, se as decisões estão sendo tomadas com “imparcialidade e conhecimento da causa”.

Nesta mesma concepção, encontramos Capez (2006, p.23) ao mencionar que o aspecto político do princípio se caracteriza em garantir à sociedade a oportunidade de fiscalizar o exercício dos órgãos do Poder Judiciário, e em relação ao conteúdo do princípio explica:

“1. O enunciado das escolhas do juiz, com relação: a) à individualização das normas aplicáveis; b) à análise dos fatos; c) à sua qualificação jurídica; às consequência jurídicas destas correntes. 2. Aos nexos de implicação e coerência entre os referidos enunciados (Taruffo, *La motivazione*, p.222 e s. e 467)”.

Assim, no Estado de Direito em que os valores devem ser equilibrados, sem tendências unilaterais, a justiça torna-se adequada no momento da afirmação de um pensamento. Não Basta dissertar de forma sucinta a decisão, os motivos pelos quais foram tomadas as decisões devem ser descritos com clareza e objetividade. (ROSAS, 1997).

O Princípio da Motivação das Decisões trata-se de garantia constitucional inerente ao Estado de Direito, pois versa sobre um dever incumbido ao juiz de direito fundamentar suas decisões, sendo essencial para a concretização da justiça, ademais, como já mencionado, sua previsão legal encontra-se prevista em nossa Constituição Federal.(JORGE JUNIOR, 2010)

Segundo Jorge Junior, para que o processo judicial tenha mecanismo suficiente é necessário que o juiz atue em conformidade com a lei, sendo inadmissível a criação ou modificação das regras procedimentais. Por este motivo, quando profere decisão deve justificá-la, certificando de maneira racional como chegou àquela conclusão.

De acordo com Fernandes (2000), o princípio abrange todas as decisões existentes no processo, definitivas ou interlocutórias, sobretudo quando atingir direitos individuais. No entanto, há uma espécie de decisão que não se exige fundamentação, são as decisões dos jurados do Tribunal do Júri, mas é mister salientar que a própria Constituição assegura aos jurados o direito ao sigilo da votação em seu artigo 5º, inciso XXXVIII, “b”:

“é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados; alínea “b”- o sigilo das votações”. O Tribunal do Júri consagra o sistema de íntima convicção.

As decisões interlocutórias também deverão ser fundamentadas, conforme dispõe o artigo 315 do CPP: “O despacho que decretar ou denegar a prisão preventiva será sempre fundamentado”; e artigo 2º, §2º da Lei 7960/89: “O despacho que decretar a prisão temporária deverá ser fundamentado e prolatado dentro do prazo de vinte e quatro horas, contadas a partir do recebimento da representação ou do requerimento”.

No que tange as decisões decorrentes do recebimento da denúncia, mesmo com a exigência constitucional de que todas as decisões deverão ser fundamentadas, estas continuam sem fundamentação, permanecendo com o uso existente antes da Constituição de 1988. Vejamos a lição de Fernandes (2000, p.121):

Apesar da clareza do texto constitucional no sentido de ser necessária a motivação de todas as decisões judiciais, continuaram a não ser fundamentadas as decisões de recebimento da denúncia, mantendo-se a praxe existente antes de 1988. Fundam-se os tribunais, inclusive o Supremo Tribunal Federal, entre outros, nos seguintes argumentos: primeiro, não há decisão, mas simples despacho; segundo, ainda que se veja aí uma decisão, não tem carga decisória como tem as sentenças condenatórias ou absolutórias; e, por fim, a exigência constitucional não atinge todas as decisões.

Fernandes (2000) discorda da posição costumeira que vem utilizando os tribunais, pois no momento em que o juiz recebe a denúncia é feita uma análise dos pressupostos processuais, bem como das condições da ação, e com isso gera uma decisão, pois a partir de então que determina a instauração do inquérito policial.

O artigo 93, inciso IX, além de determinar a motivação das decisões determina que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, assim, é possível concluir que trata-se de consequência natural do princípio da Motivação das Decisões a publicidade das decisões, pois somente com a divulgação pública que a sociedade toma conhecimento do conteúdo da mesma, ademais, de nada serviria a fundamentação se não lhe

for dada publicidade, tendo em vista que é o ato de publicidade que permite o controle das decisões. (JORGE JUNIOR, 2010).

Deve-se salientar que há casos em que a publicidade é vedada, como dispõe o artigo acima mencionado em descrever que: “[...] podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”. Também há previsão legal na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LX, dentre os princípios e garantias fundamentais, que determina: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse pessoal o exigirem”.

Hoje em dia, levando-se em consideração a realidade da sociedade brasileira, é de grande relevância a previsão legal do artigo 93, inciso IX, que determina a motivação das decisões, bem como sua publicidade. As diretrizes do referido princípio impõe ao Estado “o dever de fundamentar os atos decisórios, para, assim, impedir o arbítrio e subjetividade do julgador”. O Estado deve atuar com o escopo de obter a melhor solução para os conflitos de interesses, devendo observar as regras designadas no ordenamento jurídico em vigor. (JORGE JUNIOR, 2010)

CAPÍTULO 2- DA PRISÃO PROVISÓRIA

2.1 – Do Direito de Punir

Desde os tempos mais remotos, com a formação dos primeiros grupos sociais, já era necessário a formulação de normas à boa convivência. Estes grupos possuíam chefes que eram encarregados de aplicar as punições. (MIRABETE, 2006).

Para os homens primitivos, como não havia explicações para os fenômenos naturais como a chuva, o raio e o trovão, acabavam por atribuir esses acontecimentos a punições advindas de seres sobrenaturais, que motivados pela insatisfação do comportamento do grupo os puniam. (MIRABETE, 2006).

Acreditavam que esses seres, que habitavam as florestas, ou se achavam entre as pedras, rios ou animais, maléficos ou propícios de acordo com as circunstâncias, eram os *totens*, e a violação a estes causavam graves castigos. (MIRABETE, 2006).

Nesta mesma época havia as punições conhecidas como *tabu*, palavra de origem polinésia que significa ao mesmo tempo o sagrado e o proibido, o impuro o terrível. (MIRABETE, 2006).

Desta feita, as transgressões em reação aos *totens* e a *tabu* acarretavam pelo encarregado do grupo punições, estas eram aplicadas a todos, pois a violação por qualquer um acarretava a ira dos seres sobre naturais sobre todo o grupo. (MIRABETE, 2006).

Nas civilizações mais antigas o que predominava era a pena de morte, com a repressão do patrimônio do infrator, bem como de seus descendentes. (MIRABETE, 2006).

De acordo com Noronha (1999), em regra as penas evoluíram nas seguintes fases: a vingança privada, a vingança divina, a vingança pública e o período humanitário.

Nos dias atuais, o Estado é o único ente soberano com capacidade punitiva, cabe a ele punir todas as ilicitudes existentes em nosso país. Até mesmo para ações de competência exclusivamente privada é necessária a intervenção do Estado para a propositura da ação, pois é ele que confere ao ofendido o *jus perseguendi in judicio*, garantindo para si o *jus puniendi*. (CAPEZ, 2006).

Assim, conforme orienta Mirabete (2006), uma das tarefas primordiais do Estado é ajustar a conduta dos cidadãos por meio de normas objetivas sem as quais a vida em sociedade seria impraticável. Estas normas têm o objetivo de regulamentar a relação entre particulares e a relação entre estes e o próprio Estado atribuindo aos destinatários obrigações.

O autor explica ainda que estas normas caracterizam o direito objetivo, que tem por finalidade exteriorizar a vontade do Estado, vontade esta que resulta no que é lícito, em conformidade com o que a lei não veda, baseando-se em comportamentos autorizados na convivência social. Desse comportamento autorizado constitui o direito subjetivo, que nada mais é do que a faculdade do indivíduo lesado obter a satisfação de seus interesses por uma norma de direito objetivo.

A respeito do direito soberano de punir discorre de forma sábia e bela Cesare Beccaria (1997, p.28):

Toda pena que não derive de absoluta necessidade, diz o grande Montesquieu, é tirana, proposição esta que pode ser assim generalizada: todo ato de autoridade de homem para homem que não derive da absoluta necessidade é tirano. Eis, então, sobre o que se funda o direito do soberano de punir os delitos: sobre a necessidade de defender o depósito da salvação pública das usurpações particulares. Tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que os soberanos dá aos súditos.

E continua:

Consultemos o coração humano e nele encontraremos os princípios fundamentais do verdadeiro direito do soberano de punir os delitos pois não se pode esperar nenhuma vantagem durável da política moral, se ela não se fundamentar nos sentimentos indeléveis do homem. Toda lei que se afaste deles encontrará sempre resistência contrária, que acabará vencendo, da mesma forma que uma força, embora mínima, aplicada, porém, continuamente, vencerá qualquer movimento aplicado com violência a um corpo.

O direito de punir do Estado é impessoal não sendo direcionado a pessoas determinadas, pois tal medida seria absolutamente inconstitucional. Trata-se, portanto, de um poder abstrato de punir qualquer um que venha praticar fato definido como infração penal. (CAPEZ, 2006)

Esse direito de punir do Estado, entretanto não é arbitrário, mas sim delimitados nos países civilizados pelo princípio da reserva legal e, no Brasil, é previsto na Constituição Federal de 1988: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (art. 5º, XXXIX).(MIRABETE, 2006, p.4).

Ao ocorrer uma infração, o poder punitivo deixa de ser abstrato e se concretiza, passando a ser uma pretensão punitiva contra pessoa determinada, esta por sua vez exercitará

seu direito de defesa, interpondo-se contra esta pretensão estatal, por meio de defesa técnica e pessoal. O conflito entre o infrator e o Estado caracteriza a lide penal, que por conseguinte será solucionado pela atuação jurisdicional. (CAPEZ, 2006).

Explica Tourinho Filho (2006) da seguinte maneira: “o *jus puniendi* existe *in abstracto* e *in concreto*”, ou seja, o Estado por intermédio do Poder Legislativo cria normas penais proibitivas, que limitam as condutas que não estão em conformidade com a ordem social, neste sentido, o Estado exerce o poder punitivo abstrato. O poder punitivo concreto ocorre com a efetivação, pelo particular, da conduta proibida, pois a partir de então o Estado tem a obrigação de aplicar a pena ao autor da conduta proibida. Assim, com a transformação do poder abstrato em poder concreto surge a pretensão punitiva do Estado.

Salienta-se que com a simples pretensão punitiva forma-se a lide penal, mesmo que o autor do delito não apresente resistência em relação a possíveis punições, pois embora o Estado tenha o direito de punir, também cabe a este assegurar o direito de liberdade do autor do ilícito penal. (TOURINHO FILHO, 2006, p.129).

Os órgãos jurisdicionais, representantes do Estado, substituem as partes nas lides com a finalidade de findar o conflito e aplicar o direito ao caso concreto, de forma a resolver o lide da melhor maneira. No caso da lide penal, deve o Estado-juiz decidir de acordo com o caso em questão se aplica ou não do direito de punir, em caso positivo, a proporção a que deve ser aplicado. (CAPEZ, 2006).

Uma vez que o Estado chamou a si a tarefa de administrar Justiça por intermédio dos juízes, vale dizer, do Poder Judiciário, impossibilitados ficaram os particulares de auto-executar os seus direitos, surgindo, assim, para eles, como corolário lógico daquela proibição, o direito de se dirigirem aos Juízes e deles invocar a tutela jurisdicional todas as vezes que sentirem violados seus direitos. (TOURINHO FILHO, 2006, p.127).

O direito punitivo do Estado só pode ser aplicado ao caso concreto com o devido processo legal, não sendo admitida qualquer outra forma para a aplicação do direito punitivo. Assim, sem o processo, não teria como o Estado atender sua pretensão de punir, nem como o Estado- Jurisdição aplicá-la ou negá-la. (CAPEZ, 2006).

Tem-se, assim, o processo penal como instrumento para que o Estado-juiz possa aplicar o direito penal objetivo ao caso concreto.

2.2- Sistema Processual

Entende-se por processo o instrumento viabilizador da atividade jurisdicional do Estado, que tem a finalidade de aplicar o direito ao caso concreto. O mecanismo funcional do processo denomina-se procedimento, este é dividido por diferentes ritos que são utilizados em conformidade com o caso concreto. (CAPEZ, 2006).

Existem três sistemas processuais: inquisitivo, acusatório e misto.

No sistema inquisitivo todas as funções procedimentais são desenvolvidas por um único órgão, normalmente pelo juiz que atua acusando, defendendo e julgando simultaneamente o acusado. Neste sistema o acusado é visto como mero objeto de perseguição. Por este motivo, a prática de tortura é livremente utilizada com a finalidade de colher provas, muitas vezes a confissão. (CAPEZ, 2006).

Nas palavras de Nucci (2007, p.116):

É caracterizado pela concentração de poder nas mãos do julgador, que exerce, também, a função de acusador: a confissão do réu é considerada a rainha das provas, não há debates orais, predominando procedimentos exclusivamente escritos: os julgadores não estão sujeitos a recusa: o procedimento é sigiloso; há ausência de contraditório e ampla defesa é meramente decorativa.

O sistema acusatório separa as funções dos órgãos: uma parte acusa, a outra defende e uma terceira julga. Assim, a parte acusadora e a parte defensora figuram em um plano de igualdade, já a “figura” julgadora, ou seja, o juiz se mantém equidistante das partes. (CAPEZ, 2006).

A respeito discorre Capez (2006, p.45): “é contraditório, público, imparcial, assegura ampla defesa: há distribuição de funções de acusar, defender e julgar a órgãos distintos”.

No sistema acusatório, a investigação criminal é feita pela polícia civil e o controle externo é efetuado pelo Ministério Público que ao final decidirá propor a ação ou arquivar o caso. Assim o magistrado se abstém de produzir provas. Este sistema compreende várias garantias constitucionais que são: tutela jurisdicional; devido processo legal; garantia ao acesso à justiça, garantia do juiz natural; tratamento paritário das partes; ampla defesa; publicidade dos atos processuais; motivação dos atos decisórios e; da presunção da inocência. (CAPEZ, 2006).

Possui nítida entre o órgão acusador e o julgador; há liberdade de acusação, reconhecido o direito ao ofendido e a qualquer cidadão; predomina a liberdade de defesa e a isonomia entre as partes no processo; vigora a publicidade no procedimento; o contraditório está presente; existe a possibilidade da recusa do julgador; há livre sistema de produção de provas; predomina a maior participação popular na justiça penal e a liberdade do réu é a regra. (NUCCI, 2008, p.1087).

No entendimento de Capez (2006), nosso Código de Processo Penal adotou esse sistema.

Já o sistema misto envolve os outros dois sistemas: inquisitivo e acusatório.

De acordo com Nucci (2007, p.116), este sistema surgiu após a Revolução Francesa dividindo o processo em duas fases: “a instrução preliminar, com os elementos do sistema inquisitivo, e a fase de julgamento, com a predominância do sistema acusatório”.

A fase inicial é inquisitiva, compreende uma investigação preliminar e uma instrução preparatória. A fase final é acusatória quando ocorre o julgamento com todas as garantias processuais. (CAPEZ, 2006, p.46).

Para Nucci (2007, p.117), este é o nosso sistema pátrio, vejamos:

O sistema adotado no Brasil, embora não oficialmente, é o misto. Registremos desde logo que há dois enfoques: o constitucional e o processual. Em outras palavras, se fossemos seguir exclusivamente o disposto na Constituição Federal poderíamos dizer que o nosso sistema é acusatório [...]. Ocorre que nosso processo penal (procedimento, recursos e provas etc.) é regido por Código específico [...] elaborado em nítida ótica inquisitiva.

O autor explica que se trata de um sistema complicado, uma vez que é regido pelos princípios constitucionais, mas na prática os profissionais do Direito utilizam do Código de Processo Penal para dar efetividade ao sistema. Salaria ainda que a fase inicial, ou seja, o inquérito policial é efetivado pelo sistema inquisitivo onde há sigilo em relação à colheita das provas, bem como a ausência do contraditório e ampla defesa dentre outros adereços que não estão presentes no sistema acusatório. Já a fase acusatória se inicia com a propositura da ação penal onde há a observância dos princípios constitucionais (2007).

Para doutrina majoritária o sistema processual é acusatório, levando-se em consideração os princípios constitucionais vigentes.

2.3 - Persecução Criminal

Com a prática de uma infração penal o Estado trás para si o dever de tutelar os interesses da sociedade, para que isso ocorra é necessário se utilizar do processo penal, instrumento único para concretização desse direito. Entretanto, somente com a ação penal é possível por em prática o *jus puniendi* do Estado. (MIRABETE, 2006).

Para que o Estado possa impetrar uma ação penal é necessário que haja provas suficientes da existência do crime e indícios da autoria. O meio costumeiro, embora não exclusivo, para a colheita desses elementos é o inquérito policial. (MIRABETE, 2006).

De acordo com Gomes (2005, p.56) em regra a função é exercida pela polícia judiciária, no entanto, também pode ocorrer por autoridades administrativas, para tanto, nos dá os seguintes exemplos: “CPIs, Inquérito Policial Militar (nos crimes militares), autoridades administrativas (procedimentos administrativos), COAF (lavagem de capitais), Banco Central (nos crimes financeiros) etc.”.

O autor menciona também outras espécies de inquéritos que podem ser presididos por várias outras autoridades notem:

(a) inquérito contra Membros do Ministério Público (quem preside é o PGJ – LONMP: Lei 8.625/93, art. 41, parágrafo único; (b): contra juiz de direito (quem preside é o Desembargador sorteado – LOMN: Lei Complementar 35/79. Art. 33. Parágrafo único; (c): contra autoridade que goza de prerrogativa de função (parlamentares. Ministros etc.) um Magistrado da Corte competente etc. Exemplo: Investigação contra Deputado Federal: quem preside é Ministro do STF; investigação contra Desembargador: quem preside é Ministro do STJ e assim por diante. (GOMES, 2005, p.56-57).

No que diz respeito à investigação preliminar realizada pelo Ministério Público há divergência jurisprudencial. Não há lei que prevê tal possibilidade. Contudo, pode o MP presidir investigação ou inquérito civil. (GOMES, 2005).

De acordo com o artigo 4º do CPP a autoridade competente para colheita de provas para ação penal é a polícia judiciária:

“art. 4º. A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função”.

A polícia judiciária divide-se em duas categorias: civil e judiciária. A polícia civil dirigida por delegado de polícia de carreira nos termos do artigo 144, § 4º da CF, tem a função de colher elementos para instruir a ação penal e apurar o crime com todas as suas circunstâncias, proporcionando ao titular da ação penal elementos suficientes para propor ação penal, assim, fornecer às autoridades judiciárias as informações para instrução e julgamento do processo, ou seja, incumbe a esta espécie de polícia elaborar o inquérito policial, com isso desenvolve a primeira etapa da atividade repressiva do Estado. Já a polícia judiciária, órgão criado pelo Estado, realiza a primeira atividade persecutória estatal, atua cumprindo ordem do Poder Judiciário, como por exemplo, realizar diligências requeridas pelo Ministério Público. (TOURINHO FILHO, 1997).

Ao concluir o inquérito, a autoridade policial deve fazer um relatório com todas as informações obtidas, mas não pode emitir qualquer juízo de valores. Ressalta-se que, com a instauração do inquérito, a polícia já classifica o crime, mas havendo a conclusão do mesmo e verificando que o crime ocorrido é outro a classificação deverá ser alterada. (MIRABETE, 2006).

Finalizado o inquérito policial, presente elementos probatórios da materialidade do crime e indícios suficientes da autoria, inicia-se a ação penal. O início da ação penal se dá com o oferecimento da denúncia ou queixa. Quando o Ministério Público recebe os autos do inquérito policial, pode propor o arquivamento, requerer a realização de diligências imprescindíveis ou denunciar.

Ação penal é o direito do Estado-acusação ou do ofendido de ingressar em juízo, requerendo a prestação jurisdicional, representada pelo emprego das normas de direito penal ao caso real. (NUCCI, 2007).

Assim, verifica-se que a ação penal tem a finalidade de punir o infrator da norma penal incriminadora. Com ela, a pretensão punitiva do Estado é posta em prática, esta pretensão nasce com a prática da infração penal. O direito de ação preexiste à prática da infração penal. Entretanto, para que haja punição é defeso ao acusado o direito de ação, pois este confere ao acusado o direito ao devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, bem como os demais direitos presentes nos princípios que foram abordados no primeiro capítulo desta pesquisa. (NUCCI, 2007).

Desta feita, conclui-se que a somatória da atividade investigatória com a ação penal promovida pelo Ministério Público ou ofendido se dá o nome de **persecução criminal**. (MIRABETE, 2006).

2.4 - Prisão Pena e Prisão Sem Pena

Em nosso ordenamento jurídico existem duas espécies de prisão que são denominadas como prisão pena e prisão sem pena.

Prisão é a privação da liberdade, em que o indivíduo é colocado em cárcere, privando-lhe o direito de ir e vir. Em regra, no Brasil, deve fundar-se em decisão de magistrado competente, devidamente motivada ou reduzida a escrito, ou precisar decorrer de flagrante delito, caso em que cabe a qualquer do povo sua concretização. (NUCCI, 2007).

Para Noronha (2002), o instituto ora discutido priva a liberdade pessoal, havendo motivo lícito ou por ordem legal.

No entanto, há certa confusão no emprego da palavra prisão, pois pode ser empregada como o ato de recolher ao cárcere, bem como para pena propriamente dita. Desta feita, nos ensina Mirabete (2006, p.361):

[...] o termo tem significado vários no direito pátrio, pois pode significar a pena privativa de liberdade (“prisão simples” para autor de contravenções; “prisão” para crimes militares, além de sinônimo de reclusão e detenção), o ato de captura (prisão em flagrante ou em cumprimento de mandado) e a custódia (recolhimento da pessoa ao cárcere). Assim, embora seja tradição no direito objetivo o uso da palavra em todos esses sentidos, nada impede se utilize os termos captura e custódia, como significados mencionados em substituição o termo prisão.

No sistema processual brasileiro a prisão só pode ser decretada de duas maneiras: que consistir em mandado, ou seja, determinação judicial, ou, em flagrante delito sendo inadmissível a “prisão para averiguação”. (OLIVEIRA, 2009).

De acordo com o artigo 283 do CPP, a prisão pode ser efetuada a qualquer momento, desde que respeitados os limites legais a respeito da inviolabilidade do domicílio.

Explica Oliveira (2009, p.162) que “à noite, só se prende em flagrante ou com consentimento do morador; de dia, em flagrante e por mandado, com ou sem consentimento do morador”. Para o autor o que diferencia o dia da noite é a claridade da luz solar.

Na prisão pena a privação da liberdade do ser humano decorre de sentença condenatória transitado em julgado, ou seja, o recolhimento do indivíduo ao cárcere tem por finalidade a execução da decisão judicial. A prisão pena ocorre somente após o devido processo legal, como medida satisfatória da pretensão punitiva do Estado. (CAPEZ, 2006).

Nas palavras de Mirabete (2006, p. 361) “a prisão penal, cuja finalidade manifesta é repressiva, é a que ocorre após o trânsito em julgado da sentença condenatória em que se impôs pena privativa de liberdade”. São espécies de prisão pena a reclusão, a detenção e a prisão simples.

Assim como a prisão pena, a prisão sem pena também se trata da privação da liberdade, mas enquanto aquela decorre de sentença penal condenatória, esta é aplicada durante a instrução criminal. (NUCCI, 2007).

A prisão sem pena tem natureza estritamente processual e divide-se em prisão cautelar ou provisória, prisão civil, prisão administrativa e prisão disciplinar. A prisão cautelar ou provisória trata-se da prisão cautelar em sentido amplo, na qual abrange a prisão em flagrante, a prisão preventiva, a prisão resultante de pronúncia, a prisão resultante de sentença penal condenatória e a prisão temporária. Que serão estudadas detalhadamente no próximo tópico; a prisão civil, de acordo com nossa Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXVII, só pode ser decretada em casos de devedor de alimentos e depositário infiel; a prisão administrativa só pode ser decretada por autoridade judiciária, segundo determinações da Constituição de 1988 e está prevista no Código de Processo Penal, artigo 319, I, bem como em leis especiais; já a prisão disciplinar é permitida em caso de transgressão militar e crimes propriamente militares, artigos 5º, LXI e 142, § 2º. (MIRABETE, 2006).

2.5- Espécies de Prisão Provisória

Como descrito anteriormente, a prisão cautelar é decretada durante a instrução criminal, como medida assecuratória para que a instrução seja efetuada de forma ágil e eficaz.

As medidas cautelares possuem vários pressupostos que são meros requisitos da tutela cautelar, estes constituem o *fumus boni iuris* para sua decretação. Tem como primordial fundamento o *periculum in mora*, que também é um requisito da tutela cautelar. (CAPEZ, 2006).

São espécies de prisão provisória a prisão em flagrante, a prisão preventiva, a prisão resultante de pronúncia, a prisão resultante de sentença penal condenatória recorrível e a prisão temporária.

Só para enfatizar, para Oliveira (2009) a prisão resultante de pronúncia e a prisão resultante de sentença penal condenatória recorrível não devem ser vistas como espécies

independentes de acordo com as diretrizes traçadas pelo CPP promovidas pelas Leis 11.689/2008 e 11.719/2008.

No entanto, o presente trabalho abordará os temas de forma autônoma.

2.5.1- Prisão em Flagrante

A Prisão em Flagrante trata de modalidade de prisão cautelar de natureza administrativa, sendo aquela que incide no momento em que está ocorrendo o crime ou no momento em que a conduta acabou de ser efetuada. (NUCCI, 2007).

Está legalmente prevista no artigo 5º, inciso LXI, da Magna Carta que descreve: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

De acordo com Capez (2006, p.251) a palavra flagrante advém do latim *flagrare*, que significa queimar, arder. Assim explica o autor: “É o crime que ainda queima, isto é, que está sendo cometido ou acabou de sê-lo”.

O flagrante se caracteriza com a prova íntegra do crime com a convicção de sua existência e autoria. (NORONHA, 2002).

Para Mirabete (2006), flagrante trata-se de espécie do delito em que é irrecusável seu acontecimento, por ter a “certeza visual do crime”. A prisão do autor ocorre sem a expedição de mandado, caracterizando-se como uma espécie de autodefesa social, como meio imediato de cessar a agressão ante a sociedade, tendo também a finalidade de colher prova material do fato e da respectiva autoria.

No entanto, Nucci (2007) destaca que para Prisão em Flagrante exige-se apenas que haja a aparência da tipicidade, não sendo exigível nenhuma valoração a respeito da ilicitude e da culpabilidade, que são requisitos para o feito do crime.

A Prisão em Flagrante se funda na inexistência de pré-apreciação de um magistrado, no entanto, em caso de abuso, poderá o juiz, após avaliação realizada posteriormente a prisão, determinar, imediatamente, seu relaxamento. Todavia, sendo analisada pelo juiz e mantida, a prisão passa a ter caráter jurisdicional, passando o magistrado a ser considerado a autoridade coatora. (NUCCI, 2007).

Assim, pode-se dizer que esta modalidade de prisão é, por conseguinte, medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar e processual, que inside na prisão de quem é flagrado cometendo, ou logo após ter cometido um crime ou uma contravenção penal, independente de ordem escrita do juiz competente. (CAPEZ, 2006).

Desta feita, ressalta-se que a Prisão em Flagrante não se aplica apenas a crimes, como também no cometimento de contravenções penais.

O fator do infrator não ser pego cometendo o crime, ou seja, praticando o verbo do tipo, não impede que a prisão seja decretada, desde que haja resquícios que indiquem a autoria do delito. O Código de Processo Penal equiparou tais situações. (NORONHA, 2002).

[...] considera em flagrante quem “é colhido no ato de cometer o crime”, bem como quem é perseguido pela força pública, pelo ofendido e por outras pessoas, ou quem é surpreendido com coisas ou vestígios que façam presumir tenha ele cometido pouco antes o crime. Compreende, então, aquela primeira hipótese os fatos do “cometimento” e do “acabar de cometê-lo”. (NORONHA, 2002, p.210).

Precisamente em razão de a lei prever a hipótese de prender alguém no momento da infração penal, não se exige mandado, pois se o exigisse não caracterizaria a essência do ato, que é o estado de flagrância. (OLIVEIRA, 2009).

A princípio, podemos dividir o flagrante em flagrante facultativo e flagrante obrigatório. O flagrante facultativo é aquele que a lei conferiu a qualquer um do povo a possibilidade de decretar a prisão em flagrante do infrator (artigo 301, do CPP). Já o flagrante obrigatório diz respeito às autoridades policiais e seus agentes, pois a lei conferiu a este o dever de efetivá-lo, sob pena de responder criminal e funcionalmente pelo seu descaso. (NUCCI, 2007).

Existem várias espécies de flagrante, sendo algumas modalidades legais e outras ilegais, assim, faz-se necessário distinguir o flagrante legal do flagrante ilegal.

São espécies de flagrante legal: flagrante próprio (real, verdadeiro); flagrante impróprio (irreal; quase-flagrante); flagrante presumido (ficto) ; flagrante retardado e; flagrante esperado. Já as espécies de flagrante ilegal são: flagrante preparado e flagrante forjado.

Vejam os seguintes, de forma sucinta, as espécies de flagrante presente em nosso ordenamento jurídico.

As espécies legais de flagrante delito estão elencadas no artigo 302, incisos I, II, III e IV, do CPP e no artigo 2º, inciso II da Lei 9.034/95.

I) Flagrante próprio: é a espécie prevista no artigo 302, incisos I e II, do CPP, na qual se caracteriza quando alguém é surpreendido cometendo o crime ou acaba de cometê-lo.

No caso do flagrante próprio a lei equiparou duas hipóteses distintas com previsão em dispositivos diferentes. O fato de caracterizar o flagrante, estando o agente no local da infração ou nas proximidades, causa discussão a respeito de sua denominação, pois há quem diga que esta espécie se encaixa melhor na hipótese de quase-flagrante (flagrante impróprio), pois há apenas a presunção do crime. Todavia a doutrina majoritária entende ser espécie de flagrante próprio. (MIRABETE, 2006).

II) Flagrante impróprio: é a espécie prevista no artigo 302, inciso III do CPP, esta espécie se caracteriza quando o agente é perseguido e capturado logo após a prática do delito.

Nesta hipótese de flagrante é necessário que a perseguição se inicie “logo após” o fato, sendo imprescindível a continuidade até a efetiva captura do autor. A continuidade se caracteriza quando o agente policial não teve em nenhum momento a interrupção da perseguição por ter que decidir sobre o paradeiro do perseguido. Na prática, há dificuldade de provar a continuidade, entretanto, é indispensável que o flagrante seja legítimo. Não existe prazo pré-estabelecido para a caracterização do flagrante e não interrompe a continuidade a troca de agentes policiais desde que não interrompa a perseguição. (GRECO FILHO, 1999).

De acordo com Capez (2006), entende-se por “logo após” o lapso temporal necessário para a autoridade policial chegar ao local do fato, colher as provas materiais que demonstram a ocorrência do crime e logo após dar início a perseguição do infrator. Com isso descaracteriza a crença popular do prazo de 24 horas entre o delito e o flagrante.

III) Flagrante presumido: tem previsão legal no artigo 302, inciso IV do CPP, ocorre quando o agente é encontrado após a prática do crime com provas materiais da infração, fazendo com que se presuma a autoria.

O flagrante presumido se assemelha com o flagrante impróprio, uma vez que o infrator também é capturado após o crime. Todavia, não é possível utilizar a expressão “logo após” devido sua ampla expansão, pois frustraria esta espécie de flagrante, vez que o lapso temporal é mais restrito, sendo necessário concluir-se em algumas horas. (NUCCI, 2007).

IV) Flagrante retardado: esta hipótese está prevista na Lei do Crime Organizado, decorre da denominada ação controlada, cuja finalidade é aguardar o momento mais oportuno para decretar a prisão em flagrante.

Esta modalidade de flagrante possibilita que a autoridade policial, em caso de suspeita de organização criminal, se abstenha de intervir na ação do delinquentes com a

finalidade de observar e acompanhar as ações criminosas para colher provas e informação que possibilite ao final capturar todos os envolvidos na organização. (OLIVEIRA, 2009).

É decorrente da denominada ação controlada e descrito como aquele em que o agente policial pode deixar de intervir na ação que se supõe praticada por organização criminosa, desde que mantida a observação e o acompanhamento, para efetuar a prisão em momento mais oportuno do ponto de vista da produção de provas e fornecimento de informações. Exemplo: policial identifica atos criminosos de uma organização, mas prevê a possibilidade de prender posteriormente com prova mais contundente, retardando então sua intervenção. (OLIVEIRA, 2009, p.167).

Há um dispositivo semelhante no artigo 53, inciso II da Lei de Drogas que possibilita a inércia da autoridade policial em relação a portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, dentro do território nacional, cujo escopo é obter o maior número de autores. Todavia, para esta modalidade é necessária autorização judicial o que difere do crime organizado, assim, conclui-se que antes da aplicação dessa modalidade é efetivado o controle jurisdicional. (OLIVEIRA, 2009).

V) Flagrante esperado: esta espécie de flagrante é absolutamente legal, sucede quando a autoridade policial é informada com antecedência da possível ocorrência de um delito. Os agentes encaminham-se até o local indicado e esperam o episódio. Poderá haver delito tentado ou consumado, conforme o caso, sendo válida a prisão em flagrante, se efetivamente o fato ocorrer. (NUCCI, 2007).

Pode haver casos em que o flagrante esperado se torne em crime impossível, caso em que a autoridade policial, de forma eficaz, impossibilita de todas as maneiras a consumação da infração, o que configura tentativa inútil e não punível, como dispõe o artigo 17 do CP. (NUCCI, 2007).

Essa hipótese de flagrante difere da anterior, uma vez que esta pode ser aplicada em qualquer espécie de crime, já a anterior é aplicada nos crimes de organizações criminais, bem como no caso supracitado da lei de entorpecentes.

Vejam agora as espécies de flagrante ilegal.

I) Flagrante preparado: ocorre quando o agente é induzido a praticar de um crime pela suposta vítima, por terceiro ou pelo policial, este denominado agente provocador.

Dispõe a Súmula 145 do STF: “não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna possível sua consumação”.

Diante do disposto acima, a jurisprudência tem afirmado que não é admissível a prisão em flagrante do agente de crime provocado. (MIRABETE, 2006).

Capez (2006, p. 253) ensina que “trata-se de modalidade de crime impossível, pois embora o meio empregado e o objeto material sejam idôneos, há um conjunto de circunstâncias previamente preparadas que eliminam totalmente a possibilidade de produção do resultado”. Neste caso não se admite a prisão em flagrante, pois a vontade do agente encontra-se viciada.

II) Flagrante forjado: nesta ocasião o fato é atípico, uma vez que a pessoa presa não agiu e nem mesmo pensou em agir de acordo com o fato ocorrido. Trata-se de um flagrante completamente artificial, pois totalmente composto por intervenção de terceiros. (NUCCI, 2007).

Para elucidar vejamos o exemplo citado por Nucci (2007, p.554): “Imagina-se a hipótese de alguém colocar no veículo de outrem certa porção de entorpecente, para, abordando-o depois, conseguir dar voz de prisão em flagrante por transportar ou trazer consigo a droga”. O ato de manter a droga no veículo é involuntária, motivo pelo qual não pode ser ponderada conduta legalmente relevante.

Para a decretação da prisão em flagrante é imprescindível observar a caracterização das hipóteses legais, bem como suas formalidades.

2.5.2- Prisão Temporária

Assim como a prisão em flagrante, a prisão temporária também é uma espécie de prisão cautelar. Esta modalidade de prisão foi editada pela medida provisória n.º 111, de 24 de novembro de 1989, posteriormente substituída pela Lei 7960, de 21 de dezembro de 1989. (CAPEZ, 2006).

A Prisão Temporária tem por finalidade garantir a eficácia da investigação criminal, aplica-se em crimes de natureza grave. Esta modalidade de prisão foi criada para substituir a anteriormente usada prisão para averiguação. Importante ressaltar que esta modalidade de prisão é decretada na fase do inquérito policial. (NUCCI, 2007).

A prisão para averiguação era um procedimento policial em que a polícia civil e a polícia militar podiam deter pessoas em vias públicas para “averiguação”. Essa espécie de prisão possibilitava que o policial agisse a seu livre arbítrio atribuindo-lhe poderes desmedidos. Com a Constituição de 1988 a utilização de tal procedimento não teve mais vigência, vez que a Magna Carta determinou em seu artigo 5º, inciso LXI que a prisão

somente poderá ocorrer em caso de flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária. (NUCCI, 2007).

A iniciativa para decretação da Prisão Temporária será da autoridade policial ouvido o agente Ministerial, ou do próprio Ministério Público. (NORONHA, 2002)

Ainda explica o autor que o prazo da prisão temporária é de cinco dias podendo ser prorrogado por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. Em caso de prorrogação a decisão também deverá ser fundamentada.

No que diz respeito aos crimes hediondos e equiparados, a lei 8072, de 25 de julho de 1990 determina que o prazo para prisão temporária seja de até trinta dias, também prorrogável por igual período, desde que a decisão seja fundamentada e comprovada a extrema necessidade. (NORONHA, 2002).

Temos como fundamento o artigo 1º, inciso I, II e III da lei 7960, esta determina as diretrizes em que deve ser decretada a prisão temporária.

De acordo com o artigo 1º, inciso I, a prisão deverá ser decretada “quando imprescindível para as investigações do inquérito policial”. Neste caso, deverá ser demonstrado que somente com a prisão será possível ou provável que se obtenha bons resultados com a investigação. (MIRABETE, 2006).

Mirabete (2006) questiona o referido inciso, visto que ele impossibilita a prisão temporária do autor caso em que o inquérito policial não tenha sido instaurado.

O inciso II, por sua vez, determina que a prisão temporária deverá ser decretada na falta de indicação de residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade. Assim como o inciso I, este inciso também visa o bom andamento do inquérito policial, pois a falta de residência fixa, bem como a falta de identificação do indiciado pode concorrer para o desaparecimento do mesmo, o que atrapalharia as investigações. (MIRABETE, 2006).

Por fim, em conformidade com o inciso III, cabe a decretação da prisão temporária em caso de crimes de maior gravidade, que causam indignação a sociedade, são eles: homicídio doloso; sequestro ou cárcere privado; roubo; extorsão; extorsão mediante sequestro; estupro; epidemia com resultado morte; quadrilha ou bando; genocídio; tráfico de drogas; e crimes contra o sistema financeiro. Neste caso não é necessário que comprove a necessidade e imprescindibilidade da prisão temporária para a conclusão das investigações, ou ainda, que o réu não possua residência fixa ou não seja possível esclarecer sua verdadeira identidade. No entanto, de acordo com o inciso III, para que seja decretada a prisão deverá

haver “fundadas razões”, em conformidade com as provas admitidas em direito da autoria e participação, ensina Mirabete. (2006)

De acordo com Nucci (2007), o inciso I e II deverão ser cumulados com o inciso III, em qualquer hipótese, pois no que diz respeito o inciso I, sendo este aplicado isoladamente, os crimes de menor potencial ofensivo também seriam plausíveis de prisão, o mesmo ocorre com o inciso II, tendo em vista que a falta de residência fixa, bem como a falta de identificação não são requisitos suficientes para manter uma pessoa encarcerada.

Para a decretação da prisão temporária deve ser observado o seguinte procedimento: deverá ser representada por autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público; não poderá ser decreta de ofício pelo juiz; quando representada por autoridade policial, deverá o juiz ouvir o Ministério Público antes de qualquer decisão; o juiz terá o prazo de 24 horas, a contar do recebimento da representação ou requerimento, para decidir, fundamentadamente, a respeito da prisão; ao ser lavrado o auto de prisão, este deverá ser expedido em duas vias, da qual uma será entregue ao acusado como nota de culpa; o preso deverá ser informado, pela autoridade policial, sobre seu direito, constitucional, de permanecer calado; a ser decretada a prisão será facultado ao juiz determinar que o preso lhe seja apresentado, podendo ainda, “solicitar informações da autoridade policial ou submetê-lo a exame de corpo de delito”; em regra, como já mencionado, o prazo será de cinco dias podendo ser prorrogado por mais cinco em caso de extrema necessidade; sucedido o prazo legal, o preso será posto imediatamente em liberdade sob pena de responder por crime de abuso de autoridade; o preso temporário deverá ser colocado separado em relação aos demais detentos. (CAPEZ, 2006).

Nucci (2007, p.546) explica que: “terminado o prazo estipulado pelo juiz (com ou sem prorrogação), deve o indiciado ser imediatamente libertado, pela própria autoridade policial, independentemente da expedição do alvará de soltura pelo juiz”.

Verifica-se que a lei outorga autorização para que o indiciado seja posto em liberdade sem a expedição de alvará de soltura, para Nucci (2007) tal autorização é equivocada, vez que somente quem prende é que pode determinar a soltura, salvo se a própria lei contiver autorização. O autor explica que não é o caso da prisão temporária, pois a lei determina que decorrido o prazo de cinco dias de detenção o preso será posto em liberdade, ou seja, a liberdade deve ocorrer após o término do prazo e não no transcurso do mesmo.

2.5.3- Prisão Preventiva

Assim como a prisão temporária, a Prisão Preventiva também é uma espécie de prisão cautelar de natureza processual, podendo ser decretada pelo juiz durante o inquérito policial ou no transcurso da fase processual. Esta espécie de prisão ocorre antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, desde que presentes os requisitos legais que a autorize. (CAPEZ, 2006).

Trata-se medida que deve ser aplicada em casos excepcionais. Antes esta espécie de prisão era obrigatória em nosso direito pátrio, atualmente é uma medida facultativa, motivo pelo qual a imposição da mesma deve ser indispensável, de comprovada necessidade e em conformidade com os requisitos estabelecidos pela legislação. (MIRABETE, 2006).

De acordo com Noronha (2002), a prisão preventiva possui duas acepções, sendo uma lata e outra restrita. No sentido lato podemos dizer que se trata de prisão que ocorre antes do julgamento irreversível, ou seja, qualquer prisão que ocorra antes ou após a pronúncia, decreta em qualquer estado da causa, antes do trânsito em julgado. Já no sentido restrito pode-se dizer que é a presente no Código de Processo Penal, em que a decretação da liberdade somente pode ser decretada pelo juiz competente, durante o inquérito policial ou na fase de instrução criminal.

O artigo 311 do CPP determina: “em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial”.

Com referência ao artigo acima descrito, embora a prisão possa ser decretada em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, na prática isso raramente acontece, neste caso a medida mais cabível é a prisão temporária, pois esta espécie de prisão é indicada precisamente para os crimes que ainda estão na fase de investigação policial deixando a prisão preventiva como segunda opção. (NUCCI, 2007).

Nessa modalidade de prisão, ao contrário da prisão temporária, inexistente um prazo estipulado pela lei. Em regra, a prisão deve perdurar enquanto houver necessidade, não podendo contrariar eventual decisão absolutória. (NUCCI, 2007).

De acordo com Mirabete (2006, p.394), “a jurisprudência tem fixado o prazo de 81 dias para instrução criminal para o processo em caso de réu preso. Mas a decretação de nulidade do processo não implica revogar a prisão preventiva se permanecem os motivos para custódia”

Nucci (2007) defende a razoabilidade do tempo da Prisão Preventiva, sendo dispensável a fixação de um prazo para o término da instrução, salienta ainda, que o prazo não deve se estender em decorrência de culpa do juiz ou do órgão acusatório. Contaria ainda o prazo defendido por Mirabete, que tem como parâmetro o prazo de 81 dias, pois corresponde apenas a somatória dos prazos previstos no Código de Processo Penal.

A Prisão Preventiva só pode ser decretada quando houver prova de existência do crime e indícios suficientes de autoria, sendo estes os pressupostos para sua admissibilidade. (MIRABETE, 2006).

Nesta fase não se exige provas inequívocas, bastando apenas meros indícios que comprovem a verossimilhança do indivíduo ser o autor do ilícito penal. Nesta hipótese em caso de dúvida será decidido em favor da sociedade, “*in dubio pro societate*”, e não em favor do réu. A decisão será em favor do réu quando o juiz tiver que decidir em condená-lo ou absolve-lo. (CAPEZ, 2006).

Não é necessário que sejam indícios concludentes e unívocos, como se exige para condenação, não é preciso que gere certeza da autoria. Nesse tema, a suficiência dos indícios de autoria é verificação confirmada ao prudente arbítrio do magistrado, não exigindo regras gerais ou padrões específicos que a definam. (MIRABETE, 2006, p.390).

A prisão poderá ser decretada de ofício pelo juiz, que formará sua opinião de acordo com os elementos apontados nos autos, bem como ser requerida pelo Ministério Público ou querelante, e ainda, pela autoridade policial que demonstrará sua conveniência. Nesse sentido, verificamos a possibilidade da decretação antes da ação penal, hipótese que ocorrerá quando o Delegado de Polícia a solicitará. No entanto, nessa ocasião, ao contrário do que acontece normalmente, os autos deverão ser enviados a juízo sem devolução. Em caso de novas diligências serão feitas em autos suplementares. (NORONHA, 2002).

Em contrapartida, há entendimento que em caso de devolução dos autos do inquérito ao Ministério Público para realização de novas diligências não há justificativa para o deferimento da prisão preventiva, pois neste caso, estariam presentes também informações satisfatórias para o oferecimento da denúncia, devendo ser oferecida de imediato. Todavia, caso ocorra a prisão preventiva, não há no que se falar em constrangimento ilegal, desde que obedecido os prazos legais de conclusão do inquérito e oferecimento do requisitório público oficial. (MIRABETE, 2006).

Inexistem empecilhos quanto a decretação da prisão preventiva antes do término do inquérito policial. Há decisão que aprova a decretação da prisão preventiva mesmo inexistindo o inquérito policial, bastando para tanto, peças informativas que demonstrem a existência do crime e indícios suficientes da autoria juntamente com o requerimento do Ministério Público de decretação da medida. (MIRABETE, 2006).

O fato de o juiz ser competente para decretar a prisão de ofício demonstra a falta de imparcialidade presente no processo penal brasileiro, pois cabe a parte acusatória requerer que tal medida seja efetivada. (NUCCI, 2007).

Ante o fundamento do artigo 315 do CPP, o despacho que denegar a prisão preventiva deverá ser sempre fundamentado, sob pena de infringir o princípio das motivações das decisões. Por ser uma espécie de decisão judicial não basta que o juiz indique as mesmas razões apresentadas pelo Ministério Público. (CAPEZ, 2006).

Explica Mirabete (2006, p.392) a respeito da prisão preventiva:

Deve ela apoiar-se em fatos concretos que os embasem e não apenas em hipóteses ou conjecturas, ou gravidade do crime. Não se justifica apenas porque o acusado é mal pagador, ou desonesto, ou desempregado [...]. Também não se pode invocar a medida para garantir a incolumidade do acusado a pretexto da conveniência da instrução criminal, pois tal constitui desvio de finalidade.

Decretada a Prisão Preventiva, é defeso ao réu a interposição do habeas corpus. Logo, sendo negativa a decisão do magistrado, cabe ao Ministério Público, bem como ao querelante a interposição do recurso em sentido estrito. Não é permitida a interposição pelo assistente de acusação, pois além de não ter nenhum interesse na segregação do acusado, trata-se de parte ilegítima, vez que não é titular do direito de agir. (NUCCI, 2007).

No caso do deferimento advir do relator, na esfera dos Tribunais Superiores e dos Tribunais de Justiça, cabe agravo no prazo de cinco dias. (MIRABETE, 2006).

Neste sentido temos o disposto na Súmula 699 do STF: “O prazo para interposição de agravo, em processo penal, é de cinco dias, de acordo com a lei nº 8.038/90 se aplicando o disposto a respeito nas alterações da Lei nº 8.950/94 do Código de Processo Civil”.

Com a comprovação da existência do crime e havendo indícios suficientes de autoria, basta estar presente um dos fundamentos do artigo 312 do CPP, dos quais são: garantia da ordem pública; ordem econômica; por conveniência da instrução criminal; bem como para assegurar a aplicação da lei penal. (MIRABETE, 2006).

A garantia da ordem pública funda-se na necessidade de garantir a tranqüilidade na sociedade, tem o escopo de prevenir que o acusado solto continue a praticar condutas ilícitas, assegurando a credibilidade da justiça. (CAPEZ, 2006).

Nucci (2007) traça como regra a verificação da ocorrência conjunta de três fatores: “gravidade do crime + periculosidade social + periculosidade do agente.

Explica Mirabete (2006, p.391) que:

[...] para expressão garantia da **ordem pública**, a periculosidade do réu tem sido apontada como o fato preponderante para a custódia cautelar. Por isso, aberrante a interpretação do dispositivo que possibilita a prisão sob o argumento de proteger o agente de represálias da vítima ou da família desta. Mas o conceito de ordem pública não se limita só a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também a acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão.

O autor salienta ainda que a simples repercussão do delito não basta para a decretação da medida cautelar, sendo necessário observar outras conseqüências relevantes para a aplicação da medida cautelar.

Muitas vezes ocorrem estardalhaços causados pela imprensa pelo inusitado do crime, com isso é importante não confundir ordem pública com a banalização da mídia. (MIRABETE, 2006).

O perigo social decorre também do *periculum in mora*, pois devido a morosidade da justiça, o transito em julgado da sentença pode demorar muito, o que conseqüentemente possibilita ao réu cometer vários delitos. “Os maus antecedentes ou a reincidência são circunstâncias que evidenciam a provável prática de novos delitos, e, portanto, autorizam a decretação da prisão preventiva com base nessa hipótese”, explica Capez (2006).

O autor discorre ainda sobre a brutalidade do delito, pois diante de uma atrocidade, há sem duvidas alvoroço social, o que acarreta impressão de impunidade e ineficácia na atividade jurisdicional. “Havendo *fumus boni iuris*, não convém aguardar-se até trânsito em julgado para só então prender o indivíduo”.

Nem sempre o fato do acusado ter bons antecedentes e ser primário impede a decretação da prisão preventiva, pois em caso de cometimento de crime bárbaro e diante do abalo da opinião pública cabe a decretação da prisão preventiva. Por exemplo: “planejar meticulosamente e executar o assassinato dos pais”. (NUCCI, 2007, p.564)

Nucci (2007) explica que mesmo em caso de crimes hediondos e equiparados não é cabível a decretação automática da prisão preventiva, pois pode ser cometido por agente sem periculosidade e nem mesmo causar repercussão social.

Nem mesmo a prática de crime definido como hediondo justifica a prisão preventiva se não estão presentes os pressupostos previsto no artigo 312 do CPP. Mas sem dúvida, está ela justificada no caso de ser o acusado dotado de periculosidade, na perseverança da prática delituosa, quando se denuncia torpeza, perversão, malvadez, cupidez e insensibilidade moral. (MIRABETE, 2006, p.391).

Greco Filho (1999, p.274-275) discorre sabiamente a respeito da garantia da ordem pública, notemos:

A garantia da ordem pública tem sentido amplo. Significa a necessidade de se preservar bem jurídico essencial à convivência social, como, por exemplo, a proteção social contra réu perigoso que poderá voltar a delinquir, a proteção das testemunhas ameaçadas pelo acusado ou a proteção da vítima. Ordem pública não quer dizer interesse de muitas pessoas, mas interesse de segurança de bens juridicamente protegidos, ainda que de apenas um indivíduo. Não quer dizer, também, clamor público este pode ser revelador de uma repulsa social, indicativa de violação da ordem pública, mas pode, igualmente, significar vingança insufladora na massa ou revolta por interesses ilegítimos contrariados. Caberá o juiz distinguir as situações.

No que diz respeito à garantia da ordem econômica, trata-se de “espécie do gênero anterior”. Este requisito visa prevenir que o agente que comete crime de ordem financeira se abstenha de praticar novos delitos da mesma espécie. (NUCCI, 2007).

A respeito descreve Greco Filho (1999, p.275): “a garantia da ordem pública, em verdade, abrange a garantia da ordem econômica, a necessidade da instrução criminal e a segurança da aplicação da pena, porque estas são, também, interesses de ordem pública”.

Em conformidade com o que discorre Capez (2006, p.266), a Lei Antitruste (8.884/84) que, diante do exposto em seu artigo 86, inseriu no artigo 312 do CPP, esta hipótese de prisão preventiva. Trata-se de uma reprodução do requisito garantia da ordem pública. Vejamos:

Art. 86. O art. 312 do Código de Processo Penal passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 312 - A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria." (BRASIL, 2010).

O crime pode ser praticado contra instituições financeiras ou contra órgãos estatais. Um desfalque causado a uma instituição pode abalar a vida financeira de diversas famílias, o que não ocorre em um simples crime de furto “contra um indivíduo qualquer”. (NUCCI, 2007).

Nucci (2007) equipara a ofensa à ordem econômica com os criminosos de colarinho branco, bem como aos demais criminosos comuns. E defende a idéia de que é inaceitável manter em liberdade um individuo que em detrimento de outrem realize suas satisfações, pois seria um grande abalo à confiabilidade da Justiça. Enfatiza ainda que, se a sociedade teme o assaltante ou o esturador, do mesmo modo tem apresentado temor em relação aos criminosos do colarinho branco.

Assim, mostra-se evidente a repulsa da sociedade em relação aos crimes contra a ordem econômico-financeira.

No que tange a conveniência da instrução criminal a finalidade é de impedir que o acusado impeça o bom andamento das investigações, impedindo a produção de provas, coagindo testemunhas, apagando vestígios do fato criminoso, e ainda, destruindo provas documentais, pois se em liberdade o acusado praticasse todas essas condutas acima, a investigação criminal, indubitavelmente, tornar-se-ia infrutífera. (CAPEZ, 2006).

Nesta situação fica evidente o perigo da demora, pois todos os atos praticados pela autoridade seriam em vão, frustrando qualquer tentativa em busca da “verdade real”. (CAPEZ, 2006).

Para Nucci (2007), a conveniência da instrução advém do princípio do devido processo legal, no que diz respeito ao aspecto procedimental. A eficácia na instrução criminal não é apenas interesse da parte autora, mas também do réu. Assim, havendo interferência por parte do réu na instrução criminal, a prisão preventiva se torna a medida mais cabível.

Dispõe ainda que, algumas atitudes consideradas inadmissíveis, quais são: “ameaça a testemunha; a investida contra provas buscando parecer com evidencias; ameaças dirigidas ao órgão acusatório, à vítima ou ao juiz do feito; dentre outras”. (NUCCI, 2007, p. 565).

Podemos diferenciar conveniência de necessidade da seguinte maneira: a decisão, não pode ser tomada por motivo de conveniência, mas em caso de necessidade ou, como colocado no caso da prisão temporária, de ser imprescindível à instrução criminal. (GRECO FILHO, 1999).

O autor insiste dizendo que “conveniência e comodidade” não são motivos suficientes para a decretação da prisão e nos dá como exemplo a hipótese em que decretassem a prisão do réu pelo simples fato dele residir em outra comarca. Hipótese visivelmente incabível.

Quando a prisão é utilizada para assegurar a aplicação da lei penal tem como fundamento assegurar a aplicação do direito, em caso de condenação. Garantindo ao Estado seu direito punitivo, fazendo valer todo trabalho jurisdicional que, infelizmente, perdura por anos. (NUCCI, 2007).

Tem por finalidade garantir que o réu não desapareça tentando se eximir da condenação, ou até mesmo retardar o andamento do processo, frustrando a aplicação e eficácia da lei penal. (MIRABETE, 2006).

A inaplicabilidade da pena, ou seja, a impunidade ofende o poder soberano do Estado, constringendo a ordem pública. Entretanto, vale salientar que é inadmissível a decretação da prisão preventiva como medida assecuratória da pena de multa. (GRECO FILHO, 1999).

Presente qualquer das circunstancias acima expostas (art. 312), dispõe o artigo 313 do CPP as condições de admissibilidade:

[...] será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos:

I- punidos com reclusão;

II- punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la;

III- se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado [...];

IV- se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

A Lei Maria da Penha com a finalidade de reduzir a violência doméstica acrescentou ao artigo acima o inciso IV como mais uma hipótese de aplicação da prisão preventiva. Desta feita, havendo indícios suficientes de autoria e materialidade do crime, como garantia das medidas protetivas de urgência é defeso a aplicação da prisão preventiva. (TOURINHO FILHO, 2009).

As medidas de urgência mencionadas acima são as elencadas no artigo 22 da citada lei:

- I- suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente [...];
- II- afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;
- III- proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando um limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;
- IV- restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;
- V- prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

O comparecimento espontâneo no caso da prisão preventiva não impede a sua decretação como ocorre no caso da prisão em flagrante. (CAPEZ, 2006).

Salienta-se que a prisão preventiva é instituto incompatível com qualquer espécie de liberdade provisória, pois presentes os pressupostos que a viabilizam, bem como os fundamentos legais não se pode outorgar a liberdade provisória. Mas, embora seja incompatível, há decisão que concedeu-a, levando-se em consideração as circunstâncias fáticas da ocasião. (MIRABETE, 2006).

2.5.4- Prisão Decorrente de Pronúncia

Para discorrer sobre a prisão decorrente de pronúncia é necessário explicar, ainda que sucintamente, sua “origem”.

Esta modalidade de prisão está presente no instituto do Tribunal de Júri que, em conformidade com os ensinamentos de Nucci (2009), possui três fases (procedimentos): a fase da formação de culpa; a fase de preparação do processo em plenário e; a fase do juízo de mérito.

Na fase de formação de culpa existem quatro decisões que podem ser acolhidas pelo magistrado para sua conclusão. Temos a decisão de pronúncia, decisão de impronúncia, decisão de desclassificação e a decisão de absolver o réu sumariamente. (NUCCI, 2009).

A decisão de pronúncia é a que remete o réu para julgamento do Tribunal do Júri. Ocorre quando presentes prova do crime e indícios suficientes de autoria ou participação. Em consonância com o artigo 413, §1º do CPP, deverá o juiz fundamentar a pronúncia limitando-se a identificar a materialidade do fato e dos indícios da autoria, bem como demonstrar a

legislação pertinente em que julga incurso o réu, e ainda, indicar as qualificadoras e causas de aumento de pena prevista em lei. (OLIVEIRA, 2009).

Convencendo-se da existência do crime e havendo indícios de que o réu seja o autor do crime, o juiz pronunciará o réu. (GRECO FILHO, 1999).

Quanto à intimação, havendo decisão de pronúncia, segue-se o disposto no artigo 420 do CPP que dispõe: A intimação da decisão de pronúncia será feita: I– pessoalmente ao acusado, ao defensor nomeado e ao Ministério Público; II– ao defensor constituído, ao querelante e ao assistente do Ministério Público, na forma do disposto no § 1º do art. 370 [...].

O § 1º do artigo 370 dispõe: “A intimação de defensor constituído, do advogado do querelante e do assistente far-se-á por publicação no órgão incumbido da publicidade dos atos judiciais da comarca, incluindo, sob pena de nulidade, o nome do acusado”.

Para Greco Filho (1999), embora o código refira-se à pronúncia como uma espécie de sentença, tal instituto não deve ser interpretado dessa maneira, pois se trata de simples decisão, uma vez que não julga o mérito.

Havendo a decisão pela pronúncia do réu, cabe ao juiz decidir sobre o réu aguardar em liberdade o julgamento (413, §3º). (NUCCI, 2009).

Antes, para a concessão da liberdade provisória, era analisada, exclusivamente, a primariedade e a boa antecedência do réu. Atualmente, além dos requisitos mencionados, é necessário estar presentes as diretrizes traçadas pelo artigo 312 do CPP, ou seja, os mesmos requisitos para a decretação da prisão preventiva. (NUCCI, 2009).

[...] aquele que estiver preso, uma vez pronunciado, poderá continuar detido, se o magistrado entender imprescindível para garantir a ordem pública, por exemplo. O réu que estiver solto, uma vez pronunciado, somente será detido, caso o juiz entenda necessário para assegurar a aplicação da lei penal (ilustrando o acusado que foge). (NUCCI, 2009, p.168)

Em caso de crimes, mesmo graves, cuja pena seja pequena não é viável a decretação da prisão, pois pode ocorrer que o acusado cumpra a pena antes mesmo do julgamento, sem mesmo ter sido condenado definitivamente, levando-se em consideração o efeito da detração (art. 42, CP) que se computa na pena o tempo da prisão provisória.

2.5.5- Prisão Decorrente de Sentença Penal Condenatória Recorrível

A prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível ocorre durante o prazo para apreciação do recurso contra a decisão definitiva que julga a favor da condenação do réu. Nesta hipótese de prisão, a discussão é em relação a concessão ou não da liberdade provisória durante este prazo.

Assim, como a prisão decorrente de pronúncia não se usa mais como parâmetro exclusivo, a primariedade e boa antecedência do réu, sendo imprescindível observar a presença dos requisitos que autorizam a prisão preventiva (312 do CPP). (NUCCI, 2009, 262).

Se os fatores determinantes da prisão preventiva tornam-se visíveis, deve o magistrado decretar a custódia cautelar do acusado, pois, se o condenou, é natural que haja prova da materialidade e indícios mais que suficientes da autoria. Assim, para garantir a ordem pública ou econômica, ou para assegurar a aplicação da lei penal, pode-se segregar cautelarmente o réu. (NUCCI, 2009, p.169).

Não só nesta espécie de prisão provisória, mas em todas as outras existentes, deve a autoridade competente ser prudente, agindo sempre em conformidade com a lei e em conformidade com o bom senso que um profissional com tal investidura deve ter.

CAPÍTULO 3- DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO PROVISÓRIA.

O presente capítulo tem a finalidade de discutir a constitucionalidade da prisão cautelar em face do princípio da presunção da inocência, apontado a opinião sobre o assunto de alguns doutrinadores, uma vez que a Magna Carta garante a todos o direito de ser considerado inocente até sentença penal condenatória e reconhece como regra a liberdade de todos sem qualquer distinção.

Anota-se que, são espécies de prisão provisória: a prisão em flagrante, a prisão preventiva, a prisão resultante de pronúncia, a prisão resultante de sentença penal condenatória recorrível e a prisão temporária. Vejamos o conceito de prisão provisória na acepção de Moreira (1996, p.63)

[...] é aquela medida restritiva da liberdade determinada pelo Juiz, em qualquer fase do inquérito ou da instrução criminal, seja como medida de segurança de natureza processual, seja para garantir eventual execução da pena, seja para preservar a ordem pública, seja por conveniência da instrução criminal.

Mirabete (2006, p. 389) em sua obra menciona as críticas auferidas ao instituto da prisão provisória, mas defende a idéia de ser um mal necessário, uma vez que sua finalidade é o bem comum, garantindo a ordem pública, preservando a instrução criminal e assegurando a aplicação da pena. Contudo, enfatiza que por se tratar de um “mal necessário”, trata-se de exceção, medida que só deve ser aplicada em casos extremos. Vejamos as palavras do autor:

Embora se façam críticas ao instituto da prisão preventiva, já que suprime a liberdade do indivíduo antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, causando ao eventualmente inocente a desmoralização e a depressão aos seus sentimentos de dignidade, é ele previsto tradicionalmente em nossa ordem jurídica como em todos os países civilizados. Considerada um mal necessário, uma fatal necessidade, uma dolorosa necessidade social perante a qual todos devem se inclinar, justifica-se a prisão preventiva por ter como objetivo a garantia da ordem pública, a preservação da instrução criminal e a fiel execução da pena. Mas como ato de coação processual e, portanto, em casos especiais onde a segregação preventiva, embora um mal, seja indispensável.

No entendimento de Nucci (2007, p.573), para analisar a constitucionalidade da prisão provisória é necessário verificar o motivo pelo qual o indiciado está sendo preso, para

ele só seria plausível apelar para o princípio da presunção de inocência em caso que não fossem observados nenhum requisito objetivo ou subjetivo previsto em lei. Para o autor a idéia central da prisão provisória é garantir segurança à sociedade em caso de acusado perigoso. Nas palavras do autor:

Depende, em nosso entendimento, do ângulo utilizado para essa análise. Fosse a prisão decretada simplesmente porque o réu foi condenado, sem qualquer requisito objetivo e subjetivo, expresso em lei, seria realmente inconstitucional, atentando contra o estado de inocência. Porém, a idéia central, nessa questão, concentra-se no fato de ser o acusado uma ameaça à sociedade, colocando em risco a ordem pública, quando for condenado por delito doloso, sujeito à pena privativa de liberdade, a ser cumprida no regime fechado ou semi-aberto, sendo reincidente ou possuidor de maus antecedentes.

Para Capez (2006, p.263-264), ante a previsão da prisão provisória na Constituição Federal não há porquê se falar em afronta ao princípio da presunção da inocência. No entanto, defende a mesma posição que os autores supracitados, que só é defeso a decretação da prisão em caso de necessidade, caso em que seja indispensável para o cumprimento da tutela jurisdicional. Ressalta ainda que, para ser legal a prisão provisória, é necessário estar presente os requisitos gerais da tutela cautelar, que são o *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, pois não estando presentes tais requisitos, a prisão se torna desnecessária para o processo e desta forma acarretaria a ofensa ao princípio da presunção da inocência. Discorre o autor:

[...] a prisão provisória somente se justifica, e se acomoda dentro do ordenamento pátrio, quando decretada com base no poder geral de cautela do juiz, ou seja, desde que necessária para uma eficiente prestação jurisdicional. Sem preencher os requisitos gerais da tutela cautelar (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), sem necessidade para o processo, sem caráter instrumental, a prisão provisória [...] não seria nada mais do que a execução da pena privativa de liberdade antes da condenação transitada em julgado, e, isto sim, violaria o princípio da presunção da inocência.

O autor ainda conclui que a decretação da prisão com a ausência dos requisitos de admissibilidade caracterizaria o cumprimento da pena de forma antecipada, pois haveria a decretação da prisão antes do trânsito em julgado, pois a pena de prisão durante o inquérito, bem como no transcurso da ação penal é apenas uma possibilidade que só ocorreria em caso de culpa comprovada. (CAPEZ, 2006).

Para esses autores uma forma de garantir a liberdade do acusado preso injustamente é utilizar os remédios constitucionais como a liberdade provisória, o *habeas corpus* e o pedido de relaxamento da prisão, entre outros, nos casos previstos em lei.

A respeito do assunto descreve Mirabete (2006, p.408):

Sabido que é um mal a prisão do acusado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, o direito objetivo tem procurado estabelecer institutos e medidas que assegurem o desenvolvimento regular do processo com a presença do imputado sem o sacrifício da custódia, que só deve ocorrer em casos de absoluta necessidade. Tenta-se assim conciliar os interesses sociais, que exigem a aplicação e a execução da pena ao autor do crime, e os do acusado, de não ser preso senão quando considerado culpado por sentença condenatória transitada em julgado. A origem desses sucedâneos, substitutivos da prisão provisória, remontam na Grécia e na Roma e são frequentemente encontrados na legislação colonial pátria.

Dr. Muniz (2006) possui o mesmo entendimento, defendendo a idéia de que não há qualquer espécie de ilegalidade na prisão cautelar, pois para ele a presunção da inocência é relativa, uma vez que esta é de interesse individual, enquanto a prisão provisória é de interesse coletivo, visto este se sobrepõe em relação àquele:

[...] o instituto da presunção de inocência é relativo, relativo porque é direito individual. Assim quando há a necessidade da segregação cautelar, em outras palavras da prisão preventiva, prevalece o disposto nos artigos 312/313 do Código de Processo Penal que visa a garantia da coletividade, ou como dito - da ordem pública. O direito público, da coletividade, se sobrepõe ao direito individual.

Entretanto, o autor admite que a prisão somente deva ser decretada em casos extremos, quando há iminência de risco à sociedade, diante disso que surge a aceitação em relação ao instituto. Discorre ainda, sobre as possibilidades de cessação da restrição da liberdade:

Evidentemente que a prisão cautelar deve - e na maioria dos casos é - reservada para os casos de extrema gravidade em que a liberdade individual venha a colocar em risco toda a coletividade, daí a tolerância de nosso sistema jurídico repressivo que prevê, dentre outras coisas, a liberdade provisória - art. 310, par. único do C.P.P; a fiança arts.323 e seguintes; o regime aberto, art. 33 do C.P., a suspensão condicional da pena, art 77, as penas substitutivas, art 43 e seguintes; a lei 9.099/95 nos casos cabíveis, etc.

Salienta que havendo cabimento das hipóteses acima citadas deve o juiz decidir por acolhê-las. E assim, conclui:

Quando presentes os requisitos que permitem ao acusado, hipoteticamente, cumprir eventual pena nas condições retro o juiz certamente defere a liberdade provisória. Quando não presentes decreta a preventiva como forma de proteger a sociedade.

No tocante à liberdade provisória, prevista na Constituição Federal no art. 5º, LXVI que determina: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”, descreve Nucci (2007) que é nítido que a prisão é exceção em que a liberdade é regra, tendo em vista a o direito constitucional da presunção da inocência.

Capez (2006, p.271) conceitua a liberdade provisória como: “instituto processual que garante ao acusado o direito de aguardar em liberdade o transcorrer do processo até o trânsito em julgado, vinculado ou não a certas obrigações, podendo ser revogado a qualquer tempo, diante do descumprimento das condições impostas”.

No caso do *habeas corpus* prevê o art. 5º, LXVIII da Magna Carta: “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

E, no que tange o relaxamento da prisão determina o mesmo artigo em seu inciso LXV: “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”. Esta hipótese somente é cabível no caso da prisão em flagrante.

Os Tribunais seguem esta mesma linha de raciocínio, as decisões são estabelecidas praticamente em um entendimento unânime de que não existe afronta ao princípio da presunção da inocência em relação a prisão provisória, vejam as seguintes ementas:

PENAL. PROCESSUAL. CONDENAÇÃO NÃO TRANSITADA EM JULGADO. EXECUÇÃO. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA. "HABEAS CORPUS". RECURSO. 1. Não fere o princípio da presunção da inocência a determinação de que o sentenciado se recolha à prisão para aguardar o julgamento de recursos que, em regra, são desprovidos de efeito suspensivo. 2. Recurso não provido. (HC 10313-SP – 5ª Turma. Rel. Min. Edson Vidigal. J. 09/11/99. DJ. 13/12/99).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. RECOLHIMENTO DO RÉU A PRISÃO PARA RECORRER. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. COMPATIBILIDADE. 1) O recolhimento à prisão como condição para

recorrer da sentença penal condenatória é compatível com o princípio da presunção de inocência, a teor da Súmula n.º 09 do STJ. 2) Inadmissível o recurso em liberdade se existirem razões que ensejam a segregação cautelar, mesmo sendo o paciente primário e de bons antecedentes. 3) Ordem denegada (HC 2.130/2008 – AP – Secção Única. Rel. Desembargador Carmo Antonio. J. 08/05/2008. DJ. 02/05/2008).

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE ROUBO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO PROFERIDA EM SEDE DE APELAÇÃO CRIMINAL PELO TRIBUNAL A QUO. RECOLHIMENTO À PRISÃO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA PRESUMIDO. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. 1. A necessidade do recolhimento do apenado ao cárcere, decorrente de sua condenação pela instância ordinária, em sede de recurso de apelação, é providência compatível com o sistema processual vigente e não ofende o princípio insculpido no art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal. 2. Os recursos de natureza extraordinária, se interpostos e admitidos, a teor da Lei n.º 8.038/1990, não possuem efeito suspensivo capaz de impedir o regular curso da execução da decisão condenatória. 3. Precedentes do STJ e do STF. 4. Ordem denegada. (HC 42.008-SP – 5ª Turma. Rel. Min. Laurita Vaz. J. 21/06/2005. DJ. 01/08/2005).

A Súmula 9 do STJ que refere a segunda ementa acima determina que: “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”.

Em sentido contrário à linha de raciocínio dos autores acima transcritos e às decisões dos tribunais, encontra-se Tourinho Filho (2006, p.443), o autor entende que somente com o fim do processo, depois de comprovada a culpa do acusado, poderá restringi-lo à liberdade. Faz ainda uma crítica ao instituto da prisão, pois não reconhece que a prisão é uma forma de ressocializar o réu, tendo em vista a precariedade do sistema carcerário. Para o autor o instituto da prisão, em geral, não apenas no tocante à prisão cautelar, é apenas uma forma de “retribuir o mal praticado”, nota-se:

Somente a sentença que põe fim ao processo é fonte legítima para restringir a liberdade pessoal a título de pena. Uma vez apurada a responsabilidade do réu, dentro das regras do devido processo legal, como exige e proclama a Magna Carta, seu encarceramento deve ser decretado como retribuição ao mal cometido. No nosso ordenamento o encarceramento do acusado não visa a sua recuperação. A doutrina a ela se refere, mas, na verdade, trata-se de puro eufemismo. Sua função é retribuir o mal praticado. Do contrário, numa cela que comporta dez ou doze presos, não ficariam sessenta ou setenta, levando vida subumana...

O autor explica que em nosso ordenamento há a hipótese do acusado ser encarcerado antes mesmo do trânsito em julgado da sentença (é o que ocorre nas hipóteses das prisões

provisórias) e demonstra repúdio a tal providência, refere-se ao procedimento como medida “odiosa”, demonstra ainda o perigo que a prisão cautelar pode causar em caso do acusado ou réu ser declarado inocente.

Trata-se de providência odiosa, pois todos sabemos o perigo que representa a prisão do cidadão antes de ter sido reconhecido definitivamente culpado. E se vier a ser absolvido? Se o for, por certo o Estado, titular do direito de punir, não tinha a pretensão punitiva, e, se não havia pretensão, a que título ficou ele preso?(2006, p.443).

Para Delmanto (2001, p.179), a prisão cautelar caracteriza dupla presunção de culpabilidade, vez que se funda imputação da culpa ao acusado em relação ao crime ocorrido (caso contrário não haveria motivo para prisão), bem como na probabilidade deste em liberdade praticar novas infrações, presumindo a possibilidade de ocorrer futuramente novos crimes, o que estupidamente é inconstitucional, pois não é admissível a presunção futura da prática de um delito:

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

Na França e em Portugal a legislação permite a indenização por privação ilegal ou injustificada. Já nosso ordenamento prevê indenização somente aos casos de erro judiciário não sendo possível invocar tal preceito aos que ficaram presos antes do trânsito em julgado injustamente. Art. 5º, LXXV - “O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”. (TOURINHO FILHO, 2006)

Nota-se a indignação do autor no trecho a seguir, devido à situação precária que se encontra o sistema carcerário em nosso país. Questiona a impossibilidade/dificuldade dos presos provisórios serem postos em celas separadas, devido a falta de recursos materiais:

Embora o art. 300 do CPP diga que, “sempre que possível, as pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas”, na prática dificilmente se observa tal preceito, por absoluta materialidade material. E, assim, pessoas não reconhecidamente culpadas ficam em irritante promiscuidade com réus já condenados e cujos antecedentes espelham uma velha e reiterada atuação nas esferas do vício e do crime. (2006, p.444)

O autor ainda se manifesta em relação ao *habeas corpus*, pois em se tratando de prisão cautelar acaba sendo instituto ineficaz certas modalidades da prisão provisória, como por exemplo a prisão temporária em que o prazo é de cinco dias podendo ser prorrogado por igual período, menciona ainda a impossibilidade de apreciar provas, verifica-se:

[...] a medida é tão estúpida, que, se realmente não houver necessidade para sua decretação, nem haverá tempo para jugulá-la mercê de um *habeas corpus*: primeiro porque em face da exigüidade do tempo e, em segundo lugar, porque em sede de *habeas corpus*, normalmente, não se faz um exame analítico das provas... (2001, p.469)

Observa-se que, quase que de forma unânime, os países têm em seu ordenamento jurídico a previsão da prisão provisória, cada qual com seu procedimento e intensidade com o fundamento de que se trata de “mal necessário”. “*Mal*, porque põe em perigo o *jus libertatis* do cidadão, que a Lei Maior protege e preserva. *Necessário*, porque sem ela, muitas vezes, não se assegurariam a regular colheita do material probatório para um julgamento justo e o império efetivo da lei penal”. (TOURINHO FILHO, 2006, p.444).

A Declaração dos Direitos Humanos determina que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma a sua inocência, enquanto não se prove sua culpabilidade, conforme a lei, em julgamento público, e em que se lhe hajam assegurado todas as garantias necessárias para a sua defesa”. Tourinho Filho (2006, p.444) lembra que tal Declaração também foi assinada por nosso país.

De acordo com Tourinho Filho (2006, 445-446), o princípio da presunção da inocência se origina no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (26-08-1789) que dispõe: “Todo homem é presumido inocente até que seja declarado culpado”, por este dispositivo legal fica evidente que não é admissível que seja antecipada a pena. Óbvio que em caso de necessidade, sendo indispensável sua decretação para o bom andamento do processo será legal sua decretação. Não havendo justificativa, a antecipação da pena é eminentemente inconstitucional, por manifesta lesão àquele princípio.

Necessária será ela se o indiciado estiver praticando atos que demonstrem o desejo de se subtrair a eventual aplicação de pena, se estiver perturbando a instrução probatória. Temos dúvida se ela é necessária para garantir a ordem pública ou econômica, por faltar, aí, a cautelaridade. (TOURINHO FILHO, 2006, p.446).

Normalmente declara-se a prisão para preservar a ordem pública devido o escândalo instigado pela mídia, pois a expressão “ordem pública” é muito subjetiva para prová-la. A respeito do assunto discorre Tourinho Filho (2006, p.447):

[...] só se declara prisão preventiva para preservar a ordem pública quando a imprensa falada, escrita ou televisada faz estardalhaço... Infelizmente é assim. A ordem pública é fruto da mídia. Onde, pois, a cautelaridade? Se a prisão cautelar é instrumento de realização do processo e para garantir a eficácia da decisão, não faz sentido decretar a prisão de alguém para a garantia da ordem pública, tanto mais quanto a expressão “ordem pública” é de uma vagueza a toda prova.

Em relação ao “clamor público” Sanguiné (2001, p.259) discorre da seguinte maneira: “[...] Clamor público não significa o simples vozerio, os gritos de várias pessoas juntas apontando alguém como culpado, nem se confunde com o conceito mais amplo de ordem pública”. Clamor público seria a indignação da população em detrimento da ocorrência de um crime.

Tourinho Filho (1999, p. 529) possui o mesmo entendimento: “Não confundir “clamor público” com a histeria e raiva desacompanhada de certas autoridades que, para se tornar o centro de atenções, dão a determinados fatos comuns (e que ocorrem em todas as comarcas) uma estrondosa e ecoante divulgação [...]”. Neste caso também há a contribuição de forma considerável da mídia, pois com a divulgação, muitas vezes escandalosa e oportunista, contendo fatos relevantes, que causam indignação na população que aumentam ibopes e vendem jornais e revistas...

No tocante ao clamor público, Sanguiné (1999, p.285) discorre sobre a inconstitucionalidade da prisão provisória reconhecida em outros países, averiguamos a respeito do assunto no trecho a seguir:

É importante mencionar que a jurisprudência constitucional comparada declarou inconstitucional o critério do alarma social como fundamento da prisão preventiva. O Tribunal Constitucional alemão considerou que “a consideração da emoção suscitada na opinião pública não poderia justificar a prisão preventiva”. Por sua vez, o Tribunal Constitucional espanhol, a partir da STC 128/1995, elimina qualquer referência aos critérios legais de “alarma social” e da “perigosidade”, virtual e explicitamente expulsos do seu discurso. O Tribunal Constitucional espanhol deu mais um passo e declarou, enfim, de maneira indubitável, a inconstitucionalidade do alarma social produzido pela infração cometida.

Em consonância com esta linha de raciocínio encontramos Machado (2005, p. 112) que dispõe a respeito da ordem pública, defendendo a idéia de que é necessário analisar também “os componentes ideológicos” para caracterização da ordem pública:

Deve-se levar em conta ainda os componentes ideológicos que permeiam a noção de ordem pública, pois uma visão maniqueísta da realidade social tende a identificar a idéia de ordem com a região do bem e da moralidade, onde estão as pessoas que gozam de alguns direitos básicos como a dignidade, o trabalho, o lazer, a escola, a saúde, a moradia etc.

Para Tourinho Filho (1997), a prisão provisória se trata de execução de natureza pessoal, uma maneira de “assegurar o império da lei penal”.

Em conformidade com o autor, pode-se dizer que às vezes a providência cautelar tem caráter jurisdicional contencioso; outras vezes, de simples jurisdição sem demanda. Assim exemplifica o autor que, quando há o requerimento da prisão preventiva (espécie de prisão provisória), a investigação se encontra em face de uma ação cautelar que será apreciada pelo juiz, mas quando este a decreta *ex officio* ocorre a jurisdição sem ação.

Outro fato que é abordado é a possibilidade da prisão ser decretada administrativamente pela autoridade policial, o autor explica que com a lavratura do auto de prisão em flagrante a autoridade policial exerce função tipicamente judiciária, ou seja, função que é atribuída ao juiz de direito. Porém, neste caso, caberá ao juiz o exame *in continenti* da solução dada à lide cautelar.

Tourinho Filho (1997) aborda o fato de a liberdade ser um direito natural do homem, direito este assegurado pela nossa Constituição.

Os direitos fundamentais assegurados pela Magna Carta têm a função de delimitar as funções dos órgãos estatais, impedindo que o mau uso do Poder Público cause lesão aos direitos fundamentais do homem. (TOURINHO FILHO, 1997).

Natural que o Estado imponha limitações à conduta do ser humano, no entanto, este limite que deriva do poder estatal deve ser medido, principalmente quando diz respeito a liberdade individual dos cidadãos.

Conclui-se, pois, que o Poder Público existe, precipuamente, para manter a ordem e assegurar o direito de todos. Por outro lado, o ordenamento jurídico proíbe determinadas condutas, cominando, como sanção, a privação da liberdade. Determinadas condutas anti-sociais não poderiam ser punidas com outra sanção se não aquela. Assim, na defesa da ordem, que o Estado deve preservar, natural tenha o Poder Público o dever de impor limitações mais ou

menos intensas à liberdade individual, conquanto o faça dentro nos limites do tolerável. (TOURINHO FILHO, 1997, p.383)

Ter liberdade não é fazer tudo que se tem vontade, a liberdade se limita até o quanto a lei não proíbe. Sem os limites da lei, a liberdade descomedida conduziria ao tumulto, à anarquia, ao caos. Por estes motivos e outros mais a CF em caso de descumprimento das normas legais, permite a restrição da liberdade, tal restrição é aceitável desde que seja feita com meios moderados, de forma racional, em hipóteses em que seja indispensável, em casos de extrema necessidade, de forma “cercada de reais garantias para que se evitem extralimitações do Poder Público”. (TOURINHO FILHO, 1997)

CONCLUSÃO

Conclusa a presente pesquisa científica, após o processamento de dados e informações, assim, diante de toda análise, conclui-se que mesmo presente todos os requisitos previstos em lei que legitimam a prisão provisória, salvo prisão em flagrante, esta não deve ser encarada como um “mal necessário”, pois acima da “ordem pública”, bem como de qualquer interesse estatal, está a dignidade da pessoa humana.

O próprio Código de Processo Penal determina que “sempre que possível” o preso provisório será colocado em cela separada. Sempre que possível? E a integridade física e psíquicas dele?

Convém concordar que abominável é a idéia de ter um inocente dividindo cela com criminosos perigosos, correndo risco de vida constantemente, sem falar no constrangimento em ser preso por um crime que não cometeu, e ainda, toda a humilhação suportada pelo cidadão, ressaltando-se o dano moral, o olhar da sociedade julgando, todo o constrangimento que uma pessoa inocente sente ao ser presa. Impossível amenizar posteriormente a vergonha e a dor que esta pessoa e seus familiares são expostos, não há dinheiro nenhum no mundo que pague. Isso se houvesse previsão legal para indenização no caso da prisão cautelar, mesmo que houvesse é de conhecimento de todos, até mesmo dos leigos a morosidade da justiça em nosso país.

O que será que aconteceria com um preso indiciado pelo crime de estupro de vulnerável, ou uma mulher sendo acusada por infanticídio?

Importante ressaltar que em nosso ordenamento jurídico, temos como regra a liberdade, visto que temos como garantia a presunção da inocência até que se prove o contrário, garantia esta que se encontra em meio às cláusulas pétreas prevista dentre os Direitos Humanos.

Pode-se dizer que a Prisão Provisória é um mecanismo estatal, que se utiliza da “ordem pública”, do suposto “interesse coletivo” para utilizar o meio mais “hábil” para demonstrar serviços e comprovar para sociedade que está fazendo justiça.

Em relação à “ordem pública”, esta é tão difícil de conceituar, como a “dignidade da pessoa humana”, normas abertas, que a Constituição assegura, mas deixa a mercê do homem a constatação no caso concreto. Trata-se de elemento estritamente abstrato não sendo condição aceitável para decretar a privação da liberdade de alguém. Mesmo porque a imprensa “ajuda muito” demonstrar o “interesse da sociedade”. Ademais é atribuir duplicidade de culpa ao

indiciado, pois o prende por apontá-lo como autor do crime, e ainda, por acreditar que em liberdade possa cometer outros crimes.

No entanto, existem várias decisões a respeito de prisões preventivas, que denega o pedido de habeas corpus e fundam-se no quesito ordem pública e nada mais.

Como confirma o acórdão do Superior Tribunal de Justiça (anexo-A) não bastam conclusões genéricas e abstratas baseadas em suposições.

No tocante a materialidade do crime não há o que discutir, pois se não há materialidade não há crime.

Outro fato relevante é o elemento “indícios suficientes de autoria”. O que seriam indícios suficientes? Como determinar o que é suficiente ou não? Como julgar a conveniência de prender uma pessoa sem provas concretas?

A privação da liberdade de um inocente, posto que assim deva ser considerado até sentença penal condenatória transitada em julgado, só traz malefícios ao indivíduo. Uma vez que com a restrição de sua liberdade sem indícios realmente fortes da autoria, tendo em vista que a lei determina que bastem indícios suficientes da autoria, o acusado, como já dito, tem sua dignidade e de sua família ferida. Claro que seria impossível escrever um rol taxativo, mas a expressão é absolutamente vaga.

Ademais, prender um cidadão por conveniência da instrução criminal, assim como no requisito “ordem pública”, é atribuir ao indivíduo dupla culpabilidade, vez que prende por suspeitar ser o autor do crime, e ainda, por acreditar que em liberdade possa, além de cometer outros delitos, atrapalhar a investigação criminal.

Suprimir a liberdade para garantir a aplicação da lei penal é medida inaceitável, pois se ao final o preso for absolvido a finalidade da Prisão Provisória perde o sentido. E como fica a situação desse cidadão depois?

Com isso é necessário refletir se os requisitos, um tanto vagos que autorizam a decretação da prisão cautelar são suficientes para decretar a privação da liberdade de alguém. Tendo em vista todo sofrimento que a medida provoca, constata-se que os requisitos são insuficientes para a decretação da mesma.

Seria lícita a Prisão Provisória? Em relação à licitude, seria um tanto ousado dizer que se trata de medida ilícita, mas talvez fosse mais bem aceita se os requisitos para sua decretação fossem mais específicos, mais concretos, bem como que houvesse um sistema de alojamento para preso provisório adequado, ou seja, se as condições que o preso provisório é

submetido fossem outras, pois colocá-lo em cela com vários condenados perigosos é medida equivocada, ou melhor, perigosa, como já dita.

Tendo em vista que o Estado não tem um mecanismo para assegurar os direitos dos presos provisórios, enquanto não comprovada sua inocência, aquele deveria pelo menos garantir condições mais humanas para estes. Assim, ilícita é a possibilidade da inclusão do preso provisório junto com os presos condenados, isso sem mencionar a situação miserável que apresentam a maioria dos presídios do país.

As pessoas tendem a dizer: “depende do caso concreto”; “cada caso é um caso”! Sabemos que não é bem assim que funciona nosso direito, se assim fosse não existiriam súmulas vinculantes. Ademais, é importante cogitar se toda autoridade policial age com imparcialidade e boa fé na apreensão do acusado.

Imaginem um caso em que um indivíduo que no passado foi condenado por homicídio, cumpriu a pena e por felicidade do Estado, aquele foi devidamente ressocializado. Assim, ao sair da prisão começou a trabalhar, fixou residência, casou-se, teve filhos, enfim, possuía uma vida digna em conformidade com a lei. Entretanto, um dia, em uma festa, atiram em uma pessoa que estava próxima a ele e acabou respingando sangue em sua roupa devido o impacto do tiro e da proximidade que estava da pessoa. Com medo da situação, bem como da possibilidade de ser considerado culpado tendo em vista seus antecedentes, esse indivíduo sai correndo, ofegante e cheio de sangue, e ainda, por infelicidade o fato ocorreu em um local escuro sem qualquer testemunha que comprovasse que não fora ele o autor de delito. Nessa ocasião a polícia chega!

Quem seria o primeiro suspeito? Qual a primeira medida a ser tomada? Prisão cautelar é claro! Presente a materialidade do crime, bem como indícios da autoria (saiu da cena do crime correndo, é encontrado ofegante e sujo de sangue), basta saber onde se encontra a arma do crime e apurar os fatos, prisão em flagrante caracterizada, provavelmente, posteriormente será convertida em prisão preventiva para assegurar a “ordem pública”, tendo em vista que o mesmo é reincidente e é “perigoso para a população”, pois não é a primeira vez que está sendo indiciado pelo crime. Analisando os fatos superficialmente é compreensível a atitude da autoridade policial ao prendê-lo em flagrante, mas a arma não seria encontrada e a prisão preventiva seria decretada. E a situação desse cidadão?

Ademais, dentre as Prisões Provisórias, a única que é incontestável é a prisão em flagrante, pois as possibilidades de equívocos são quase nulas, exceto no caso acima apresentado, tendo em vista os requisitos para sua caracterização, pois o indiciado é pego

praticando o crime ou após cometê-lo, prisão esta que também está presente dentre as cláusulas pétreas, mas que não afronta o Princípio da Presunção da Inocência, tendo em vista a margem mínima de erros que podem ser cometidos.

É corriqueiro ouvir que cinco dias para prisão temporária é pouco, pouco para quem está em liberdade seguindo a ritualista normal da vida, agora para um inocente é uma eternidade, além de ter suas atividades diárias “ligeiramente” interrompidas sofre constrangimento e sofrimento irremediável, como mencionado.

Outro fato a ser observado é o cumprimento da pena no regime aberto, é fato que não existe prisão albergue, é fato também que esse indivíduo não será punido, tendo em vista que terá que se recolher em sua propriedade em determinado horário para cumprir a pena. Com que razão um condenado fica em liberdade, enquanto um hipotético inocente é preso? Por pior que seja o crime que está sendo indiciado, o acusado deve ter mais direito à liberdade que um condenado, por este motivo é imperioso enfatizar que a Prisão Provisória, com exceção a prisão em flagrante, afronta diretamente o Princípio da Presunção da Inocência.

É fato que ocorrem, ainda que raramente, erros judiciários. Podendo citar como exemplo a obra que trata do caso dos irmãos Naves, em que os irmãos são acusados e condenados por terem roubado e assassinado um homem, caso baseado em fatos reais. Tanta humilhação, sofrimento e torturada, para ao final o suposto finado aparecer vivo e saudável.

Se eventuais condenações equivocadas ocorrem, imagine o número de prisões cautelares que incidem no mesmo caso, devido à falta de indícios que realmente comprovem a autoria, uma vez que a Constituição assegura, dentre as cláusulas pétreas, o direito à decretação da prisão cautelar.

Assim, vale-se dizer que a Prisão Cautelar afronta diretamente o Princípio da presunção da inocência, salvo exceção apontada. O preso provisório é reprimido em malefícios quando restringem sua liberdade, sendo beneficiado apenas o Estado, ou seja, as autoridades que atuam em função daquele. Trata-se de medida inconstitucional, tendo em vista que não há a menor segurança e condições adequadas para uma pessoa, que de acordo com a Constituição Federal, dever ser considerado inocente até que se prove o contrário.

Se houvessem ao menos condições adequadas, um local de alojamento apropriado, ainda, uma indenização imediata para o preso provisório, caso que acabaria reprimindo eventuais arbitrariedades das autoridades coatora, bem como outros elementos “amenizadores de sofrimento” para o acusado, e se a prisão fosse decretada “baseada por fortes indícios”, a

possibilidade de uma prisão cautelar seria mais aceitável, tendo em vista que a integridade física e psíquica do indiciado não seria tão lesada.

Pode-se citar como exemplo o projeto “Carpe Diem” (anexo - B), que se encontra em funcionamento na CDP de Sorocaba que tem a finalidade de proporcionar aos presos provisórios, que são acusados de crimes de “baixo potencial ofensivo” uma “terapia prisional”, evitando-se assim, que este indivíduo seja posto em conjunto com condenados de alta periculosidade. A função desse projeto é aplicar “métodos de ressocialização baseados em cursos laborterápicos expressos e atendimento psicológico especializado”.

Um modelo exemplar que poderia ser implantado por todo país, abrangendo também os indiciados por crimes mais graves, pois para poder ser incluso no projeto é necessário preencher alguns requisitos, no entanto, uma vez que vigora o princípio da presunção de inocência todos deveriam ter direito ao mesmo tratamento, mesmo que fossem separados de acordo com a gravidade do crime imputado. A princípio parece ferir o princípio da isonomia entre o tratamento dos presos, mas para melhor controle dos organizadores e um bom aproveitamento e comparando com a cela da cadeia, seria absolutamente aceitável.

Este é só um exemplo que pode ser implantados para melhorar as condições do preso provisório. Muitos outros podem ser criados por especialistas em direitos humanos em conjunto com assistentes sociais, bem como outros profissionais do direito e de outros ramos relacionados com a defesa dos direitos do ser humano, mas mesmo que fosse inserido somente este projeto por todo país, já haveria uma grande mudança, e de certa forma, garantiria a presunção de inocência que garante a Magna Carta.

O projeto está em funcionamento desde junho de 2009 e já recebeu mais de 200 detentos.

Infelizmente o pensamento natural das pessoas é o seguinte: “e se ele for culpado” não pode ficar em liberdade. Entretanto, também deveriam pensar na possibilidade do acusado ser inocente o que tornaria injusta a decretação da prisão. Infelizmente, quase tudo na vida é assim, os bons pagam pelos maus!

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 1.997.

BECHARA, Fabio Ramazzini; CAMPOS, Pedro Franco de. **Princípios Constitucionais do Processo Penal. Questões Polemicas**. Jus Navegandi, Teresina, ano 9, n. 593, 21. Fev. 2005. Disponível em: < <http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6348>>. Acesso em: 22/03/2010.

BRASIL, **Constituição Federal**, código civil, código de processo civil, código penal, código de processo penal, código penal militar, código comercial, código de defesa do consumidor, código tributário nacional, código eleitoral, código eleitoral, código de trânsito brasileiro, consolidação das leis do trabalho. 10 ed. São Paulo: Ridel, 2.010. (Série Vade Mecum)

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus n. Nº10313-SP (1999-0068716-7). Impetrante: José Antonio Ivo Del Vecchio. Impetrado: Décima Segunda Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Edson Vidigal. Brasília, 09 de novembro de 1999. Disponível em: < [HTTP://www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br) >. Acesso em: 17. Out.2.010.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado do Amapá**. Habeas Corpus n. Nº 2.130-AP. Impetrante: Josimar de Souza. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Amapá. Relator: Ministro Carmo Antonio. Macapá, 08 de maio de 2008. Disponível em: < [HTTP://www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br) >. Acesso em: 17. Out.2.010.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus n. Nº42.008-SP (2005-0027725-2). Impetrante: Washington Luis Alexandre dos Santos. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 21 de junho de 2005. Disponível em: < [HTTP://www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br) >. Acesso em: 17. Out.2.010.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus n. Nº80949-RJ. Impetrante: Fernando Augusto Fernandes e Outros. Impetrado: Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 30 de outubro de 2001. Disponível em: < [HTTP://www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br) >. Acesso em: 17. Out.2.010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. ed. 13. São Paulo: Saraiva, 2.006.

CONRADO, Paulo César. **Introdução à Teoria Geral do Processo Civil**. 2 ed. São Paulo: Max Limodad, 2003.

DELMANTO, Roberto Junior. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 2.001.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GOMES, Luis Flávio. **Direito Processual Penal**. ed. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.005.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1999

JASEN, Euler Paulo de Moura. **O Devido Processo Legal**. agosto de 2003. Disponível em: < <http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4749>>. Acesso em: 11.mar.2.010.

JORGE JUNIOR, Nelson. **O Princípio das Motivações Judiciais**. Disponível em: < <http://www.revistas.pucsp.br>>. Acesso em: 10. Maio. 2.010. (Revista eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP).

LOUREIRA, Ed Cesar. **Princípio do Juiz Natural**. Disponível em: <<http://www.coladaweb.com/direito/principio-do-juiz-natural>>. Acesso em: 28. Abril. 2010.

MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão Cautelar e Liberdades Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2.005.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal**. ed. 18. São Paulo: Atlas, 2.006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA, Davis Alves. **Prisão Provisória: as medidas cautelares de natureza pessoal no processo penal: de sua indevida aplicação, conseqüências e fundamentos à sua reparação**. 1.ed. Brasília/DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1.996

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; BARCHET, Gustavo. **Constitucional Curso de Direito**.ed. atual até a EC nº 53/06. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

MUNIZ, Vanderley. **A (in) constitucionalidade da prisão preventiva frente ao princípio da presunção de inocência**. Fórum Jus Navigandi, jun 2006. Disponível em:

<<http://www.forum.jus.uol.com.br/39299/a-in-constitucionalidade-da-prisao-preventiva-rente-ao-principio-da-presuncao-de-inocencia/>>. Acesso em 18. out. 2.010.

NORONHA, Edgar Magalhães **Direito Penal**. 34 ed. São Paulo, 1999.

_____. **Curso de Direito Processual Penal**. 28 ed. São Paulo, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 3 ed. São Paulo: RT, 2.007.

_____. **Prática Forense Penal**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Flavio Cardoso de. **Direito Processual Penal**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. (Coleção OAB nacional. Primeira fase).

ROSAS, Roberto. **Direito Processual Constitucional: Princípios Constitucionais do Processo Civil**. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SANGUINÉ, Odone. **A Inconstitucionalidade do Clamor Público como Fundamento da Prisão Preventiva (Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva)**, organizador Sérgio Salomão Shecaira, São Paulo: Método, 2001.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. ed. 11. São Paulo: Saraiva, 2.009.

_____. **Prática de Processo Penal**. ed. 27. São Paulo: Saraiva, 2.006..

_____. **Processo Penal**. ed. 18. São Paulo: Saraiva, 1.997.

ANEXOS

Anexo A – Decisão Monocrática do Superior Tribunal de Justiça. (versão para impressão)

Processo

HC 155719

Relator(a)

Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

Data da Publicação

24/09/2010

Decisão

HABEAS CORPUS Nº 155.719 - PI (2009/0236854-6)

RELATOR : MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

IMPETRANTE : WENDEL ARAÚJO DE OLIVEIRA E OUTRO

ADVOGADO : WENDEL ARAÚJO DE OLIVEIRA E OUTRO(S)

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PIAUÍ

PACIENTE : MARIA ARAÚJO MIRANDA (PRESA)

DECISÃO

Cuida-se de habeas corpus impetrado em favor de Maria Araújo Miranda, com o objetivo de se lhe conceder liberdade provisória, porque presa em razão da prática, em tese, de tráfico ilícito de entorpecentes.

Alega-se constrangimento ilegal, e o fundamento é o de que não há justa causa para a custódia cautelar, porque a paciente não praticou o crime que lhe foi imputado e, além disso, é primária, sem antecedentes criminais, com profissão lícita e domicílio no distrito da culpa, de sorte que não há necessidade da custódia antecipada. Indeferi o pedido liminar.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem, porque demonstrados os requisitos da prisão cautelar.

É o relatório.

Passo a decidir.

Consta dos registros do Tribunal de Justiça do Piauí a notícia, publicada em 21/1/2010, segundo a qual

A acusada MARIA ARAUJO MIRANDA, VULGO "MARIA COBRA" foi posta em liberdade em 2/12/09, por decisão do digníssimo Desembargador Relator Plantonista de 2º grau, nos autos de Habeas Corpus - TJ/PI, recebido em plantão Judiciário.

De feito, nos autos do HC-2009.0001.004882-6, em 22/2/10, o Relator, Desembargador Joaquim Dias julgou prejudicado o pedido porque ... compulsando os autos do processo n. 2001.0001.000022-4, em fls. 91/93, também de minha relatoria, constatei que o Desembargador Plantonista deferiu liminar concedendo em 26/12/2009 a expedição de alvará de soltura em favor da ora paciente, por entender configurado excesso de prazo injustificável na formação da culpa, o que foi devidamente cumprido, conforme juntada de cópia do Alvará de Soltura de fl. 95.

Contudo, ao julgar o pedido, foi a ordem denegada, razão por que, segundo alega o impetrante, sem confirmação nos registros processuais do Tribunal piauiense, a paciente está presa até os dias de hoje, à disposição do MM Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal de Parnaíba.

São estas as razões que fundamentam a custódia cautelar:

Denominam-se pressupostos desta modalidade de prisão, nos termos do artigo 311 do CPP a prova da materialidade do crime e verificação de suficientes indícios de autoria (fumus commissi delicti). In casu,

foi acostada pela autoridade policial farta documentação comprobatória, formando indícios suficientes que preenchem a regularidade formal do pedido.

O segundo requisito a ser apreciado diz respeito a determinadas espécies delituosas, segundo dispõe o artigo 313 do citado diploma legal, in verbis:

Art. 313. Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos:

I - punidos com reclusão;

.....

(grifos nossos)

Uma vez que as infrações imputadas aos indiciados são dolosas e apenadas com reclusão, forçosa é a conclusão do preenchimento do requisito acima citado.

Por fim, não menos importante, figuram os requisitos condizentes com os fundamentos da decretação da prisão preventiva, elencados no artigo 312 do CPP, a saber:

.....

Como bem ressaltado pela autoridade policial, após ter obtido liberdade, o indiciado Pedro Jorge do Nascimento Freitas, vulgo "Pedim", evadiu-se do distrito da culpa, e até hoje não se tem notícia de seu paradeiro. Também merece atenção o fato de que também se encontram foragidos outros 06 (seis) indiciados, sem que deles haja notícia.

Desta feita, se os indigitados autores das infrações penais responderem ao processo em liberdade, corre-se o risco de frustração da atividade jurisdicional, prejudicando-se o curso da instrução processual e, até mesmo, a aplicação da lei penal.

Assim sendo, diante do concreto risco de fuga, apresenta-se a segregação preventiva, como medida imprescindível à instrução criminal e à própria aplicação da lei penal.

.....

O encarceramento provisório ainda se faz necessário para a garantia da ordem pública, vez que o simples andamento de inquérito policial ou da ação penal não constitui meio eficaz de contenção das atividades de organizações criminosas, pois, consoante se depreende dos elementos carreados aos autos, há fortes evidências de que a atividade criminosa imputada constitui meio de vida dos indiciados e, desta feita, se libertos, encontrarão os indiciados os mesmos estímulos que os levaram a delinquir, trazendo sérios prejuízos à ordem pública, incluindo-se nesse conceito a própria credibilidade da Justiça que o Poder Judiciário deve resguardar.

Assim, havendo, como há, provas da existência dos crimes e indícios suficientes da participação de todos os indiciados, com fundamento legal nos artigos 311, 312 e 313, I, do Código de Processo Penal, para garantia da ordem pública, conveniência da instrução processual e para assegurar a aplicação da lei penal, converto suas prisões temporárias em preventivas.

Expeça-se mandados de prisão na forma da lei.

Esses motivos foram reafirmados no acórdão impugnado, como se pode ver deste excerto:

Pelo que consta da denúncia a paciente integra uma organização criminosa com participação de vários nacionais a qual atuavam de forma coordenada, com diferentes níveis de relacionamento, de hierarquia e de distribuição de tarefas e lucro, agindo em diversos municípios deste Estado e no Estado do Ceará, arregimentando quantos quisessem integrar o grupo para distribuição da droga.

Segundo noticia a peça inicial a organização criminosa era comandada pela família "COBRA" da qual faz parte a ora paciente.

Assim, contrariamente ao alegado, de que inexistente razão para decretação da prisão preventiva, além dos fundamentos acima delineados, a autoridade coatora na decisão que decretou a prisão preventiva aponta elementos concretos a embasar a constrição com base na ordem pública, eis que há fortes evidências de que a atividade criminosa constitui meio de vida dos indiciados; por conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal, tendo em vista o perigo concreto de fuga, posto que um dos indiciados agraciado pela liberdade, evadiu-se do distrito da culpa, além de 06 (seis) dos acusados encontrarem-se foragidos.

Os requisitos acima declinados estão conjugados com fortes indícios de autoria e materialidade, eis que consta da denúncia que a paciente vendia droga, além de usar seus imóveis como depósito e guarda de entorpecentes da organização criminosa, inclusive tendo sido encontrado produtos de furto, arma e munição da organização em seu estabelecimento comercial, o que evidencia a sua participação na organização criminosa.

.....
.....

Desta feita, considerando que a comercialização de produtos entorpecentes agrega diversos prejuízos para a sociedade em grandes proporções, mormente, pela forma como estão organizados, o que exsurge a necessidade da intervenção estatal, pela via judicial de por um "freio" a essas atividades ilícitas que causam sérios problemas de saúde pública.

Nesse contexto, apesar da prisão ser a exceção e a liberdade a regra, a segregação cautelar em certos momentos e ações não pode ser olvidada, sob pena de tornar-se inócua a função estatal de repressão das condutas ilícitas nocivas a convivência harmônica em sociedade, in casu a cautelar da paciente se faz sentir ao menos como garantia da ordem pública, com o fito de mitigar os males que essa atividade prolifera no meio social e esta desaceleração somente é possível mediante a retirada do convívio social de indivíduos com tendências voltadas para este tipo de atividade criminosa e que demonstram alta periculosidade social.

.....
.....

Ademais, tendo em vista a repercussão negativa que o tráfico de entorpecentes causa à sociedade a cautelar pode ser decretada com base na ordem pública. Segundo o Mestre Júlio Fabbrine Mirabete (Editora Saraiva, 4ª ed., pp. 274/275), "... o conceito de ordem pública não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas acautelar o meio social".

.....
.....

Assim, por todo o exposto, em harmonia com o parecer Ministerial Superior, conheço e DENEGO a presente ordem de habeas corpus impetrada, comunicando esta decisão a autoridade coatora. São todos, sem dúvida, a par de genéricos, sem nenhuma relação concreta com a paciente, argumentos aplicáveis quando da prolação de sentença condenatória, diante de convencimento sobre a procedência da acusação. Como expediente de cautela, contudo, há que haver base objetiva, concreta e atual entre o direito de liberdade e a demonstração, ou melhor, a comprovação do periculum libertatis, o que, neste caso, em relação à paciente, não se demonstrou. De feito, quem fugiu foram alguns dos outros acusados. Ela, posta em liberdade por força de decisão liminar, depois cassada, não se evadiu; ao contrário, compareceu à audiência realizada em 5/2/2010, juntamente com outros corréus (a informação está no sítio do

Tribunal de Justiça do Piauí - Processo n. 0001911-64.2009.8.18.0031). E, no que diz respeito aos demais requisitos, em destaque a garantia da ordem pública, vê-se que está assentada em presunção, no sentido de que, solta, a ré, ora paciente, continuará a delinquir, exegese que se extrai de convencimento antecipado de culpabilidade, ou seja, da afirmação antecipada de que ela é, de fato e de direito, traficante de drogas. No entanto - a despeito das repetidas referências, no acórdão, à existência de uma organização criminosa, da busca que se fez no estabelecimento comercial da ré, ora paciente, não se apreendeu senão telefones celulares, uma motocicleta, papéis, documentos, um facão e nenhum grama de entorpecente, de sorte que, também por esta evidência, não se pode inferir extrema ou intensa nocividade social da conduta que lhe é imputada.

É firme a jurisprudência do Superior Tribunal no sentido de que afirmações genéricas, repetições do texto legal e presunções sem elo com a realidade não servem à decretação da prisão preventiva. Veja-se, a propósito, o HC-124.757, de minha relatoria, publicado em 25/9/2009: "A gravidade abstrata do delito, bem com a vedação de liberdade provisória constante da Lei nº 11.343/06, sem a demonstração de fator concreto, não constituem fundamentação idônea para a segregação cautelar da paciente". É da Quinta Turma o HC-63.065 (Ministro Gilson Dipp, DJ de 18/12/2006:

A prisão preventiva é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação. O fato de se tratar de crime hediondo não basta, por si só, para justificar a custódia cautelar, sendo necessária a devida fundamentação. Precedente. Aspectos relacionados à existência de indícios de autoria e prova da materialidade devem permanecer alheios à avaliação dos pressupostos da prisão preventiva, não sendo suficientes para respaldá-la. O juízo valorativo sobre a gravidade genérica do delito imputado ao paciente, bem como o abalo social decorrente da prática supostamente criminosa, não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão para garantia da ordem pública, se desvinculados de qualquer fator concreto. Conclusões vagas e abstratas, como a possibilidade de fuga, sem vínculo com situação fática concreta, efetivamente existente, constitui simples suposição a respeito do que o acusado poderá vir a fazer, caso permaneça solto, motivo pelo qual não podem fundamentar a medida constritiva.

Tais as circunstâncias, sendo repetidamente decidida a matéria posta em debate, conforme os precedentes citados, o presente writ comporta pronta solução, nos moldes do art. 557, §1º-A, do Código de Processo Civil c/c artigo 3º do Código de Processo Penal, com o fim de se acelerar a prestação jurisdicional.

Posto isso, concedo a ordem, para que Maria Araújo Miranda fique em liberdade até o trânsito em julgado da Ação Penal n.

0001911-64.2009.8.18.0031, de Parnaíba, mediante compromisso de comparecimento a todos os atos do processo, salvo prisão por outro motivo.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 17 de setembro de 2010.

Ministro CELSO LIMONGI

(Desembargador Convocado do TJ/SP)

Relator

Anexo B – Programa “Carpe Diem”- Custódia Detentiva Alternativa



SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA
COORDENADORIA DE REINTEGRAÇÃO SOCIAL E CIDADANIA



PROGRAMA “CARPE DIEM”

CUSTÓDIA DETENTIVA ALTERNATIVA



SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA
COORDENADORIA DE REINTEGRAÇÃO SOCIAL E CIDADANIA



PROGRAMA “CARPE DIEM”

Grande parte dos detentos que chegam aos Centros de Detenção Provisória é presa em flagrante por delitos de baixo potencial ofensivo, como furto, receptação, porte irregular de arma de fogo e outros ilícitos sem violência ou grave ameaça, além de muitas vezes serem primários.

O tratamento dispensado a estes presos de “*baixo potencial ofensivo*” é idêntico ao efetuado aos detentos de “*alta periculosidade*” (reincidentes contumazes, integrantes de facções criminosas ou praticantes de crimes com grave violência à pessoa).

No modelo atual, ambos os casos são encaminhados às celas de inclusão para os procedimentos de entrada, sendo posteriormente designados a uma cela nos pavilhões habitacionais. Dessa forma, a permanência de presos de baixo potencial ofensivo com presos de alta periculosidade é danosa aos primeiros na medida em que serão subjugados pelos segundos, estando sujeitos a uma série de perniciosas influências.

Os presos de baixo potencial ofensivo são normalmente agraciados com benesses legais como a Liberdade Provisória ou **penas alternativas** à de privação da liberdade, fazendo com que fiquem detidos apenas durante o trâmite legal dos pedidos. Após a concessão do benefício, são libertados sem que qualquer terapia prisional tenha sido aplicada, restando do período preso apenas a revolta, a coalizão com ideias ou a cooptação desses indivíduos por facções criminosas.

Idealizado por Marcio Coutinho, diretor do CDP de Sorocaba, o projeto é fruto dos estudos que culminaram em sua dissertação de Pós-Graduação em

Segurança Pública com Direitos Humanos (“A necessidade da adequação da custódia detentiva aos crimes de baixo potencial ofensivo: um estudo de caso



SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA
COORDENADORIA DE REINTEGRAÇÃO SOCIAL E CIDADANIA



do Centro de Detenção Provisória de Sorocaba”) busca o projeto “Carpe Diem” enfrentar esta problemática, criando mecanismos para recepção e permanência de presos primários (desde que compatíveis com as regras do projeto) com aplicação de métodos de ressocialização baseados em cursos laborterápicos expressos e atendimento psicológico especializado.

Inicialmente, quando da chegada do preso aos Centros de Detenção Provisória (hoje está em funcionamento o projeto piloto no CDP de Sorocaba), serão analisados os aspectos objetivos para sua inclusão.

São requisitos essenciais para a inclusão no projeto “Carpe Diem”:

a) Ser o acusado primário ou, se reincidente, ter sido condenado em delito considerado de baixo potencial ofensivo. Entenda-se por crimes de baixo potencial ofensivo aqueles praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa, exceto, para o objeto do projeto “Carpe Diem”, o previsto no artigo 129 do Código Penal Brasileiro e que atendam aos requisitos previstos nos incisos I e III do artigo 44 do Estatuto Repressor Pátrio, que reza sobre a aplicação das sanções substitutivas.

b) Se reincidente, ter sido condenado pela prática de delito considerado de menor ou baixo potencial ofensivo:

c) Não ter sido anteriormente recolhido a nenhum estabelecimento carcerário.

São delitos atendidos pelo projeto “Carpe Diem”, entre outros:

- Delitos na modalidade culposa;
- Lesão Corporal;
- Furto;



SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA
COORDENADORIA DE REINTEGRAÇÃO SOCIAL E CIDADANIA



- Apropriação Indébita
- Estelionato;
- Receptação;
- Uso de documento falso;
- Contrabando;
- Descaminho;
- Porte ou Posse irregular de arma de fogo;
- Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a seis decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência.

Não serão atendidos pelo projeto “Carpe Diem” os delitos tipificados na Lei 8.072/90 – Lei de Crimes Hediondos e Lei 11.343/06 – Lei de Drogas.

A análise objetiva será efetuada pela equipe de segurança e disciplina por ocasião da chegada do preso à unidade prisional, o qual, após e se for o caso, aguardará, em local distinto aos demais, a análise subjetiva.

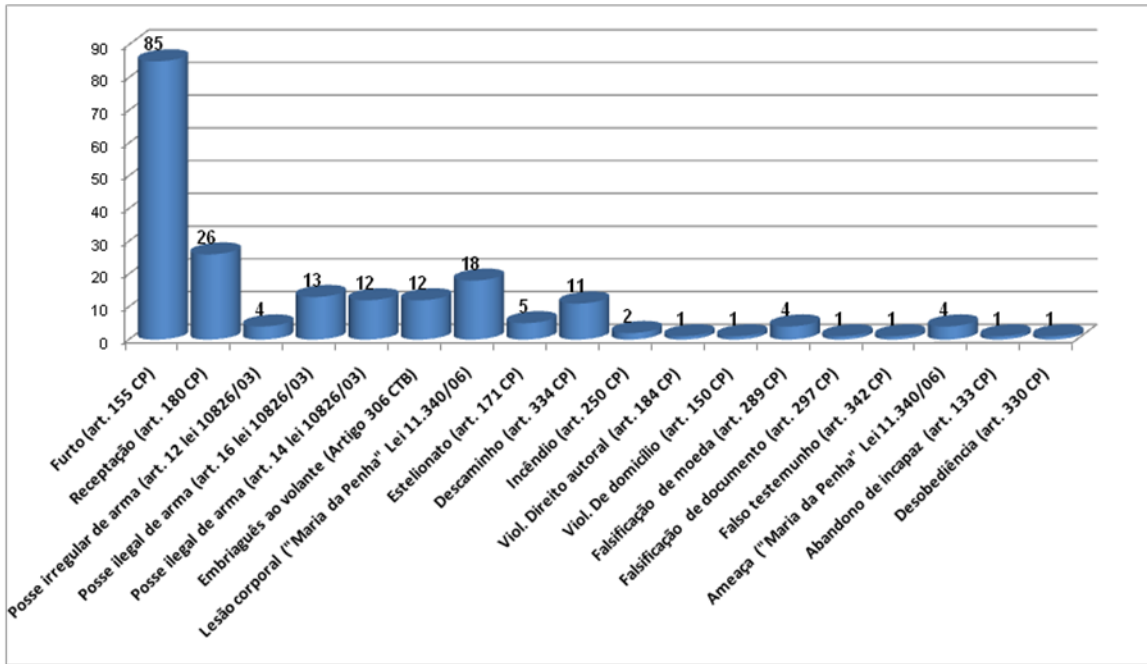
REPLICAÇÃO

A Secretaria de Estado da Administração Penitenciária planeja a construção de outras unidades do “Carpe Diem”, junto à CDPs que possuam demanda de presos provisórios com perfis compatíveis com as regras do programa.

Em funcionamento desde junho de 2009, o projeto piloto no CDP de Sorocaba, recebeu 202 detentos, tendo observado a reincidência de 3,9% deste total.

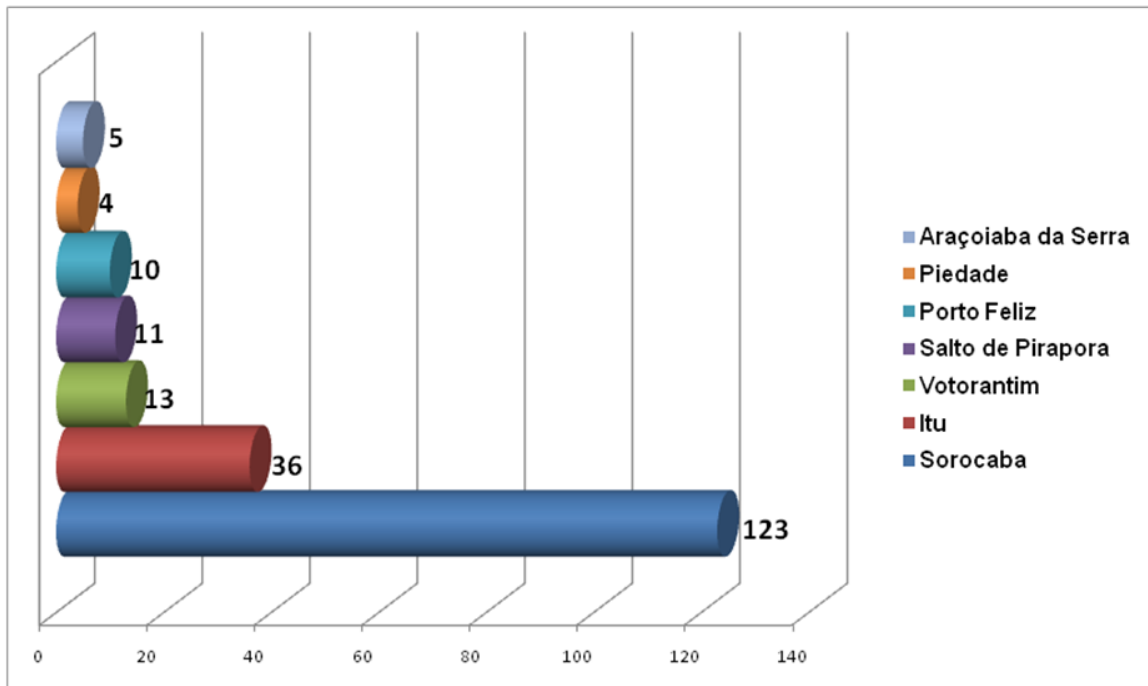


DELITOS ENCAMINHADOS AO “CARPE DIEM” *



* junho/2009 à maio/2010

MUNICÍPIOS ATENDIDOS PELO “CARPE DIEM” PILOTO





SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA
COORDENADORIA DE REINTEGRAÇÃO SOCIAL E CIDADANIA



COORDENADORIA DE REINTEGRAÇÃO SOCIAL E CIDADANIA – Sede 1

Rua Asdrúbal do Nascimento, 454 – Bela Vista – São Paulo – SP

Coordenador – Mauro Rogério Bitencourt

mbitencourt@sp.gov.br

PABX: (11) 3101-2406/7702/7708

GABINETE DO COORDENADOR

RAMAIS: 124/126 FAX: 125

EQUIPE DE COMUNICAÇÃO

RAMAIS: 131/132

DEPARTAMENTO DE ADMINISTRAÇÃO

RAMAIS: 108/114 ao 121/137/138/140 FAX: 109/134

COORDENADORIA DE REINTEGRAÇÃO SOCIAL E CIDADANIA – Sede 2

Rua Francisca Miquelina, 232 – Bela Vista – São Paulo – SP

DEPARTAMENTO DE PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS:

Fone: (11) 3107-1113

DEPARTAMENTO DE ATENÇÃO AO EGRESSO E FAMÍLIA:

Fone: (11) 3107-1114

GRUPO DE AÇÕES DE REINTEGRAÇÃO SOCIAL

(11) 3105-7763

GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO



**SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA
COORDENADORIA DE REINTEGRAÇÃO SOCIAL E CIDADANIA**



ALBERTO GOLDMAN

**SECRETÁRIO DE ESTADO DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA
LOURIVAL GOMES**

**SECRETÁRIO ADJUNTO DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA
CLÁUDIO TUCCI JÚNIOR**

**CHEFE DE GABINETE
ANA MARIA TASSINARI DE FELICE FANTINI**

**COORDENADOR DE REINTEGRAÇÃO SOCIAL E CIDADANIA
MAURO ROGÉRIO BITENCOURT**

**DIRETORA DO DEPARTAMENTO DE PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS
MÁRCIA ANTONIETTO**

**DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE ATENÇÃO AO EGRESSO E FAMÍLIA
LÚCIA HELENA BIBIANO DE MELO**

**DIRETORA DO GRUPO DE AÇÕES DE REINTEGRAÇÃO SOCIAL
ANDREA PAULA PIVA**