



Universidade Federal do Rio de Janeiro

ÁLVARO HENRIQUE DE ZÚNIGA

A CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO CAUTELAR

Rio de Janeiro

2008

ÁLVARO HENRIQUE DE ZÚNIGA

A CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO CAUTELAR

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da Prof^ª. Fernanda Lara Tórtima.

**Rio de Janeiro
2008**

Dedico esta monografia a meus familiares, aos colegas de curso e a todos aqueles que direta ou indiretamente contribuíram para esta conquista.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade

CP – Código Penal

CPP – Código e Processo Penal

LEP – Lei de Execução Penal

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

RESUMO

Este estudo teve como objetivo analisar e revisar o princípio constitucional da presunção de inocência e os limites constitucionais das regras presentes no Código de Processo Penal que regulam as prisões de natureza cautelar. Analisaremos, também, a Lei nº 7.960/89 que instituiu a modalidade da prisão temporária, bem como da sua conformidade com a Constituição Federal. As prisões cautelares visam garantir a efetividade do processo e a aplicação da lei penal. A presunção de inocência é um princípio fundamental que visa garantir aos acusados de crimes o reconhecimento de sua inocência até trânsito em julgado de sentença penal condenatória. O sistema punitivo da Teoria Garantista visa proteger os direitos individuais constitucionalmente garantidos dos acusados pela prática de crimes. Concluiu-se que a Lei da Prisão Temporária é inconstitucional e que essa modalidade de prisão reforça a carga de estigmatização social traduzida pelo encarceramento; que a limitação do direito à liberdade só devem ser admitidas por razões de força maior e não de necessidades alheias e anteriores ao início do regular processo criminal.

Palavras-chave: cautelar; inocência; prisão.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	07
2 AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	09
2.1 breve histórico da introdução dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro	09
2.2 Princípios gerais do direito processual penal.....	13
2.2.1 O Princípio da Legalidade.....	13
2.2.2 O Princípio do Devido Processo Legal.....	14
2.2.3 O Princípio do contraditório.....	15
2.3 Princípio da Presunção de inocência ou não-culpabilidade.....	16
3 AS PRISÕES CAUTELARES, A PRISÃO TEMPORÁRIA E ADIN.....	21
3.1 Da base principiológica das prisões cautelares.....	23
3.2 Dos pressupostos das prisões cautelares.....	26
3.3 Das finalidades das prisões cautelares.....	28
3.3.1 A prisão para garantia da ordem pública.....	28
3.3.2 A prisão como conveniência da instrução criminal.....	29
3.3.3 A prisão para assegurar a aplicação da lei penal.....	30
3.4 As espécies de prisões cautelares.....	32
3.4.1 Da prisão em flagrante. Espécies previstas no Código de Processo Penal....	32
3.4.2 Da prisão preventiva.....	34
3.4.3 Da prisão decorrente de pronúncia.....	37
3.4.4 Da prisão decorrente de sentença condenatória recorrível.....	38
3.5 A Prisão temporária e a recente ADIn 4109.....	41
3.5.1 A Ação Direta de Inconstitucionalidade 4109.....	48
3.6 – A Estigmatização da prisão Temporária e Cautelar.....	52
4 O GARANTISMO PENAL E A PONDERAÇÃO DE INTERESSES E VALORES FUNDAMENTAIS.....	56
4.1 A Teoria do garantismo Penal de Luigi Ferrajoli.....	57
4.1.1 O sistema punitivo garantista e a Lei das Prisões Temporárias	62
4.2 Ponderação de Valores e o Princípio da Proporcionalidade.....	62
5 CONCLUSÃO.....	65
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	67

Capítulo 1 - INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende abordar a questão da aplicabilidade das medidas cautelares no Direito Processual Penal, sua finalidade, seus pressupostos e espécies de prisões cautelares no ordenamento jurídico pátrio.

Entendemos que esta abordagem se faz oportuna tendo em vista não somente a análise das leis e regras que regulam as prisões cautelares, bem como a sua conformidade com os princípios e ditames da Constituição Federal aplicáveis à matéria.

Também abordaremos a questão da Lei das Prisões Temporárias e seus fundamentos, analisando esta em face tanto da Constituição quanto da sua necessidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, inicialmente se faz necessário fazer uma análise da matéria referente ao Princípio da presunção de Inocência, princípio este que está previsto na Constituição da República e que se presta como limite ante à pretensão punitiva e repressiva promovida pelo Estado, além de outros princípios igualmente relevantes do Direito Processual Penal.

Em seguida, serão objeto de estudo as medidas cautelares, a prisão temporária e a recente Ação Direta de Inconstitucionalidade que foi promovida contra a Lei das Prisões Temporárias pelo Partido Trabalhista Brasileiro. Neste capítulo também será abordado o importante tema da estigmatização do sujeito passivo das medidas cautelares, pois é inequívoco que uma vez decretada a prisão do acusado ou mero suspeito de crime, lança-se sobre a imagem do acusado mancha irreparável, mesmo que posteriormente seja demonstrada sua inocência.

Por fim, analisaremos, no que diz respeito ao sistema punitivo, a Teoria do Garantismo penal e a ponderação de interesses e valores fundamentais, como elementos que nos ajudarão a formar uma convicção sobre a necessidade e legalidade da aplicação das medidas cautelares e da prisão temporária.

A necessidade de manter-se a segurança jurídica e ao mesmo as garantias individuais exige uma abordagem desacompanhada de preconceitos e do exacerbado sentimento de vingança, que seja juridicamente bem fundamentada e justificada, baseada na argumentação isenta de paixões e focada na busca do consenso, de forma que não pretendemos buscar soluções para as questões levantadas atacando o sistema, mas voltando-se diretamente à abordagem do problema em si.

São esses os objetivos que se pretende alcançar, sem a pretensão de esgotar o tema, mesmo porque este se mostra denso e nos desafia sempre a descobrir novas abordagens e proporciona constantes debates.

Capítulo 2 – AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

2.1 breve histórico da introdução dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro.

O código de processo penal brasileiro data de 1940, época em que vigorava no país a Constituição de 1937, também conhecida como Constituição Polaca por ter sido inspirada na Constituição autoritária polonesa. Esta Constituição foi outorgada com o fim de dar suporte político ao Estado Novo de Getúlio Vargas, sendo, pois, uma constituição que já nasceu sob a égide de um Estado autoritário, centralizador, que suspendeu os direitos e garantias dos cidadãos¹.

Tendo nascido numa época como àquela, natural que o Código de processo penal refletisse em seus dispositivos as condições de seu momento histórico, recebendo a nefasta influência de governos totalitários, que pouca ou nenhuma intenção tinham em garantir os institutos de defesa da liberdade individual ou a disponibilidade dos bens do cidadão posto à *persecutio criminis*.

Após a traumática experiência da Segunda Guerra Mundial, fez-se necessário afirmar, na forma de um documento supranacional, a importância dos valores fundamentais de respeito à pessoa humana como pressupostos para a harmônica convivência entre as nações.

Para alcançar este objetivo, fundou-se a Organização das Nações Unidas (ONU), organização internacional fundada em 1945 com o objetivo de manter a paz e a segurança internacionais, tendo a sua Assembléia Geral reunida em Paris proclamado, pela Resolução 217 A (III), a 10 de dezembro de 1948, em votação praticamente unânime, a Declaração Universal dos Direitos do Homem².

¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Regimes Constitucionais da liberdade provisória. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, prefácio.

² LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Proteção dos direitos humanos na Ordem interna e internacional. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1984, p.85.

O texto aprovado, e assinado pelo Brasil na mesma data de sua aprovação, destaca a indispensabilidade de reafirmar-se os valores fundamentais da pessoa humana, conclamando os povos para não poupar esforços para a proteção desses direitos, a partir de “*uma compreensão comum desses direitos e liberdades*”³.

Dentre as garantias e direitos processuais desta Declaração destacam-se o livre acesso ao judiciário para proteção de direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela Lei (Art. VIII); a independência e a imparcialidade da magistratura (Art. X); a publicidade dos julgamentos, com as garantias necessárias à defesa do acusado e a presunção de inocência (Art. XI), garantia essa que será de fundamental importância no presente trabalho.

A relevância da proclamação destes direitos fundamentais entre nós pode ser auferida da leitura do Preâmbulo da atual constituição. Nela se depreende que a Assembléia Constituinte teve como inspiração primaz de seus trabalhos o propósito de instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade e a segurança.

Também de suma importância para consolidar a relevância dos valores fundamentais da pessoa humana, O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado pela Resolução 2.200-A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, ocorrida em 16 de dezembro de 1966, ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, reafirmando o compromisso assumido na Declaração Universal dos Direitos Humanos. O referido pacto estabelece, em seu artigo nono, importante regra que diz respeito à preservação da liberdade individual.

Diz o art. 9º, *verbis*:

“Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas

3 Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

que aguardam julgamento **não deverá constituir a regra geral**, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência e a todos os atos do processo, se necessário for, para a execução da sentença.” (grifo nosso)⁴.

Também foram reconhecidos neste pacto direitos outros a que faz jus o indivíduo sujeito à *persecutio criminis*, como o direito ao silêncio, o direito de não se auto-incriminar, o duplo grau de jurisdição, a vedação de nova incriminação pelo mesmo se já anteriormente absolvido e, novamente, a reafirmação da importância jurídica basilar da presunção de inocência.

Por fim, a 22 de novembro de 1969 realizou-se, em San José da Costa Rica, a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, cujas disposições contidas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos foram discutidas e aprovadas, tendo o Brasil aderido à Carta em 25 de setembro de 1992. No art. 8º, 2, deste pacto que “*Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa*”. Novamente temos aí menção expressa ao princípio da não culpabilidade.

As disposições constantes do aludido pacto foram oficialmente integradas ao nosso ordenamento jurídico constitucional, positivadas no § 2º do art. 5º da Constituição através do Decreto 678, de 9 de novembro de 1992.

Eis o referido dispositivo, *verbis*:

“2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes⁵, o parágrafo em questão afirma que se adotou um sistema aberto de direitos fundamentais no Brasil, não se podendo considerar como sendo taxativa a enumeração de direitos fundamentais contidos no Título II da Constituição,

⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Regimes Constitucionais da liberdade provisória. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 33.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional: São Paulo: Ed. Saraiva, 2ª ed, p. 270.

deixando a critério do intérprete elevar outros princípios ao patamar de direitos fundamentais, assim como ocorreu na apreciação da ação direta de inconstitucionalidade⁶ envolvendo a criação do IPMF, onde afirmou-se que o princípio da anterioridade (art. 150, III, b, da CF), constitui um direito ou garantia individual fundamental, embora originariamente não esteja listado no rol do art. 5º da CF.

Percebe-se, portanto, que o nosso Código de Processo Penal de 1941 não mais se adequa à nova realidade no que se refere aos direitos e garantias individuais contidas na nova Constituição. Segundo o mestre Eugênio Pacelli de Oliveira:

“Que o Direito Processual Penal brasileiro não pode mais ser aplicado com base na estrutura do ainda vigente Código de Processo Penal parece não haver dúvidas. As mudanças, inúmeras, trazidas pela Constituição da república, anunciam novos tempos para o trato da matéria, não só por força de uma interpretação explícita de normas constitucionais em sentido contrário ao Código, mas, sobretudo, pelo grau de maturidade cultural alcançado pelo Estado brasileiro pós-constituinte.”⁷

O mestre também reafirma a natureza inquisitorial do atual Código de Processo Penal:

“(…). É por isso que estamos afirmando que o sistema prisional do Código de Processo Penal de 1941 foi elaborado e construído a partir de um **juízo de antecipação de culpabilidade** (aqui referida no sentido *lato*, de responsabilidade penal), na medida em que a fundamentação da custódia (ou prisão) refere-se apenas à lei, e não a uma razão cautelar específica.”. (grifo nosso).⁸

Infelizmente, todos esses esforços dos diferentes organismos internacionais tendo em vista promover a valorização da liberdade pessoal e demais garantias judiciais revelaram-se inócuos. Embora tenham sido incorporadas à nossa moderna Constituição, as aplicações desses importantes mecanismos de defesa do cidadão esbarram nos interesses contrariados, no

⁶ ADI 939, DJ de 18-03-1994

⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. Belo Horizonte. Ed. Del Rey, 7ª ed, 2007, p. 23.

⁸ Idem, p. 414.

imobilismo e no conservadorismo com que a nossa doutrina e jurisprudência encaram tais avanços, mostrando uma nítida propensão a interpretar o novo texto constitucional de maneira que ele fique tão parecido possível com o antigo.

A seguir, analisaremos alguns princípios constitucionais próprios do processo penal inspirados nos novos parâmetros de liberdades e garantias individuais.

2.2 Princípios gerais do direito processual penal.

Pode-se dizer que princípios de direito são aquelas normas constituídas por diretrizes do ordenamento jurídico de caráter geral, os quais visam possibilitar um balanceamento, uma ponderação entre valores e interesses.

Podemos definir o termo “*princípios gerais do direito*” como sendo “*dogmas que se inferem do estudo de determinada legislação*”⁹, ou em outras palavras, critérios maiores existentes em cada ramo do direito e percebidos por indução.

O Processo Penal brasileiro é regido por uma série desses princípios e regras que orientam o intérprete como agir diante das normas jurídica postas a solucionar as situações concretas a ele submetidas à apreciação no cotidiano. Destes diversos princípios, interessa-nos os mais importantes atinentes à matéria em estudo, quais sejam: o princípio da legalidade, do devido processo legal, e do contraditório. Os princípios da proporcionalidade ou razoabilidade e o da presunção de inocência devido à importância destes no presente trabalho, serão analisados mais detalhadamente em tópico à parte.

2.2.1 O Princípio da Legalidade.

9 TORNAGHI, Hélio. Curso de processo penal. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v.1, p. 26.

Este princípio, de incontestável importância, se encontra na Declaração dos Direitos do Homem de 1789, que prescreve: “*Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas*”. Este preceito é, como já foi dito, um dos pilares básicos do Estado Democrático de Direito e encontra-se previsto em nossa constituição no art. 5º, inciso II, que assegura “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”, demonstrando assim, uma consonância com o que foi previsto na Declaração.

Trata-se de um limite ao poder punitivo do Estado, evitando arbitrariedades contra seus indivíduos, impedindo que este aja senão em virtude de lei. E mais, em se tratando de processo penal é exigido que a lei tenha sido produzida pela entidade competente para tal, que no caso cuida-se da União, em razão da competência privativa para legislar em matéria processual penal prevista no art. 22, inc. I da CF.

Uma variante deste princípio, que orienta o Direito Penal, encontra-se no mesmo art. 5º, inc. XXXIX da CF que prescreve: “*Não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal*”. Ainda há variantes outras aplicáveis ao Direito Tributário, Administrativo, entre outros, sendo, portanto, um princípio de ampla abrangência.

2.2.2 O Princípio do Devido Processo Legal.

Outro princípio contido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que assevera: “*Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta escrita. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrarias devem ser punidos (...)*”. A mesma regra é repetida no art. IX, da Declaração das Nações Unidas, de 1948: “*Ninguém pode ser arbitrariamente preso, detido ou exilado*”. O arbítrio a que ambas se referem, diz respeito à inexistência de lei ou o abuso de direito.

Entre nós, aponta Tourinho Filho¹⁰, sempre se observou, embora sem previsão legal, o *due process of Law*, tendo este alcançado o status de dogma constitucional, previsto no art. 5º, LIV, da Constituição onde se lê que “*Ninguém será privado da liberdade ou de*

¹⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, Ed. 26: São Paulo, Saraiva, V.1., p.57.

seus bens sem o devido processo legal”. Através deste comando, assegura-se a todos um processo segundo a lei, não podendo o Estado privar qualquer um de sua liberdade e dos seus bens, se não forem cumpridas as tramitações legais.

2.2.3 O Princípio do contraditório.

Previsto no art. 5º, inciso LV, este princípio prevê que “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”. É um princípio de garantia de justiça, pois garante a ampla defesa do acusado, isto porque deve ser permitida a ambas as partes a paridade de armas, de forma que a todo ato produzido dentro do processo capaz de causar gravame ao réu, caberá a este o direito de discordar, aceitar ou simplesmente modificar fatos e o direito alegado pela outra parte, conforme lhe convier.

É um dos princípios mais caros ao processo penal, e constitui um verdadeiro requisito de validade do processo, tendo em vista que, a não-observação deste pode dar ensejo à nulidade absoluta do processo, quando o prejuízo recair sobre o acusado.

Antônio Pacelli¹¹ estabelece uma diferenciação entre o princípio do contraditório e do da ampla defesa afirmando que no caso do contraditório este não pode ir além da garantia de participação para impugnar ou não qualquer alegação contrária aos seus interesses sem, contudo, tecer maiores indagações acerca da concreta efetividade com que se exerce aludida impugnação, enquanto que a ampla defesa vai além, impondo esta a realização efetiva desta participação, sob pena de nulidade, quando considerar-se esta defesa prejudicial ao acusado.

2.3 Princípio da Presunção de inocência ou não-culpabilidade.

A nossa moderna Constituição Federal foi inovadora em inúmeros aspectos e, de forma inequívoca, elevou o Direito processual ao seu lugar de guardião da liberdade

11 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. Belo Horizonte. Ed. Del Rey, 7ª ed, 2007, p. 30.

individual. Jamais um texto constitucional brasileiro preocupou-se tão profundamente em dotar o processo de meios e instrumentos indispensáveis ao direito de defesa, para que da contradição entre esta e a ação pudesse surgir a verdadeira justiça.

Uma destas inovações nos diz respeito nesse capítulo, o princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade, refletindo a grande preocupação do constituinte com o direito de defesa.

A origem histórica do princípio da presunção de inocência tem origem no Direito Romano, encontrada nos escritos de Trajano, notável imperador romano que implementou um plano de regeneração moral e política que teve conseqüências na administração, na justiça e na economia romana. Contudo, foi severamente combatida e teve os seus efeitos completamente invertidos durante os sombrios tempos da inquisição, durante a idade média, na medida em que, para os tribunais da inquisição, bastava a dúvida gerada pela insuficiência de provas para que esta fosse considerada uma semiprova, apta a produzir um juízo de semiculpabilidade resultando em uma semicondenação a uma pena leve. Daí conclui-se tratar-se, na realidade, de uma presunção de culpabilidade.¹²

A presunção de inocência, bem como o princípio de jurisdicionalidade foram, enfim, consagrados na Declaração de Direitos do Homem de 1789, e reafirmados posteriormente na Declaração Universal dos direitos do Homem de 1948, como um postulado universal de direito.

Isso, porém, não impediu que o princípio novamente sofresse ataques, voltando a ser alvo daqueles para quem, como Vincenzo Manzini e modernamente Weber Martins Batista, o princípio da presunção de inocência consistia numa contradição lógica, pois "...se a lei presume a inocência do acusado, nada justificaria a prisão preventiva, e mesmo a ação penal contra ele instaurada".¹³

Vincenzo Manzini refutava o princípio com veemência, qualificando-o como absurdo, "*una extravagancia derivada de los viejos conceptos, nacidos de los principios de la Revolución francesa, por los que se llevan a los más exagerados e incoherentes excesos las*

12 LOPES JR. Aury. Introdução crítica ao processo penal, Ed. Lúmen Júris, 2ª Ed. Rio de Janeiro, 2005, p.174.

13 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória. Belo Horizonte. Ed. Del Rey, 7ª ed, 2007, p. 44.

garantias individuales"¹⁴. Partindo de uma premissa absurda, Manzini considerava que as presunções são meios de prova indireta através dos quais se chega a determinado convencimento, absoluto ou relativo, com base na experiência comum, sendo impróprio falar em presunção de inocência. Isso porque, com base na experiência, não se pode afirmar que a maior parte dos imputados tenha sido declarada inocente ao final do processo. Ademais, a própria imputação se apóia em indícios previamente colhidos contra o processado, o que por si impede que seja presumido inocente. Sustenta ainda que a presunção de inocência, tomada em todas as suas conseqüências, teria que levar, por exemplo, à abolição da prisão cautelar, e tornaria inócua a própria persecução criminal ¹⁵.

Para Manzini, a finalidade do processo penal é comprovar o fundamento da pretensão punitiva do Estado no caso concreto. Ainda que seja relevante a tutela do interesse relativo à liberdade individual, devendo ser assegurado o direito de defesa a fim de evitar erros e arbitrariedades, não se pode confundir esse aspecto do processo com sua finalidade prevalente de realizar a pretensão punitiva do Estado.

Manzini opunha-se assim a Francesco Carrara, o qual partia da premissa de que o processo penal tinha como finalidade própria e específica a proteção dos inocentes frente à atuação punitiva estatal. Sua concepção de processo penal era construída em torno da idéia da presunção de inocência. Nas palavras de Jaime Vegas Torres, Carrara vê tal presunção como *"un principio estructurador que extiende su eficacia sobre el proceso penal en su conjunto. Todo el proceso penal se pone al servicio de la presunción de inocencia"*¹⁶.

Parece-nos que os ilustres autores, embora partindo de pontos diferentes, reconhecem como conseqüência do comando “ninguém será considerado culpado”, uma vedação ao juízo de antecipação de culpabilidade, do contrário seríamos forçados a concluir que somente a presunção de culpabilidade legitimaria a posição processual do acusado.

Com efeito, a consagração do princípio da presunção da inocência na Declaração de 1789 reflete uma nova concepção do processo penal defendida por pensadores iluministas em reação ao sistema persecutório que marcara o antigo regime, no qual a prova dos fatos era

14 MANZINI, Vicenio. Tratado de Derecho Procesal Penal. volume I. Traducción de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996, p. 255.

15 Iden. P. 254.

16 TORRES, Jaime Vegas. Presunción de inocencia y prueba em el proceso penal. Madrid: La ley, 1993.

produzida através da sujeição do acusado à prisão e tormento, com o fim de extrair dele a confissão. É nessa mudança de foco, em que o processo penal deixa de ser um mero instrumento de realização da pretensão punitiva do Estado, para se transformar em instrumento de tutela da liberdade, que está a chave para se compreender o conteúdo e alcance do princípio da presunção de inocência.

Não está dito no texto constitucional que todo o homem se presumirá inocente, até que seja condenado, mas sim que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Em vista disso, não se estaria consagrando propriamente o princípio da presunção da inocência, mas sim o da desconsideração prévia da culpabilidade, de aplicação mais restrita. Segundo Pacelli: *“A nossa Constituição, com efeito, não fala em nenhuma presunção de inocência, mas da afirmação dela, como valor normativo a ser considerado em todas as fases do processo penal ou da persecução penal”*.¹⁷

De fato, a Constituição Federal Brasileira adotou a redação do art. 27.2 da constituição italiana de 1948, a qual por sua vez resultou de um movimento protagonizado por parte da doutrina italiana que defendia a restrição do alcance do princípio da inocência, com vistas a garantir a eficácia do processo penal¹⁸. Enrico Ferri sustentava que só se poderia admitir a presunção de inocência do delinqüente ocasional que houvesse negado a prática do crime, e mesmo assim somente enquanto não se reunisse prova indiciária contra ele. A própria instauração do processo criminal autorizaria que se presumisse a culpa do imputado, e não sua inocência.

A inclusão do princípio em nossa Constituição nos parece indicar uma opção a favor dos valores essenciais de respeito à pessoa humana no âmbito do processo penal, garantindo que será mantido o estado de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória, nisso implicando diversas conseqüências no tratamento da parte passiva, na carga das provas (ônus da acusação) e na obrigatoriedade de que a constatação do delito, e a aplicação da pena, se darão por intermédio de um processo respaldado por todas estas garantias e através de uma sentença fundamentada.

17 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. Belo Horizonte. Ed. Del Rey, 7ª ed., 2007, p. 415.

18 A respeito do debate travado pelas escolas penais italianas sobre o princípio da presunção da inocência, de um lado a escola clássica, cujo expoente máximo era Francesco Carrara, e de outro as escolas positivista e técnico jurídica, representadas por Enrico Ferri e Vincenzo Manzini, ver: TORRES, Jaime Vegas. ob. Cit.

Não estamos divergindo dos muito bem justificados argumentos contrários à presunção de inocência. Porém, talvez os mestres estejam deixando de considerar, de modo a tornar constitucionalmente aplicável tal princípio, certos fundamentos igualmente relevantes, quais sejam: o tempo máximo da prisão cautelar, a suspensão temporária de direitos como alternativa à prisão cautelar e a má-fé processual como elemento de prova a justificar a prisão cautelar.

A propósito da suspensão de direitos como alternativa à prisão cautelar à qual imputo como razoável, diz, em *contrario sensu*, Eugênio Pacelli:

“No presente trabalho (...), procuraremos demonstrar que a liberdade, uma vez realizado o flagrante, e após exaurida a função probatória que lhe é inerente, deve ser restituída ao aprisionado, sem que se proceda a nenhuma conversão ou substituição da custódia cautelarmente efetuada. A aplicação dos regimes de liberdade, com imposição de restrições de direito, não pode estar atrelada, ou, como freqüentemente se diz, vinculada à anterior prisão em flagrante, embora se reconheça seja por ela justificada”.¹⁹

Ousamos, neste ponto, discordar do entendimento do festejado mestre.

O próprio mestre admite a pertinência da aplicação de medidas cautelares àqueles que, por suas atitudes reprováveis, tacitamente abdicaram desse direito, cabendo aplicar as medidas coercitivas razoáveis, conforme a gravidade do crime que se tenha cometido, como aliás é adotado no Código de Processo Penal português²⁰. Por óbvio, quanto mais grave o crime, maior deverá ser a observância de cautela na aplicação de restrições de direitos, inclusive ao da liberdade.

19 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória. Belo Horizonte. Ed. Del Rey, 7ª ed, 2007, p. 84.

20 Pacelli menciona, na mesma obra, que o código português refere-se expressamente aos princípios da adequação e proporcionalidade, “exigindo que as medidas coercitivas cautelares que o caso requer e proporcionais à gravidade do crime e às sanções que previsivelmente venham a ser aplicadas (art. 193 CPP português)”.

Capítulo 3 – AS PRISÕES CAUTELARES, A PRISÃO TEMPORÁRIA E ADIN.

Dentre as cautelas de natureza penal, sem dúvida a de maior gravidade é a prisão.

Diversamente da prisão penal decorrente de sentença transitada em julgado, a prisão cautelar, também denominada “prisão processual”, não deve ser um instrumento de antecipação punitiva, mas sim constituir um instrumento para a realização do processo ou para garantia de seus resultados, quando existirem receios quanto à sua efetiva aplicação.

Apesar da clareza da distinção teórica entre a prisão-pena e a prisão como medida de cautela processual, na prática isso não é tão visível, tanto assim que o próprio legislador

prevê a detração do tempo de prisão provisória (art. 42, CP) além de determinar a aplicação de normas de execução ao preso provisório (LEP, art. 2º, § único).

Essa confusão também se verifica quando analisamos as múltiplas funções que são atribuídas às prisões cautelares, são elas: as instrumentais, como assegurar a presença do acusado nas diversas fases do processo ou para garantir a futura execução da pena, bem como a custódia preventiva atende também a fins extraprocessuais, quais sejam: a imediata reação ao delito, e a prevenção de novos crimes que possam vir a ser cometidos pelo réu, relacionado ou não à primeira infração.

As prisões de natureza cautelar têm que ser exceções de natureza tão excepcional²¹, que tenham o condão de superar até mesmo preceitos constitucionais privilegiadores da liberdade, sendo necessariamente fundadas em razões excepcionais de cautela.

Contudo, essas medidas excepcionais também precisam estar, para que não haja uma quebra da lógica hierárquica, compatíveis com os desígnios constitucionais, subordinadas em relação a este.

Há, evidentemente, circunstâncias especiais que põem em risco a efetividade da tutela jurisdicional, que autorizam excepcionalmente o exame prematuro dos fundamentos da acusação, ainda que esse exame se dê de forma sumária, como na prisão em flagrante, para que o juiz possa dispor sobre a conservação de situações atuais ou mesmo sobre a antecipação do resultado que se espera do processo.

Algumas dessas medidas incidem sobre a pessoa do acusado alterando seu *status libertatis* e sua dignidade (prisões provisórias, medidas de segurança, interdições de direitos, restrições processuais). Por essa razão, é extremamente desejável que a adoção dessas medidas não se dê de forma indiscriminada como um subterfúgio para a imposição de sanções atípicas que, sob a justificção da urgência e da necessidade, acabam por tornar-se instrumento de subversão dos princípios fundamentais do Estado de Direito.²²

21 Eugênio Pacelli defende que a custódia cautelar deve orientar-se pelo critério da “excepcionalidade”, ou seja, a regra é a liberdade, a prisão, exceção.

22 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Presunção de inocência e prisão cautelar. São Paulo, 1990, p. 57.

Não se pode ser tão ingênuo a ponto de imaginar um direito absoluto à liberdade, mesmo antes de sentença penal condenatória. Pelo contrário. O único direito absoluto consagrado na constituição é o da vida, que mesmo assim, ainda sofre redução de sua condição pela questionável previsão de crime de ordem militar, na vigência da decretação de estado de guerra declarada.

Difícil seria, portanto, ambicionar que o direito à liberdade pudesse abranger todas as circunstâncias postas à apreciação do poder judiciário. Eis que, de fato, as prisões são absolutamente justificáveis e necessárias à efetivação de um bem social maior: O da efetiva aplicação da justiça.

Certamente virá um momento em que, para se buscar verdade e aplicar a justiça, necessário se fará intervir no direito à liberdade daqueles que, sobre estes, pese alguma acusação baseada em provas, não em indícios.

Deve-se achar um ponto de equilíbrio na dicotomia entre a aplicação ou não das medidas cautelares, de forma que ao assumirmos que a regra é a prisão cautelar, corre-se o risco do erro judicial, e do cometimento de uma injustiça. Se, por outro lado, abolirmos as cautelares pessoais, correremos o risco da impunidade, do descrédito do sistema judiciário com conseqüente anarquia que abalaria os alicerces do sistema democrático.

Podemos abordar esse pensamento na análise das bases principiológicas, pressupostos, elementos e as espécies de prisão cautelar e seus requisitos, contidos no Código de Processo Penal brasileiro.

3.1 – Da base principiológica das prisões cautelares.

Analisaremos aqui os princípios orientadores em matéria de prisões cautelares, pois são estes que darão as bases jurídicas a permitir a coexistência de uma prisão sem a sentença penal condenatória com o garantia constitucional da presunção de inocência.

A) Jurisdicionalidade.

Este princípio, previsto no art. 5º, LXI, está ligado umbilicalmente ao *due process of law*, ao prever que “ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Torna-se óbvio da leitura do dispositivo que para haver uma prisão cautelar válida, necessariamente deverá haver um processo anterior ou inquérito policial (*nulla poena sine praevio iudicio*), ou seja, as prisões de natureza cautelar só poderiam ser toleradas **após o início formal de uma persecução penal**.

Contudo, não é isso o que se verifica na prática abusiva das medidas cautelares em nome da instrumentalidade e necessidade, para ser utilizada como medida antecipatória de pena, especialmente na malfadada espécie cautelar da prisão preventiva.

Segundo Aury Lopes, a jurisdicionalidade é o princípio segundo o qual ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de crime militar. Logo, excetuando-se a prisão em flagrante, ninguém poderá ser preso por ordem de delegado de polícia, promotor ou qualquer outra autoridade que não a judiciária, juiz ou tribunal, competente para tanto.²³

A prisão em flagrante, vista anteriormente, não tem natureza cautelar e sua manutenção depende, necessariamente da concordância da autoridade judiciária competente cabendo *Habeas Corpus* quando abusiva ou ilegal, nos termos do art. 648, II, do CPP.

B) Provisiolnalidade.

Quando pensamos numa prisão cautelar, logo nos vem à mente a existência de uma situação anterior que a justifique. Dessa situação fática temos que extrair necessariamente os elementos que dão suporte à manutenção da prisão: Um requisito: o *fumus comissi delicti* e um fundamento: o *periculum libertatis*²⁴.

A ausência ou fragilidade de qualquer desses elementos impõe a imediata soltura do imputado em razão do estabelecido por este princípio previsto no art. 316 do CPP segundo

²³ LOPES JR. Aury. Introdução crítica ao processo penal, Ed. Lúmen Júris, 2ª Ed. Rio de Janeiro, 2005, p.1196.

²⁴ Estes institutos serão apreciados mais adiante.

o qual “a prisão preventiva (e todas as cautelares) poderá ser revogada a qualquer tempo, no curso do processo ou não”²⁵, desde que desapareçam os motivos legitimadores, ou decretada novamente, se verificado a ocorrência do *periculum libertatis*”.

A situação anterior que justifica a medida cautelar não pode ser presumida, devendo ser comprovada cabalmente a sua ocorrência. A mera presunção é justificativa frágil demais e quase sempre carente de provas consistentes.

tampouco é obrigatória, pois se configuraria antecipação de pena, sendo que a única que mereceria tal status excepcionalíssimo seria a prisão decorrente de flagrante próprio.

C) Provisoriedade.

Aqui o princípio está ligado ao fator tempo, um dos mais importantes e não por acaso, não regulamentado.

Como medida cautelar que é, a prisão deverá ter um prazo estabelecido e reduzido, bem como deveria ser objeto de contínua revisão periódica da necessidade da continuação da imposição de tal medida.

A nefasta lei das prisões temporárias é, desgraçadamente, a única a regulamentar essa matéria em seus artigos mas, como veremos adiante, trata-se de uma lei atacada por declaração de inconstitucionalidade.

O certo é que qualquer que seja o prazo concebido, eis que nada poderá reverter o efeito estigmatizante de uma prisão, e, sem limites temporais definidos, impõem-se uma urgente discussão em torno da matéria, normatizando os limites máximos de duração das prisões cautelares, para que superados estes limites, a prisão seja absolutamente ilegal.

D) Excepcionalidade.

25 No Casio de prisão preventiva na fase de inquérito policial.

As medidas cautelares devem ser vistas como a *ultima ratio* do sistema, como resposta estatal reservada aos crimes mais graves, tendo em vista os custos elevados que representam, tanto para o Estado quanto para o imputado. A massificação e banalização dessas medidas criam uma crise e degeneração da medida cautelar pelo mau uso desta.

O princípio da excepcionalidade serve como amparo filosófico à medida cautelar para evitar que se adote a abusiva prática do “prende primeiro e processa depois” ou “todos devem ser considerados culpados até prova em contrário”, servindo também para desconstrução da premissa de valorização da hipótese sobre o fato, onde primeiro se prende para depois investigar.

Preservar o caráter excepcionalíssimo da prisão cautelar reforça a necessidade desta, quando respaldado em trabalho de investigação e coleta de provas que demonstrem o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*.

E) Proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade é, por sua aplicação em diversos ramos do direito, um princípio universal.

A aplicação de medidas cautelares no processo penal encontra-se no ponto mais sensível do difícil equilíbrio entre dois interesses diametralmente opostos: O interesse estatal na eficácia da repressão aos delitos e o respeito ao direito de liberdade do imputado.

Este importante princípio é o que deverá nortear a conduta do juiz diante do fato concreto, pois através da análise cuidadosa deste, deverá ele ponderar sobre a gravidade da medida imposta com a finalidade almejada, adequando entre a presença dos elementos autorizadores da prisão com as graves conseqüências do encarceramento, causando a estigmatização jurídica e social que sofrerá o acusado.

Segundo Aury Lopes²⁶, o princípio da proporcionalidade se subdivide em dois outros sub-princípios: a adequação e necessidade.

A adequação informa que a medida cautelar deverá ser apta aos seus motivos e fins de forma que, se houver outra medida menos onerosa ao imputado e igualmente apta a cumprir sua função, esta deverá ser adotada.

Quanto à necessidade diz o autor que esta, não deve exceder o imprescindível para realização do resultado que almeja, evitando-se assim, os abusos e reforçando a idéia dos princípios anteriormente analisados como a provisoriedade e provisionalidade.

3.2 – Dos pressupostos das prisões cautelares.

Entende-se como necessária à decretação das prisões de natureza cautelar a presença de elementos justificadores da medida, quais sejam: O *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, além da comprovação dos indícios de autoria e materialidade, resultando desse conjunto uma base probatória capaz de indicar graves indícios de culpabilidade do agente, como pressupostos indispensáveis para a adoção de qualquer medida restritiva da liberdade da pessoa.

Como salienta Eugênio Pacelli:

“Considerando que a instrumentalidade é uma das funções características do processo, vista em relação ao direito material que fundamenta a pretensão, o mesmo deverá ocorrer com a prisão do não-culpado, antes do trânsito em julgado, diante da regra geral, decorrente do postulado da inocência. A custódia, então, vedada a antecipação da culpabilidade, deve se orientar pelo critério da excepcionalidade, fundada sempre, em razões de cautela, quando revelada a necessidade da prisão, como única forma de preservação da eficácia e efetividade da jurisdição penal. Sem o comprovado risco – vedado aqui também o receio decorrente de mera especulação – de se ver frustrado o regular desenvolvimento do processo ou a execução da sentença condenatória.

26 LOPES JR, Aury. Introdução crítica ao processo penal, Ed. Lúmen Júris, 2ª Ed. Rio de Janeiro, 2005, p. 180.

Não há por que se impor medida restritiva á liberdade do acusado, sem incorrer em violação do devido processo legal”²⁷.

Temos como acertada a eleição do *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* como pressupostos das prisões cautelares feitas por Aury Lopes Jr., ao invés da equivocada posição da doutrina tradicional em identificar como requisitos das prisões cautelares o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Ele aponta o equivocado transporte de alguns conceitos de processo civil estabelecidos por Calamandrei ao afirmar que “*O equívoco consiste em buscar a aplicação literal da doutrina processual civil ao processo penal, exatamente em um ponto em que devemos respeitar as categorias jurídicas próprias do processo penal, pois não é possível tal analogia*”.²⁸

Justifica o insigne autor sua posição afirmando que, no direito penal, o requisito para a decretação de numa medida coercitiva não se baseia na probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim na constatação de um fato aparentemente punível, ou seja a fumaça de que um crime tenha sido perpetrado, com os indícios suficientes de autoria.

E aponta também a impropriedade do *periculum in mora* como requisito pois, no direito penal, o fator determinante não é a demora no sistema cautelar penal, mas sim o estado de liberdade do imputado (*periculum libertatis*), consubstanciada na situação de perigo criada pela conduta deste em tentar frustrar a pretensão punitiva estatal materializada na tentativa de destruição de provas, coação de testemunhas ou mesmo a realização de ações que indiquem a intenção de fuga.

Conclui afirmando que não se exige um juízo de certeza da existência de um delito, mas a probabilidade razoável deste ter ocorrido, autorizador da imposição de medida cautelar.

3.3 – Das finalidades das prisões cautelares.

27 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória. Belo Horizonte. Ed. Del Rey, 7ª ed, 2007. p. 74.

28 LOPES JR, Aury. Introdução crítica ao processo penal, Ed. Lúmen Júris, 2ª Ed. Rio de Janeiro, 2005, p. 189.

Como já foi abordado anteriormente, as prisões decretadas antes da condenação somente encontram justificação respaldadas na excepcionalidade de situações em que a liberdade do acusado possa trazer algum prejuízo ou ameaça ao desenvolvimento e efetividade da atividade processual.

Contudo, percebe-se não ter sido nesse sentido que o legislador ordinário orientou-se ao atribuir as finalidades das prisões cautelares elencadas no código de processo penal, quais sejam, “garantia da ordem pública”, “conveniência da instrução criminal”, e “assegurar a aplicação da lei penal”.

3.3.1 – A prisão para garantia da ordem pública.

O conceito de ordem pública não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e sua repercussão.²⁹

A garantia da ordem pública, usada como fundamento da prisão preventiva, vem sofrendo, pela maioria dos operadores do direito, uma interpretação extensiva. O que na prática ocorre é que os decretos de custódia preventiva com a finalidade de garantir a ordem pública estão relacionados com os mais diversos motivos, tais como: clamor social, gravidade do delito, exemplaridade, periculosidade do agente, abalo ou inquietação social etc.

Devido à incerteza conceitual da expressão “ordem pública”, o juiz, ao decretar a prisão preventiva com este fundamento, deve fazer uma leitura restritiva da norma, respeitando os princípios da legalidade e da proibição da analogia “in malam partem”, observando sempre o que é melhor para o réu.

Dessa forma, a prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública, viola garantias constitucionais do cidadão. Este fundamento, na realidade, é vazio de sentido, e sujeita-se a qualquer juízo hipotético do julgador. Sob o frágil fundamento de garantir a ordem pública poderia o magistrado decidir a decretação da medida cautelar sem levar em consideração as circunstâncias pessoais dos réus e, sem qualquer outro fundamento, têm mantido encarceradas desnecessariamente muitas pessoas em nosso país.

29 MIRABETE, Julio Fabbrini. "Código de Processo Penal Interpretado" 2.ed. São Paulo: Atlas, 1995.p. 377.

Necessário se faz aprofundar a discussão e a reflexão sobre a insuficiência do fundamento de garantia da ordem pública para a decretação da prisão preventiva de um acusado. É preciso estabelecer critérios legais objetivos que procurem disciplinar rigidamente as hipóteses que mereçam e, principalmente necessitem, da imposição da medida cautelar.

3.3.1 – A prisão como conveniência da instrução criminal.

Esta finalidade da cautelar cuida, de forma precípua, à prova de que o réu possa intimidar testemunhas ou ainda ocultar prova. Percebe-se assim a preocupação com o *periculum in mora*, haja vista que não se alcançará a verdade real caso o réu continue em liberdade até o final do processo.

É uma finalidade útil e concernente a garantir a aplicação da lei penal, pois refere-se ao caso de inviabilizar a execução da pena em função de iminente ação do agente visando impossibilitar a apuração dos fatos, intimidação de testemunhas ou promover a destruição de provas.

No entanto, não estando comprovados cabalmente tal intenção do agente, não há que se cogitar a decretação da prisão em questão, ou sequer a requisição ou manutenção desta.

Fernando Capez entende da mesma forma e assevera:

"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, da qual a prisão preventiva é espécie, não seria nada mais do que uma execução da pena privativa de liberdade antes da condenação transitada em julgado e, isto sim, violaria o princípio da presunção da inocência."³⁰

Destarte, fica claramente demonstrada a natureza da prisão preventiva que é, diferentemente da prisão definitiva de natureza punitiva.

³⁰ CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal – parte geral. 6ª edição rev., vol. 01, São Paulo:Saraiva, 2001. p. 230.

3.3.1 – A prisão para assegurar a aplicação da lei penal.

Enfim, a terceira das finalidades atribuídas à prisão preventiva pelo legislador ordinário se configura com vista a “assegurar a aplicação da lei penal”.

Neste tipo de finalidade, o temor se configura na hipótese de possível fuga do acusado, por este temer uma possível condenação, impossibilitando dessa forma a consumação dos efeitos da sentença penal condenatória.

Aqui, assim como na “garantia da ordem pública” tem-se a aplicação de medida cautelar prisional sob o manto da mais pura especulação, baseada numa suposição que, desacompanhada de qualquer elemento fático da intenção do acusado de imiscuir-se da sanção penal iminente, evidencia-se mais uma vez a escolha entre encarceramento antecipado de alguém que pode vir a ser considerado inocente e o risco de tornar impossível a aplicação da sanção penal, optando-se pela primeira alternativa, baseada nesta finalidade da prisão cautelar final.

Trata-se, na verdade, de um “expediente prático a serviço de um sistema que reconhece a própria incapacidade em providenciar medidas adequadas para o cumprimento de suas decisões”³¹, aceito como um mal necessário que, do ponto de vista de Antonio Magalhães Gomes Filho, não ofende, a princípio, a presunção de inocência eis que para ele, na hipótese, não se parte de uma equiparação entre a situação do acusado e do culpado, não se tratando de uma função essencialmente punitiva.

Diferentemente da cautela instrumental, que predomina antes da instrução penal durante a fase colheita de provas, esta modalidade da cautela vai tomando forma conforme vão se reunindo elementos capazes de autorizar a mera suposição de que o resultado da persecução penal culminará em uma condenação.

Ora, a pergunta que se faz é em que circunstância se dá essa suposição? Se o acusado tiver a consciência de que, quanto mais próximo da prolação da sentença, maior as

31 PSAPIA apud GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Presunção de inocência e prisão cautelar. São Paulo, 1990, p. 71.

chances de ser posto em custódia antecipada, que efeito essa incerteza traria no ânimo do acusado, senão de um crescente sentimento de insegurança, patrocinado pelo próprio Estado?

Se o argumento em que se baseia a cautelar é o de assegurar a aplicação da lei, que o Estado edite leis que permitam a tomada de medidas alternativas próprias a evitar a fuga, como confisco de passaportes, recolhimento domiciliar e outras menos danosas e tão eficientes quanto o encarceramento cautelar.

3.4 - As espécies de prisões cautelares.

3.4.1 – Da prisão em flagrante. Espécies previstas no Código de Processo Penal.

Prevista no art. 302, incisos I, II e III do CPP, é a prisão que ocorre quando o agente está “cometendo a infração penal, acaba de cometê-la ou é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido, ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser ele autor da infração”.

Nesse particular evento, o flagrante próprio, em que o agente é surpreendido executando a atividade criminosa (art. 302, I, CPP), ou acaba de cometer a ação (art. 302, II, CPP), evidente que aplicável a prisão, não só para cessar a ofensa e preservar o direito em perigo, seja porque a prova necessária para incriminação é praticamente incontroversa. Nesse caso, o próprio termo cautelar se encaixa na providência a ser tomada, eis que frágil a alegação do *in dubio pro reo*, posto que dúvida nenhuma ou quase nenhuma paira sobre a autoria.

Além disso, nessa hipótese de estado de flagrância, estão presentes os requisitos que autorizariam a antecipação de responsabilidade penal, quais sejam: a autoria, a tipicidade, a culpabilidade e a existência do fato.

Na hipótese do art. 302, III, chamada pela doutrina de flagrante impróprio ou pela malfada expressão “quase-flagrante”, no caso em que alguém ou é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido, ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser ele autor da infração. Neste caso, tem-se a precariedade do elemento autoria, visto que o que se apurou foi a visibilidade da fuga e não do cometimento do ato, consubstanciada na expressão “faça presumir” que o fugitivo seja o autor da ação criminosa.

A última modalidade de prisão em flagrante é conhecida como flagrante presumido, muito semelhante ao flagrante impróprio, eis que ambos têm, como elemento comum, seu fundamento numa presunção de autoria. Diz o art.302, VI, que se considera em flagrante delito quem “é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração”.

Como já foi dito, a função da prisão em flagrante é o de fazer cessar a ofensa, impedindo a consumação do delito e dos seus efeitos quando esta está sendo praticada, ou para que, já tendo sido consumado o ato, o autor não venha a livrar-se solto. Por esse motivo o Código de processo Penal autoriza a qualquer pessoa do povo a realizar a prisão em flagrante, inclusive com a possibilidade de violação de domicílio sem o devido mandado judicial, ainda que durante a noite, numa excepcional exceção à regra do art. 282 do CPP, segundo a qual “à exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão em virtude de pronúncia ou nos casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente”.

Como a autoridade competente referida na norma é a autoridade judiciária, a prisão em flagrante realizada por qualquer do povo ou autoridade policial tem a natureza de prisão administrativa³², precária, necessitando ser submetida esta ao crivo do judiciário, após a lavratura do auto de prisão e observância das demais requisitos legais, sendo indispensável a fundamentação da manutenção da prisão.

32 Segundo Miguel Tedesco Wedy a prisão em flagrante: “Trata-se, segundo a doutrina tradicional, de medida administrativa, pois levada a efeito pela autoridade, sem ordem expressa do poder judiciário” in Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização, Rio de Janeiro, Ed. Lúmen Iuris, 2006, p. 125.

Isto porque, mesmo no estado de flagrância, existem circunstâncias que amenizariam ou até mesmo descrimariam a conduta aparentemente criminosa (excludentes da ilicitude e excludentes de culpabilidade), além da possibilidade da concessão de fiança (art. 310, *caput*, CPP). Necessário, então, fazer-se uma completa e sumária apuração das circunstâncias do fato, para então, justificadamente, negar-lhe o direito à liberdade provisória ou conceder o gozo dessa regalia.

3.4.2 – Da prisão preventiva.

Prevista no art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva é uma medida cautelar por excelência, que pode ser decretada para a “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 indícios suficientes de autoria”.

A prisão preventiva tem por objeto a garantia do normal desenvolvimento do processo garantindo uma eficaz aplicação do poder punitivo estatal, podendo esta ocorrer, segundo Miguel Tedesco Wedy³³, nos casos de reiteração delitiva do agente, para tranquilizar a sociedade em caso de crime grave, para realçar e proteger a credibilidade da justiça e garantir a integridade física do sujeito passivo da prisão., bem como promover a questionável garantia da ordem pública e ordem econômica³⁴.

Questionável porque a idéia de “ordem pública e econômica”, enquanto conceito difícil de ser delimitado, constitui um subterfúgio retórico do legislador com o objetivo claro de fazer prevalecer o interesse da repressão em detrimento dos direitos e garantias individuais

³³ WEDY, Miguel Tedesco. Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização. Ed lúmen Iuris, Rio de Janeiro, p. 136.

³⁴ Ibidem.

³⁵ FIORE, Carlo apud GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Presunção de inocência e prisão cautelar. São Paulo, 1990, p. 67.

, relacionando esta a todas àquelas finalidades das prisões preventivas que não se enquadram nas exigências de caráter cautelar propriamente dita, por não possuírem o caráter instrumental relacionado com os meios e fins do processo, mas que constituem formas de privação da liberdade adotadas como “medidas de defesa social”,

A "garantia da ordem pública" é um termo impreciso e sujeito a diversas interpretações, podendo estar de acordo com os fins mais diversos, havendo principalmente na jurisprudência, enorme casuísmo no trato da matéria, gerando insuportável insegurança jurídica no trato de tema tão importante, qual seja, a privação da liberdade antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Da análise das expressões utilizadas para justificar a "garantia da ordem pública", percebe-se que as mesmas são em verdade conceitos vazios e sem conteúdo processual, como por exemplo, a “potencialidade lesiva do crime” ou “gravidade do delito”, a “preservação da credibilidade na Justiça”, a “periculosidade do agente” ou “reiteração criminosa”, o “clamor público”, entre outras presentes na jurisprudência.

A “potencialidade lesiva” ou “gravidade do delito”, a nosso ver, é por demais subjetiva para que possa servir de base para a manutenção da prisão de alguém, afinal, isto por si só não enseja a custódia do agente, uma vez que não mais existe a previsão de prisão preventiva obrigatória para crimes graves na legislação brasileira, devendo-se demonstrar no caso concreto, os elementos indicadores do *periculum libertatis*. Eis a orientação do Supremo Tribunal Federal:

"A gravidade do crime imputado ao réu, por si só, não é motivo suficiente para a prisão preventiva". (STF, HC. nº 67.850-5).

O argumento de que a necessidade de “preservação da credibilidade na justiça” pode acarretar a prisão para "garantia da ordem pública", é dos que mais atenta contra os princípios processuais penais cautelares, pois, *"a prisão preventiva não pode ser instrumento da ação judicial para servir a essa pobreza cultural que exige cadeia imediatamente para todo e qualquer acusado..."*³⁶. A via da “exemplaridade” e da “satisfação do sentimento de justiça”, não são fundamentações coerentes para a prisão preventiva, pois, trata-se de

36 Min. Edson Vidigal, STJ, RHC nº 2.725-7.

antecipação dos efeitos da pena, que viola o devido processo legal e a presunção de não-culpabilidade.

Isto porque a prisão preventiva está submetida ao princípio da *necessidade estrita*, não podendo, em qualquer hipótese, ser confundida com antecipação de pena.³⁷

Nesse sentido, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal:

“Prisão preventiva – enquanto medida de natureza cautelar – não tem por finalidade punir, antecipadamente, o indiciado ou o réu. A prisão preventiva não pode – e não deve – ser utilizada pelo poder público como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenação sem defesa prévia. A prisão preventiva – que não deve ser confundida com a prisão penal – não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal” (grifo nosso).³⁸

Já o argumento relativo à “periculosidade do agente”, que visa fundamentar a prisão preventiva para que o agente não “volte a delinquir”, não “prossiga na reiteração criminosa” ou não “consume um crime tentado”, só se justificaria em dado concreto em face do comportamento do acusado³⁹, pois não se pode por outro lado permitir que a presunção de inocência seja um salvo conduto para a prática de crimes, podendo ser estes previstos e evitados via medida cautelar..

Como já foi demonstrado há, evidentemente, situações onde a medida cautelar não se configura numa antecipada presunção de culpabilidade, mas numa medida coercitiva contra uma ameaça real, tangível e apurável, para que se alcance, em primeiro lugar, a proteção ao bem ameaçado e só após esta estar salvaguardada, passe-se a analisar da possibilidade do livramento do agente.

Por outro lado, não há como negar que a decretação de prisão preventiva baseada tão somente em duvidosos indícios de autoria, não respaldados em provas, histórico criminal e

37 MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. Ed. Saraiva, São Paulo, 2ed. p. 661.

38 RHC 81.395/TO, 2ª Turma. Unânime, Rel. Celso de Mello, DJ de 15-08-2003.

39 MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. Ed. Saraiva, São Paulo, 2ed. p. 662

de conduta do agente, configura-se numa indevida dupla presunção: a primeira, de que o imputado realmente cometeu um delito; a segunda, de que, em liberdade e sujeito aos mesmos estímulos, praticará outro crime ou, ainda, envidará esforços para consumir o delito tentado. Com a referida *presunção de reiteração*, restariam violadas, portanto, as garantias constitucionais da desconsideração prévia de culpabilidade (Constituição da República, art. 5º, LVII) e da presunção de inocência (Constituição da República, art. 5º, § 2º, c/c os arts. 14, 2, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, e 8º, 2, 1ª parte, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).⁴⁰

Também é igualmente frágil, aceitar-se que o “clamor público” pode fundamentar a prisão preventiva, pois o “clamor público” não passa de uma reação emocional de um grupo ante a divulgação de alguma notícia de crime feita pela mídia, que, como já aconteceu várias vezes, se mostrou precipitada, submetendo a(s) pessoa(s) apontadas como autor(as) do fato à instantânea condenação social⁴¹. Ademais, na maioria dos casos concretos, não se vislumbra qualquer alteração excepcional no bojo social, que não seja a decorrente de qualquer delito que se cometa, logo, é inconstitucional atribuir à prisão cautelar a função de controlar o alarma social, e por mais respeitáveis que sejam os sentimentos de vingança, nem a prisão preventiva pode servir como pena antecipada e fins de prevenção, nem o Estado, enquanto reserva ética, pode assumir papel vingativo⁴².

3.4.3 – Da prisão decorrente de pronúncia.

Antes da promulgação da famosa Lei Fleury, o réu, quando pronunciado deveria obrigatoriamente ser recolhido à prisão. Hoje, por ocasião da pronúncia, constatado que o réu é primário e de bons antecedentes, poderá o juiz deixar de decretar a prisão ou revogá-la, caso se encontre preso, conforme disposto no art. 408, §2º do CPP.

Ora, tem-se que a sentença de pronúncia é instrumento próprio de certos crimes contra a vida, latrocínio, homicídio entre outros cuja gravidade não carece de maiores considerações. Pois bem, percebe-se que se decretada a prisão do réu, esta se dará pelo

40 DELMANTO JUNIOR Roberto. As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração. Rio de Janeiro. Renovar, 1998, p. 152-153.

41 Fato notório a basear essa constatação deu-se no episódio conhecido como “crime da Escola Base”, onde aos donos da referida instituição foram imputados crimes que posteriormente constatou-se não terem sido praticados.

42 DELMANTO JUNIOR Roberto. op cit.. p.206.

simples fato do mesmo ter anotações penais em sua ficha pregressa, sem ter esta prisão qualquer relação com a cautelaridade, segundo Miguel Tedesco Wedy⁴³.

De fato, tal prisão é declarada levando-se unicamente em consideração a mancha na ficha criminal do imputado, o que, como já visto, não é justificativa suficiente a respaldar a privação de liberdade. Porém, também não é menos certo que tratar-se de um rol de crimes gravíssimos, que atentaram contra a vida de outrem, e mais, fato imputado a quem já não goza mais do manto protetor da primariedade. Não se trata de uma presunção antecipada de culpabilidade, mas de uma presunção de periculosidade⁴⁴ na constatação de que o pronunciado tem contra si, em seu histórico penal, condenações que passadas em julgado não podem ser simplesmente ignoradas.

Como já frisamos, nenhum direito ou garantia em nosso ordenamento jurídico tem caráter absoluto, e neste caso específico, dado a gravidade da imputação e o manchado passado do imputado, reveste-se sim tal situação dos requisitos acauteladores justificadores da medida preventiva. Mais uma vez não advogamos por uma estigmatização perpétua, mesmo porque isso seria juridicamente inaceitável, mas também não podemos, na ocorrência de nova imputação em crime tão reprovável, tratar igualmente os desiguais.

Nesse particular, ousamos discordar da abalisada opinião de Wedy, que repudia esta medida por considerá-la uma afronta à concepção de um processo acusatório e também uma violação de um direito penal de intervenção mínima. Não acreditamos poder haver intervenção mínima a quem se imputa uma ofensa a bem jurídico tão precioso tendo contra este sentença penal condenatória já transitada em julgado.

Nesse aspecto, somos inclinados a aderir à concepção de Tourinho Neto, que tenta conciliar, numa construção jurídica adequada, a prisão em decorrência de pronúncia com a prisão preventiva, admitindo a primeira, caso presentes os requisitos de cautelaridade ocorrentes na segunda. Parece-nos bastante razoável tal construção, mesmo que esta deixe de considerar a não-primariedade do imputado como fator a ensejar a adoção de medida cautelar.

43 WEDY, Miguel Tedesco. Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização. Ed Lúmen Iuris, Rio de Janeiro, p. 140.

44 Segundo Weber Martins Batista “O juízo de cautela é mero juízo de periculosidade e não de culpabilidade, vale dizer, a lei não o considera culpado, mas perigoso”. In Revista dos julgados e doutrina do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, nº 06, 1990, 2º trimestre, p. 15/23.

3.4.4 – Da prisão decorrente de sentença condenatória recorrível.

A carta da republica diz claramente em seu art. 5º, LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Também diz que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade competente” (art. 5º, LXI).

Tem-se daí que em verdade, a concepção de prisão em nosso ordenamento constitucional diz respeito ao atendimento e dos requisitos e fundamentos das cautelares. Percebe-se, mais uma vez, que não é admissível, sob pena de violação de garantias fundamentais de liberdade, a prisão daquele que não é, ainda, considerado culpado.

Porém, a regras do art. 594 do CPP, condicionam o direito à apelação de sentença penal condenatória ao recolhimento do acusado à prisão, sem que estejam presentes os requisitos, fundamentos e condições das cautelares⁴⁵.

Mais uma vez afrontam-se desígnios constitucionais sob a justificativa desse tipo de prisão não ter o caráter cautelar, mas sim tratar-se de uma execução provisória de pena, mero efeito da sentença condenatória que aprecia o mérito da pretensão punitiva, com natureza de tutela satisfativa ainda que submetida à condição resolutiva, no entendimento de Afrânio Silva Jardim⁴⁶.

Segundo Wedy, o entendimento do festejado processualista é baseado na sua concepção unitária de processo visando garantir ao preso provisório os direitos do apenado previstos nas leis penais, processuais e na LEP, como a progressão de regime, sursis, etc.

Melhor seria, e mais lógico também, garantir ao apenado os direitos constitucionais aos quais certamente faz direito, qual seja, o de não ser levado à prisão antes de terem sido esgotados todos os meios de defesa que estivessem ao seu alcance.

Pois, se levado o réu à prisão e o Tribunal, ao apreciar a apelação tempos depois, considerá-lo inocente em decorrência de algum vício ou atipicidade da conduta do agente? Qual seria a reparação capaz de compensar tal infortúnio?

⁴⁵ O Superior Tribunal de Justiça sumulou a questão, através de sua súmula nº 09, permitindo a prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, desde que, devidamente fundamentada e provada a necessidade desta (art. 312 do CPP).

⁴⁶ JARDIM, Afrânio Silva apud WEDY, Miguel Tedesco. Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização. Ed lumen Iuris, Rio de janeiro, p. 143.

Segundo Luiz Flávio Gomes⁴⁷, a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória só pode ocorrer se estiverem presentes os requisitos de cautelaridade e a necessidade imperiosa de sua decretação, mesmo que ainda pendentes o recurso especial e/ou extraordinário, para que não se caracterize uma execução antecipada da pena.

Portanto, qualquer decisão que importe em cerceamento de liberdade do réu fundada apenas em decisão condenatória sem trânsito em julgado e desprovida dos requisitos necessários a manutenção da custódia cautelar, atenta contra o princípio constitucional da presunção de inocência, bem como macula o direito à ampla defesa e o contraditório.

Conforme se depreende do v. acórdão do STJ:

“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO, OCULTAÇÃO DE ARMA E FALSA IDENTIDADE. PRISÃO EM FLAGRANTE EM 22.10.06. LIBERDADE PROVISÓRIA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA A MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. MATERIALIDADE DO CRIME E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. PRESERVAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA E DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO PREJUDICADA DIANTE DA SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. ORDEM DENEGADA.

1. A exigência de fundamentação do decreto judicial de prisão cautelar, seja temporária ou preventiva, bem como do indeferimento do pedido de liberdade provisória tem atualmente o inegável respaldo da doutrina jurídica mais autorizada e da Jurisprudência dos Tribunais do País, sendo, em regra, inaceitável que a só gravidade do crime imputada à pessoa seja suficiente para justificar a sua segregação, antes de a decisão condenatória penal transitar em julgado, em face do princípio da presunção de inocência. Por conseguinte, é fora de dúvida que a manutenção da constrição cautelar há de explicitar a necessidade dessa medida vexatória, indicando os motivos que a tornam indispensável, dentre os elencados no art. 312 do CPP, como, aliás, impõe o art. 315 do mesmo Código.

2. In casu, o reconhecimento da materialidade do delito e da presença de indícios veementes de autoria, aliados à alta periculosidade do paciente que demonstra possuir forte propensão à prática criminosas, uma vez que responde a 20 processos e possui contra si 10 mandados de prisão cumpridos; bem como o fato de não estar

⁴⁷ GOMES, Luiz Flávio apud WEDY, Miguel Tedesco. Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização. Ed lumen Iuris, Rio de Janeiro, p. 145.

radicado no distrito da culpa, constituem motivação suficiente, que torna imperiosa a manutenção da segregação provisória, como forma de resguardar a ordem pública e a instrução criminal.

3. A preservação da ordem pública não se restringe às medidas preventivas da irrupção de conflitos e tumultos, mas abrange também a promoção daquelas providências de resguardo à integridade das instituições, à sua credibilidade social e ao aumento da confiança da população nos mecanismos oficiais de repressão às diversas formas de delinquência.

4. As condições subjetivas favoráveis do paciente, tais como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito, por si sós, não obstam a segregação cautelar, quando preenchidos seus pressupostos legais.

5. Sobrevindo sentença condenatória, resta sem objeto a alegação contida na proemial de excesso de prazo para a formação da culpa.

6. Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial.”⁴⁸

3.5 – A Prisão temporária e a recente ADIn 4109.

A Lei 7.960 de 21 de dezembro de 1989 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da prisão temporária, mediante conversão da medida provisória nº 111 de 24 de novembro de 1989.

Curiosamente, a medida provisória que originou esta lei foi inspirada em um projeto de lei anterior à atual Constituição de 1988, projeto este que, ironicamente, fora repelida pelo próprio governo militar por ser considerada claramente antidemocrática.

Não fosse suficiente este fato a lançar sobre a matéria um alto grau de desconfiança, esta lei nasceu em um momento histórico conturbado, marcado pelo fracasso do modelo econômico do governo Sarney e pela conseqüente insegurança social decorrente da instabilidade econômica, propiciadora da implantação de uma ideologia de política criminal de endurecimento.

48 STJ. HC nº 91.086/MS. Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho. 5ª Turma. Data 28.08.2008.

Nesse viés, luminosa a lição lapidar do doutrinador Alberto Silva Franco⁴⁹, segundo ele:

“A referida corrente político-criminal, surgida na década de setenta e com ampla ressonância até mais da metade da década de oitenta, encontrou origem em alguns fatos merecedores de especial atenção:

- a) no incremento da criminalidade violenta direcionada a seguimentos sociais mais privilegiados e que até então estavam indenes a ataques mais agressivos (seqüestros de pessoas abonadas ou de alto estrato político ou social, roubos a estabelecimentos bancários etc;
- b) no terrorismo político e até mesmo no terrorismo imotivado de facções vinculadas tanto à esquerda quanto à extrema direita;
- c) no crescimento do tráfico ilícito de entorpecentes e de drogas afins;
- d) no avanço do crime organizado pondo à mostra a corrupção e a impunidade;
- e) no incremento da criminalidade de massa (roubos, furtos etc) que atormenta o cidadão comum;
- f) na percepção do fenômeno da violência como dado integrante do cotidiano, omnipresente na sociedade;
- g) no conceito reducionista de violência, fazendo-o coincidir com o de criminalidade;
- h) na criação pelos meios de comunicação social de um sentimento coletivo e individual de insegurança e no emprego desses mesmos meios para efeito de dramatização da violência e para uso político.”

Foi dentro deste contexto de medo plenamente explanado, aliado com a suposta idéia de que a sociedade se encontrava refém destas ações criminosas e que não teria outra maneira de contê-las, que recrudescer a política criminal, sob a imposição de medidas severíssimas àqueles que praticassem crimes.

Neste termo, vale salientar a rotineira opinião daqueles que defendem o endurecimento da lei penal. Alegam, resumidamente, a violência urbana somente pode ser controlada com leis severas, que imponham a pena de morte e longas penas privativas de liberdade. Esses seriam os únicos remédios eficazes para intimidar e neutralizar os delinqüentes e, ademais, os únicos válidos para fazer justiça às vítimas e aos homens de bem ou seja, aos que não delinqüem.

Assim, é com partidários desta ideologia, evidentemente obsoleta, que o Direito Penal atual perde sua essência de intervenção mínima e última nas relações humanas,

49 FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 78- 80.

passando a adotar postura preventiva, revestindo-se de um arsenal de normas de exercício primário e imediato.

Mesmo assim, verifica-se a intensa influência destas idéias repressivas no ordenamento jurídico brasileiro, que pressionam veementemente as casas legislativas a fabricarem normas incriminadoras cada vez mais severas e descabidas, tais como a Lei 7.960, como se depreende na leitura da exposição de motivos da referida lei, *verbis*:

“(...) o clima de pânico que se estabelece em nossas cidades, a certeza da impunidade que campeia célere na consciência do nosso povo, formando novos criminosos, exigem medidas firmes e decididas, entre elas a prisão temporária”.

Não importa o quão rigorosas sejam as reprimendas impostas pela lei, as raízes da crescente criminalidade numa sociedade marcada pela desigualdade de oportunidades, em que as classes sociais são separadas por um abismo, residem em outras searas que não os das leis duras, especialmente elaboradas para os membros desafortunados da coletividade.

A intenção do legislador ficou bem clara ao elaborar tal norma: foi o de dar suporte legal a uma prática ilícita que era tolerada já há vários anos, qual seja, a “prisão para averiguações”, muito utilizada pelas polícias judiciárias como forma de obter do suspeito confissões da prática do crime alvo da investigação e que, por qualquer motivo, foi imputado ao investigado, prática esta totalmente incompatível com o nosso atual Estado Democrático de Direito.

A Lei 7.960 dispõe, em seu artigo 1º, as hipóteses de cabimento da prisão temporária, *verbis*:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

- I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
- II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

- a) homicídio doloso (Art. 121, caput, e seu § 2º);
- b) seqüestro ou cárcere privado (Art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);
- c) roubo (Art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- d) extorsão (Art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);
- e) extorsão mediante seqüestro (Art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- f) estupro (Art. 213, caput, e sua combinação com o Art. 223, caput, e parágrafo único);
- g) atentado violento ao pudor (Art. 214, caput, e sua combinação com o Art. 223, caput, e parágrafo único);
- h) rapto violento (Art. 219, e sua combinação com o Art. 223, caput, e parágrafo único);
- i) epidemia com resultado de morte (Art. 267, § 1º);
- j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (Art. 270, caput, combinado com Art. 285);
- l) quadrilha ou bando (Art. 288), todos do Código Penal;
- m) genocídio (arts. [1º](#), [2º](#) e [3º](#) da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas);
- n) tráfico de drogas ([Art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976](#));
- o) crimes contra o sistema financeiro ([Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986](#)).

Segundo Wedy, o objeto da prisão temporária é o mesmo de todas as prisões cautelares, ou seja, garantir o normal desenvolvimento do processo⁵⁰. Eis que, a nosso ver, ainda não há processo e sim mera investigação policial que poderá, ao fim e ao cabo, restar prejudicada por falta de provas, as quais, supostamente só poderiam ser obtidas com a prisão temporária do suspeito, de modo que, estaríamos diante de uma injustificada medida cautelar da cautelar, ou seja, manteríamos o investigado preso para depois, iniciado um possível inquérito, ser determinada sua prisão preventiva.

⁵⁰ WEDY, Miguel Tedesco. Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização. Ed lumen Iuris, Rio de janeiro, p. 131.

Já a finalidade da prisão temporária é descrita por Pacelli como uma medida de acautelamento das investigações do inquérito policial, segundo o que se extrai do art. 1º da lei, cumprindo assim, sua função instrumental, inaplicável, portanto, quando já instaurada a ação penal.

Pois bem, da análise do artigo primeiro da lei uma séria de indagações se apresentam: seria legítima a restrição do direito de liberdade para alcançar fins meramente investigativos? Embora também considerada medida cautelar, tal providência não se afasta dos legítimos fins das medidas cautelares do processo penal? Quanto aos incisos deste artigo primeiro, estes devem ser combinados entre si ou se aplicam de maneira autônoma?

Como frisamos acima, esta lei parecer ter sido criada para dar apoio legal à “prisão para averiguações” decretada pela autoridade policial sem maiores restrições, sanado, sorrateiramente, a ilegalidade que era praticada anteriormente com a norma insculpida no seu artigo 2º, que prescreve que o juiz determinará a prisão temporária atendendo a representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público.

A finalidade constitucionalmente legítima das prisões cautelares consideradas assim pela doutrina como a conjugação do risco de fuga do acusado, evitar que este obstrua a instrução probatória e assegurar a presença do imputado nos atos processuais bem como evitar o cometimento de outros delitos. Ora, se tivermos, no caso concreto, a existência de tais situações, por que não pugnar-se pela prisão preventiva do imputado?

O que parece óbvio é que a finalidade da lei é dar uma satisfação à sociedade, dando à mesma a impressão de que estariam as autoridades agindo de pronto prendendo o suposto criminoso e trazendo a paz social de volta à sociedade, mesmo que ao final do prazo de 5 dias seja posto o suposto delinqüente imediatamente em liberdade por força do comando insculpido no artigo 2º, § 7º.

Já tivemos a oportunidade de abordar no capítulo, referente à prisão preventiva, que o clamor público, considerado pressuposto cautelar extraprocessual, por não ter este qualquer espécie de finalidade processual, sendo estranhas ao adequado desenvolvimento e finalização do processo, quando decretada a prisão pelo juiz com base unicamente nesse

pressuposto, o faz apenas na qualidade de instrumento de uma manifestação de senso comum, sendo incompatível, portanto, com o princípio da presunção de inocência.

E mais ainda, o pedido de prisão temporária deverá ser fundamentado pela autoridade policial ou do ministério público, demonstrando, nesta petição, que há elementos probatórios razoáveis a indicar tanto a existência quanto a autoria daqueles delitos gravíssimos e geralmente complexos taxativamente previstos no inciso II da lei em comento, devendo o juiz, justificadamente analisar e decidir da decretação da prisão em 24 horas.

Daí surge outra indagação: é possível que o juiz possa, em prazo de tempo tão exíguo, analisar os fatos, as provas, as circunstâncias os antecedentes do investigado para que possa decidir da decretação ou não da prisão temporária? Claro que não! Principalmente em se tratando do crime previsto na alínea “o” do inciso III do artigo 1º, onde, devido à natureza complexa da prática de tais delitos, as provas documentais, eletrônicas provenientes de apreensão de Hard Disks, transcrição de escutas telefônicas, entre outras, colhidas durante longos períodos de tempo durante as investigações, chegam a ocupar diversos volumes, dificultando sobremaneira a apreciação do magistrado que não terá condição alguma de apreciá-las de forma satisfatória em tempo tão exíguo.

A proteger a necessidade de uma fundamentação sólida na ocasião do decreto de prisão temporária (art. 2º, § 2º da lei 7.960), repelindo fundamentos como clamor público ou gravidade do crime praticado, temos seguinte decisão do STJ:

“PROCESSO PENAL. PRISÃO TEMPORÁRIA. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONFIGURAÇÃO.

1. A decisão que decreta a prisão temporária lastreando-se apenas na gravidade do delito encontra-se sem a devida fundamentação. Tal medida è de natureza excepcional e deve conter elementos concretos que ensejam sua adoção.
2. Ordem concedida para que seja revogada a prisão temporária decretada. (HC 13669/RJ. DJ 20/08/2001. Rel. Jorge Scartezzini).”

Fica claro que a superior corte entende que devem ser repudiados pedidos de prisão temporária lastreadas apenas na gravidade do delito praticado ou numa resposta ao clamor popular em decorrência dessa mesma gravidade, carentes de demonstração da necessidade da medida para o bom andamento das investigações. Não podemos deixar de considerar que, por se tratar de providência excepcional, as normas que a regulam devem ser interpretadas restritivamente, não podendo ser aplicadas fórmulas de interpretação analógica, a não ser em *bonam partem*, eis que devem seguir a regra da liberdade e nunca a consagrar a exceção da prisão temporária.

Quanto à dúvida que se apresenta quanto à interpretação de que bastaria a presença de um dos incisos do art 1º da lei, esta não nos parece correta. Na visão de Wedy, a prisão temporária só poderá existir com a ocorrência dos incisos I e III, concomitantemente, visto que o inciso II é contingente e redundante do que prevê o inciso I, não tendo qualquer relação com a cautelaridade⁵¹.

Embora o insigne autor tente argumentar pela constitucionalidade da referida lei, justificando-a por seu caráter jurisdicional, temporal limitado e pré-processual aplicável apenas a certos delitos, o mesmo refere-se a ao inciso I como sendo a materialização do *periculum libertatis* e do inciso II como o do *fumus comissi delicti* ambos requisitos presentes como fundamentos da decretação de prisão preventivas, que a nosso ver, se reveste de maior garantia quanto aos elementos ensejadores da sua decretação.

Tendemos a considerar mais acertada a visão dos que, como Cirilo de Vargas, citado pelo próprio Wedy, considera inconstitucional a lei em comento com as seguintes considerações:

“Para deslustre da civilização contemporânea, foi editada a Lei nº 7.960/89, tratando de uma espécie de prisão destinada a facilitar a colheita de prova contra o indiciado, em detrimento das garantias individuais. Tendo cabimento quando for “imprescindível” para as investigações, e sendo decretada, a polícia disporá do corpo do cidadão suspeito por até dez dias, durante os quais como a experiência ensina, tudo pode acontecer, em matéria de (não) integridade física. Denomina-se prisão temporária, como se, entre nós, houvesse prisão para todo o

51 WEDY, Miguel Tedesco. Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização. Ed lumen Iuris, Rio de Janeiro, p. 131.

sempre. Além disso, é para averiguações, como se a polícia não tivesse meios para averiguar crimes com o suspeito em liberdade. Se o quer preso, é para forçá-lo a falar, tudo de acordo com a ideologia de Frederico Marques, Tornaghi, Canuto e os promotores que escrevem manuais de processo”⁵².

Em virtude da flagrante violação das garantias individuais promovidas por esta lei, como foi apontado por Vargas, foi protocolado no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4109, que analisaremos em seguida.

3.5.1 –A Ação Direta de Inconstitucionalidade 4109.

No ano de 1989 foi editada a Medida Provisória número 111 em 24 de novembro, que dispõe sobre a prisão temporária. Esta Medida Provisória foi posteriormente convertida na Lei 7.960 de 21 de dezembro de 89, entrando em vigor na data de sua publicação.

Assim, verifica-se que o instituto da prisão temporária foi introduzido no ordenamento jurídico pátrio através de uma Medida Provisória, instrumento legislativo cuja iniciativa é de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo, o Presidente da República. Assim, constata-se que houve desobediência às regras do processo legislativo brasileiro que estabelece que, em matéria processual penal, a competência para criação dessas leis é do Poder Legislativo.

Isso já bastaria para fulminar de inconstitucionalidade da referida lei, em virtude de vício de origem insanável consubstanciado no fato de que a referida lei ter sido editada pelo Presidente da república, invadindo área de competência do poder legislativo, não importando nem mesmo que tenha sido realizada a aprovação da Medida Provisória pelo Congresso Nacional. A este respeito, salienta Silva franco que “em matéria de liberdades pessoais, a iniciativa de leis é do Poder Legislativo, não sendo admitido que o Poder Executivo, por meio de medida provisória, se intrometa em área que a ele não é permitido”.⁵³

52 VARGAS, José Cirilo *apud* WEDY, Miguel Tedesco. Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização. Ed lumen Iuris, Rio de janeiro, p. 135.

53 FRANCO, Silva. Crimes hediondos. 5ª Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005, p. 471-472.

Este é também o entendimento do Ministro Celso de Melo que, por ocasião do julgamento da Medida Cautelar⁵⁴ com pedido de liminar na ADI 162-1, expôs em seu voto o conceito de que:

“(…). A normação extraordinária, veiculada mediante medidas provisórias, não pode incidir sobre temas concernentes ao próprio status libertatis. A liberdade só pode sofrer condicionamentos normativos quando autorizados, estes, por lei formal e não mais por mera decisão unilateral emanada do Chefe do Poder Executivo da União.”.(grifo nosso).

Não bastasse esse vício gravíssimo da lei, eis que esta veio a ser atacada por Ação Direta de Inconstitucionalidade, promovida pelo partido Trabalhista Brasileiro (PTB).

Esta Adin, protocolada no Supremo Tribunal Federal em 15 de julho de 2008 sob nº 4109, foi proposta sob o argumento de que a Lei 7.960/89 de 21 de dezembro de 1989 e suas alterações promovidas pelas Leis 8.072/90 e 11.464/07, ferem dispositivos constitucionais elencados no artigo 5º, incisos LIV, LVII, LXI, LXII, LXVI e seu § 3º.

Sustenta em seus argumentos a inconstitucionalidade vertical de todos os dispositivos contidos na Lei das Prisões temporárias, por ofensa aos seguintes preceitos constitucionais violados, verbis:

“Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

(...)

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

(...)

54 Disponível em www.stf.gov.br/jurisprudencia.

LXI – 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; (...)

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

LXVI – ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir liberdade provisória, com ou sem fiança; (...)

§ 3º - os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que foram aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”.

Também apontam para a má redação do inciso I do art. 1º, por não ser determinável o pólo passivo do decreto de prisão temporária, enquanto que o inciso II faz uma referência vaga ao suposto infrator.

Mencionam que o objetivo da lei não foram alcançados, quais sejam, a diminuição da criminalidade e promover maior efetividade à segurança pública, apontando como único efeito apurável que a lei produz é a falsa impressão da solução do crime praticado proporcionado pela pronta prisão do suspeito, revelando-se, assim, num mero lenitivo para a opinião pública.

Apontam a má técnica da redação do art. 1º incisos I, II e III como sendo a causa das infundáveis controvérsias nos meios jurídicos motivada pela afronta ao princípio do devido processo legal e da razoabilidade pelo excesso que os comandos da lei impugnada representam na esfera de liberdade do investigado.

Ademais, mencionam trecho do voto do Min. Sepúlveda Pertence na ADIMC nº 162-DF de 14.12.89, do qual extraímos a seguinte passagem, *verbis*:

“(…)

Não é hora de examinar o mérito desta medida provisória, embora confesso que continuo perplexo com seu art. 1º, porque estou convencido de que muito

esforço de hermenêutica adequadora se há de fazer para fugir ao seu sentido literal, inequívoco, o qual, **nos dois primeiros incisos, concede um arbítrio, que nenhuma prisão processual admite.**

(...) o certo é que, na limitada função que ela possa exercer, ela não vem suprir um vazio normativo: **vem, apenas, para os seus defensores, flexibilizar o instrumento da prisão preventiva** que mesmo com seus defeitos, pode perfeitamente desempenhar a sua função cautelar.”(grifo nosso).

Apontam também a inconstitucionalidade em face do direito à liberdade provisória, referido no artigo 5º, LXVI, da Constituição Federal, nos termos previstos no art. 310, parágrafo único do Código de Processo Penal, por ter essa nova modalidade de prisão estabelecido um número menor de pressupostos do que os observados na prisão preventiva, o que se configuraria uma redução das garantias de liberdade dos cidadãos.

Nas suas razões, aponta uma maliciosa burla ao preceito do art. 5º, inciso LXI, da Constituição que prevê a competência exclusiva da autoridade judiciária para expedir ordem de prisão. Ora, a norma contida no art. 2º da Lei 7.960/89, diz que o juiz decretará a prisão temporária por representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público, o que na prática se observa é que bastará a autoridade policial apontar um suspeito e pedir sua prisão temporária para que o juiz a decrete, no decorrer de exíguo período de 24 horas, tempo mais do que escasso para análise de qualquer representação ou requerimento que importe em privação de liberdade nos casos de crimes contra o sistema financeiro, por exemplo.

Ressalta ainda que a verdadeiro objetivo da lei é proporcionar meios logísticos à obtenção de uma confissão, não raramente obtida por meio de tortura, ameaças ou violência psicológica, configurando-se numa clara ofensa ao direito de não se auto-incriminar.

Por fim, o pedido formulado na Adin visa conseguir, liminarmente, a suspensão “*ad cautelam*” de todos os dispositivos impugnados constantes da Lei 7.960/89 e de suas alterações, e posteriormente a declaração de inconstitucionalidade, por arrastamento, da totalidade da referida lei e, se caso a mesma não ocorra, que se aplique o método da interpretação conforme a constituição, para que a lei possa adequar-se a ela, nos seguintes termos:

“O decreto de prisão temporária necessita da reunião indispensável e cumulativa dos três requisitos legais previstos nos incisos I, II, e III, do art. 1º, da Lei 7.960 de 21.12.89, isto é, um fato que conjugasse pessoa de identidade desconhecida ou domicílio incerto, mais fundado em razões de autoria ou participação num dos crimes exclusivamente indicados no inciso III, do art. 1º, vedados o concurso com outras infrações penais não previstas na presente lei, bem como a imprescindibilidade para as investigações do inquérito policial, presentes, ainda, no que couber, os pressupostos autorizadores da prisão preventiva”.

Esta são as razões e argumentos elaborados na Adin 4109, razões e argumentos estes que já tivemos a oportunidade de examinar mais profundamente no sub-capítulo anterior, exceto no que diz respeito ao flagrante vício formal de origem da lei, já por nós estudado, estranhamente não abordado na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade.

3.6 – A Estigmatização da prisão Temporária e Cautelar.

Não há como negar que uma das conseqüências mais nocivas das prisões cautelares, além da própria privação da liberdade, é a estigmatização do sujeito passivo desta medida, que, na prática, em nada difere daquela aplicada aos apenados presos.

Em épocas passadas, quando se pretendia demonstrar algo de desabonador sobre a conduta ou a moral de uma pessoa, era comum infligir-se um estigma físico nessa pessoa, através de marcações a ferro em brasa, tal qual se pratica hoje em dia na marcação de gado. Agindo dessa forma, deixava-se claro para toda a sociedade o passado criminoso, a situação de escravidão ou a pecha de traidor imposta a tais pessoas.

Nos dias atuais, embora ainda não totalmente erradicadas de certas nações muçulmanas e africanas, tais ações seriam consideradas atos de barbárie e inaceitáveis numa sociedade civilizada.

Hoje, deixamos de praticar a violenta prática do estigma físico, substituindo este pela sutil imposição de um estigma psicológico e moral causado e motivado, muitas vezes indevidamente, pelas prisões cautelares, especialmente a prisão temporária.

Constata-se que, a partir da consumação de uma prisão cautelar, desenvolvem-se uma série de conseqüências no estado social, familiar e econômico do sujeito passivo da medida, tornando praticamente impossível um retorno ao *status quo ante* à consumação do decreto da medida cautelar.

Não há sequer a previsão na lei de medida judicial apta a impedir a consumação da prisão temporária, eis que o investigado é levado preso antes mesmo de poder contactar um advogado, revelando-se, então, numa violação ao direito de defesa, ao devido processo legal e à dignidade da pessoa humana.

A prisão, enquanto pena que é, só deveria ser executada após trânsito em julgado de sentença penal condenatória ou por ocasião do flagrante delito, eis que ao flagrante é inicialmente inaplicável o princípio da presunção de inocência, por estarem demais evidentes os elementos necessários à decretação da prisão cautelar, previstos na lei, sendo garantidas as revisões posteriores da execução da medida cautelar. Nessas hipóteses, a prisão cumpriria a sua função exclusiva de pena ou de uma justificada antecipação desta.

Fora dessas circunstâncias, a prisão cautelar assume uma natureza abusiva e autoritária, maximizando os reflexos sociais negativos, como a redução das oportunidades laborais do investigado, bem como afeta sua vida comunitária, marcado que está pelo estigma da desconfiança provocado pela prisão, motivando o afastamento do convívio social o indivíduo rotulado.

A prisão cautelar, em especial a prisão temporária, se caracteriza como, segundo palavras do Min. Sepúlveda Pertence contidas no seu voto por ocasião do julgamento da ADIn 162-DF⁵⁵ que: “...a prisão, por definição, é fato de efeitos irreversíveis pelo seu efeito corruptor, pelo seu efeito estigmatizante. Não há indenização capaz de reverter os efeitos biográficos de uma prisão.”.(grifo nosso).

Como assevera Carnelutti⁵⁶:

55 PERTENCE, Sepúlveda. Voto em ADIn nº 162-DF, p.82.

56 CARNELUTTI, Francesco apud WEDY, Miguel Tedesco. Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização. Ed lumen Iuris, Rio de Janeiro, p. 7.

“O encarcerado, saído do cárcere, crê não ser mais encarcerado; mas as pessoas não. Para as pessoas ele é sempre encarcerado; quando muito se diz ex-encarcerado; nesta fórmula está a crueldade do engano. A crueldade está no pensar que, se foi, deve continuar a ser”.

Além disso, a prisão cautelar mancha a sua imagem e destrói sua auto-estima, efeitos todos estes decorrentes da afetação da psique do preso, promovida pela brutal desorganização de sua personalidade decorrente de sua passagem por um sistema prisional desumano e caótico, e que se agrava conforme a prisão se alonga no tempo. Esses efeitos, segundo Alvino de Sá⁵⁷ provocam “um estreitamento do seu horizonte psicológico, pobreza de experiências e dificuldades de elaboração de planos de médio e longo prazo”.

A prisão temporária então se apresenta como uma forma cruel de afastar-se do convívio social os desvalidos, os indigentes, os perigosos, através da adoção de punições antecipadas, imediatistas. A sociedade tenta, desta forma, mascarar seus problemas e conflitos, representada pela prisão do indivíduo.

Essa prática, além de não dar as soluções para diminuição da criminalidade, só serve para demonstrar o quanto essa sociedade é autoritária e subdesenvolvida, pois “quanto mais injusta e autoritária a sociedade, mais ela precisa de prisões provisórias e de punições antecipadas, como meio de controle social e de imposição de poder”⁵⁸. Assim, substituem-se as políticas sociais por medidas policiais e judiciárias autoritárias, que nada ou quase nada resultam de positivo para a pacificação social.

Além da segregação social, a prisão temporária também gera efeitos desastrosos no aspecto econômico tanto para o encarcerado quanto para a sociedade pois esta se vê desprovida de um contingente de pessoas que poderiam estar desenvolvendo atividades produtivas e que, ao contrário, geram uma despesa para o Estado, da ordem de até quatro salários mínimos por preso.

O Estado brasileiro é reconhecidamente perverso no que diz respeito à concentração de renda e brutal desigualdade social, o que elimina da economia um

57 SÁ, Alvino Augusto *apud* WEDY, Miguel Tedesco. Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização. Ed lumen Iuris, Rio de Janeiro, p. 5.

58 WEDY, Miguel Tedesco. Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização. Ed lumen Iuris, Rio de Janeiro, p. 8.

contingente enorme de cidadãos, levando-os muitas vezes à criminalidade, o que por sua vez aumenta o número de medidas cautelares pessoais, tornando por regra o que deveria ser a exceção, gerando o estigma no preso e, conseqüentemente a realimentação de um sistema cruel de marginalização.

Por certo, quanto mais se prende de forma desnecessária, maior o risco de estigmatização injusta; e quanto maior esse risco, maior a probabilidade de ocorrência de redução de oportunidades; e quanto maior a redução de oportunidades, maior a possibilidade de ocorrência de condutas desviantes, e daí maior a ocorrência de medidas cautelares e assim por diante⁵⁹.

Além disso, outro problema a se enfrentar diz respeito à reparação dos prejuízos causados pela prisão cautelar injusta. Embora nenhuma indenização pecuniária possa verdadeiramente curar o estigma provocado pelo tempo transcorrido em detenção, necessário se faz reparar ao injustiçado os prejuízos materiais e morais advindos da medida.

A dificuldade se apresenta na tentativa de vincular a indenização à noção de erro judiciário, o que poderia pressupor que uma absolvição posterior indicaria que a prisão cautelar seria errônea, o que não é verdade.

Segundo Antonio Magalhães Gomes Filho⁶⁰, em face da presunção de inocência, o direito á indenização pela prisão cautelar injustamente sofrida decorre automaticamente do reconhecimento definitivo da não-culpabilidade, pois de outro modo, estar-se-ia admitindo a legitimidade de uma medida adotada em razão de um perigo inexistente.

Na impossibilidade de abolir-se por completo das prisões cautelares, eis que tornaria o sistema judicial ineficiente, a alternativa seria a coibição de seus abusos e reparação pecuniária pelos erros cometidos e, principalmente, o banimento da figura da prisão temporária do ordenamento jurídico, a fim de ao máximo os efeitos da estigmatização que advém dessas medidas, além da já demonstrada violação da presunção de inocência.

59 WEDY, Miguel Tedesco. Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização. Ed lumen Iuris, Rio de Janeiro, p. 34.

60 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Presunção de inocência e prisão cautelar. São Paulo, 1990, p. 75.

Capítulo 4 – O GARANTISMO PENAL E A PONDERAÇÃO DE INTERESSES E VALORES FUNDAMENTAIS.

De tudo que já foi analisado até aqui, deduz-se que existe um impasse entre o interesse individual, materializado no direito fundamental à liberdade, respaldado pelo princípio da presunção de inocência, e a norma contida na Lei 7.960/89 atacada pela Adin 4109, acima analisada, que pugna pela sua total inconstitucionalidade.

Esta situação aparentemente paradoxal se apresenta porque o Estado se obriga a metas opostas: garantir a ordem e a segurança públicas e defender a liberdade do indivíduo, mesmo daqueles que infringem a norma penal, cabendo equilibrar o dever de punir os culpados (*ius puniendi*) com o interesse e direitos individuais de manutenção da liberdade (*ius libertatis*).

No afã de dar à sociedade uma solução ante a escalada cada vez maior do índice de criminalidade, o Estado promove uma “guerra” contra a delinqüência, porém a maior vítima dessa “guerra” são as garantias constitucionais, notadamente aquelas relacionadas à prisão e as liberdades processuais.

A Lei 7.960/89 é um exemplo de leis elaboradas às pressas visando, com ela, proporcionar paz social através de medidas que importam na utilização de um maior rigor

punitivo contra uma determinada classe de delinqüentes e autores de delitos que, por sua maior reprovação social, tanto pela forma que é perpetrado, como contra “quem” é perpetrado, vulneram uma garantia básica do Estado democrático de Direito, qual seja, a igualdade de todos perante a lei.

Necessário se faz conceber-se uma forma de rechaçar os efeitos da malsinada lei, através de uma construção filosófica e crítica, fundada na legitimação do Estado baseado no respeito aos direitos fundamentais e na proteção às garantias individuais consagradas na constituição.

Nesse sentido, pensamos não haver outro modelo pós-positivista que se preste a desempenhar satisfatoriamente essa função do que a Teoria do Garantismo Penal.

4.1 – A Teoria do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli.

O Estado moderno vive uma crise, em seu plano interno, materializada na sua incapacidade de, efetivamente, promover a aplicação dos preceitos de direitos fundamentais esboçados na Constituição, e, no plano externo, na tentativa de adaptar-se à imposição de modelos econômicos que pretendem romper a noção de território e de mercado, alterando, dessa forma, a estrutura jurídico-política do Estado e da sociedade civil.

As teorias do direito não conseguem encontrar respostas que sejam satisfatórias a solucionar essa realidade de mudança estrutural. Por um lado temos o positivismo, cuja vertente é por demais tradicional e formalista, incapaz de solucionar os anseios cada vez mais diversificados de uma produção jurídica extra-estatal, decorrência do surgimento de novas exigências na vida em sociedade, culminando com práticas de justiça informal, acessível e rápida, a solucionar os conflitos entre os cidadãos. De outro lado temos o sociologismo a privilegiar o social em detrimento estatal de forma exacerbada, incorrendo no mesmo formalismo do positivismo.

A partir dessa realidade, busca-se uma nova forma de construção teórica que harmonize o social e o jurídico de forma a corrigir o descompasso entre a normatização estatal e as práticas que deveriam estar fundamentadas nelas.

Nesse aspecto, a teoria Garantista, que conta com Luigi Ferrajoli como o seu maior expoente, assume importante papel, visto que busca uma essência no social baseada em um caráter eminentemente procedimental, especialmente no aspecto penal, onde se constata o descompasso existente entre as atuações administrativas e policiais com os preceitos estabelecidos nas normas jurídicas constitucionais.

No contexto de seu trabalho, Ferrajoli estabeleceu que a palavra garantismo seria um “modelo normativo de direito”⁶¹ estruturado sobre a base de qualquer Estado de Direito, o princípio da legalidade, e verificado em três aspectos distintos: O aspecto jurídico, o epistemológico e o político.

O aspecto jurídico trabalha a idéia de um sistema de proteção aos direitos dos cidadãos que seria imposto ao Estado, subvertendo a dogmática tradicional em que o Estado é o criador de todo direito, impondo a este uma limitação garantista de seu poder punitivo, respeitando um elenco de garantias que são por ele mesmo efetivadas.

O aspecto epistemológico dá suporte ao jurídico na medida em que pressupõe um sistema de poder que possa reduzir o grau de violência estatal e prestigiar a idéia de liberdade, não apenas no âmbito penal, mas de todos os ramos do direito.

A idéia central da Teoria Garantista é a busca de uma melhor adequação dos acontecimentos do mundo empírico às prescrições normativas oficiais, e destas com os ideais de garantias dos direitos dos cidadãos, constitucionalmente garantidos, de forma a minimizar a distância existente entre a normatividade e a efetividade da aplicação de tais garantias, fundamentais para manutenção de um Estado democrático e tutelar as liberdades do indivíduo frente às variadas formas de exercício arbitrário de poder.

Para alcançar este fim, Ferrajoli parte de um postulado teórico em que os ordenamentos jurídicos de todos os Estados democráticos da atualidade estão fundados em parâmetros sólidos de justiça, racionalidade e legitimidade. Porém, embora consolidados por uma estrutura normativa constitucional, estes parâmetros são negligenciados, estabelecendo uma crise de governabilidade no sentido de que seu ordenamento jurídico, embora

61 FERRAJOLI, Luigi: Direito e Razão. Teoria do garantismo penal. São Paulo.: RT, 2002, p.851.

progressista e garantista, na prática revela-se autoritário e antigarantista, resultado de uma produção legislativa infraconstitucional em descompasso com os postulados da Lei Maior.

Para Ferrajoli, a “democracia constitucional” consiste no reconhecimento de uma dimensão substancial ao lado da dimensão formal da democracia, que sempre devem existir para que o direito seja válido, de modo que as leis devessem sua legitimidade a um processo de validação que fosse simultaneamente substancial e formal, representada pela coerência entre essa produção legislativa com os valores que fundamentam o Estado Democrático de Direito.

Ferrajoli sustenta serem os direitos fundamentais constitucionalmente fixados que constituem essas normas substanciais que condicionam a validade da produção legislativa em matéria penal e processual penal, apta a serem incorporadas na estrutura de um sistema punitivo estatal que seja racional, moderno e democrático.

A lei das prisões temporárias contraria esse modelo de sistema punitivo e afronta de forma contundente os postulados de liberdade e garantias individuais contidos na Constituição, como veremos a seguir.

4.1.1 – O sistema punitivo garantista e a Lei das Prisões Temporárias.

Aqui faremos uma crítica à Lei 7.960/89 sob o enfoque do sistema punitivo garantista. Para isso, necessário traçar os fundamentos deste sistema punitivo ao mesmo tempo em que demonstramos a incompatibilidade da lei em face dos postulados constitucionais de liberdade expressos na Constituição.

As bases fundantes de um sistema punitivo democrático, objetivo da teoria do garantismo penal, são os seus elementos substanciais, assim entendidos como aqueles elementos ligados aos direitos fundamentais constitucionalmente fixados, como é o caso da presunção de inocência ou não-culpabilidade.

Para Ferrajoli, a meta ao se elaborar um sistema punitivo democrático é assegurar “o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder

punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade”⁶², no plano epistemológico, que se constrói a partir de duas vertentes: o convencionalismo penal e o cognitivismo processual.

Por convencionalismo penal ou princípio da legalidade estrita, Ferrajoli define a reserva absoluta de lei, postulado a orientar a técnica legislativa de modo a prevenir a tipificação de condutas penais por meio de normas que não estejam relacionadas a fatos, mas a pessoas, garantindo a exclusão de qualquer componente extralegal na construção do tipo penal.

Já o cognitivismo processual determina que a hipótese acusatória deva ser passível de verificação e de exposição à refutação. Somente pode haver imposição de pena (e a prisão processual pode ser considerada uma antecipação de pena eis que a imposição de pena de prisão é o elemento mais contundente de uma sentença penal condenatória) se um fato determinado, descrito e reconhecido pela lei como delituoso, puder ser submetido à comprovação, permitindo a produção de provas e contraprovas. Ora, como se dará a produção de contraprovas se ao investigado é imposta restrição de liberdade, impedindo-o de, por seus próprios meios, provar sua inocência?

A epistemologia garantista também se opõe ao elemento autoritário definido por Ferrajoli como sendo o “decisionismo processual” que representa a subjetividade do juízo em que há “ausência de referências fáticas determinadas com exatidão, resultando a decisão judicial mais de valorações, diagnósticos e suspeitas subjetivas do que de provas de fato”⁶³, em outras palavras, tem-se uma “incriminação por mera suspeita” que a lei das prisões temporárias tenta implementar.

Outro ponto em que a epistemologia garantista entra em choque com a epistemologia autoritária está fundado no tipo de “verdade jurídica” que se almeja determinar. A autoritária pretende alcançar, em matéria penal, a verdade absoluta, utilizando-se de qualquer meio apto a produzi-la, quase sempre ultrapassando os limites das regras procedimentais, numa verdadeira ode à máxima na qual “os fins justificam os meios”. Por seu turno, a epistemologia garantista somente admite uma condenação ou intervenção na esfera de liberdade do indivíduo a partir da observância de regras que tenham por base a verdade

62 FERRAJOLI, Luigi: Direito e Razão. Teoria do garantismo penal. São Paulo.: RT, 2002, p.30

63 FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do garantismo penal. São Paulo.: RT, 2002, p.36.

processual, construída a partir de regras determinadas e referentes aos fatos que tenham relevância penal, sendo esta uma premissa teórica para formulação de um sistema punitivo democrático na sua pretensão de tutelar ao máximo a liberdade dos indivíduos.

É inquestionável que a persecução penal é uma das mais violentas expressões do poder do estado sobre a liberdade do indivíduo. Para que seja justificável essa intervenção, o sistema punitivo exige que a ativação do aparelho repressivo ocorra somente quando caracterizada uma imperiosa necessidade.

É que, como explica Ferrajoli, o conjunto de restrições à liberdade constitui um “custo” que pesa sobre todo o conjunto social e não apenas sobre o acusado, cuja justificação deve ser racionalmente fundamentada. No caso da lei 7.960, embora a medida restritiva de liberdade deva ser fundamentada, esta cognição se apresenta frágil devido a precariedade na produção, pelos órgãos encarregados de fazê-lo e na apreciação de provas pelo magistrado, em função do exíguo tempo para apreciar estas provas. Concede-se a ordem de prisão, produzindo um “custo” e os resultados práticos dessa medida quase sempre são inúteis e injustificados.

A teoria garantista também se liga filosoficamente ao princípio constitucional da presunção de inocência no sentido de que, se a hipótese acusatória não puder ser comprovada por meio da verdade processual, deverá prevalecer a presunção de falsidade dessa hipótese, reafirmando, assim, a importância de um dos postulados que um sistema penal deve satisfazer a fim de que este sistema não se transforme num campo aberto ao arbítrio das intervenções punitivas infundadas, qual seja, o da *nulla accusatio sine probatione*.

Se é certo que não existe acusação sem provas que a sustentem, com mais razão ainda há que se refutar uma prisão com bases tão precárias quanto às da Lei 7.960/89.

Por fim, ressaltando que apenas fizemos uma análise entre o sistema punitivo garantista e a lei 7.960/89, e restando claro a violência estatal sobre a liberdade dos indivíduos que a lei das prisões temporárias representa, o garantismo funcionaria, assim, como um “seguro” contra essa ameaça, através do estabelecimento de premissas de cunho epistemológico, axiológico e normativo com a finalidade de legitimar o Estado a partir da proteção dos direitos fundamentais e construção de modelo de sistema penal mínimo,

adequado a uma concepção moderna e democrática de Estado de Direito, em que o Estado não é um fim em si mesmo, mas um meio que tem como fim a tutela da pessoa humana, de seus direitos fundamentais, de sua liberdade e da segurança coletiva.

4.2 – Ponderação de Valores e Princípio da Proporcionalidade.

Da mesma forma como acontece com a teoria garantista, a ponderação de valores, em matéria penal e processual penal, é outro instituto apto a dar amparo filosófico crítico ao estudo que pretendemos desenvolver sobre a prisão temporária, reafirmando nosso posicionamento na prevalência dos direitos fundamentais, bem como das liberdades individuais, em face do interesse público repressivo.

Desta forma, admitindo que a ordem Constitucional na qual vivemos é derivada da idéia de um Estado Democrático de Direito, e que essa ordem, idealmente, pressupõe um modelo punitivo garantista, e que se alicerça sobre direitos fundamentais do cidadão, conclui-se que necessário se faz estabelecer um controle de validade da norma a fim de examinar sua correspondência com os fundamentos de legitimidade do Estado e do Direito.

A fim de dar uma solução ao conflito estabelecido entre o que está estabelecido na lei 7.960/89 e o princípio constitucional da presunção de inocência, usaremos como ferramentas argumentativas a ponderação de valores e o princípio da proporcionalidade.

Profundamente relacionada com a teoria do garantismo penal, a ponderação de valores também se opõe à filosofia positivista⁶⁴ e seu formalismo normativista. Esse pensamento jurídico marcou a primeira metade do século XX, e pretendia incorporar à teoria do direito o mesmo rigor metodológico do raciocínio demonstrativo da ciência matemática,

64 O positivismo se configura como uma forma de conhecimento do direito que marcou a primeira metade do século XX caracterizada pela tentativa de operar a separação entre direito e moral

afastando da análise da norma qualquer juízo de valor em prol de uma pretensa objetividade e neutralidade, privilegiando a supremacia da regra e posicionando a lei como superior aos princípios que deveriam orientá-la.

Essa valorização exacerbada do formalismo potencializa ainda mais os defeitos desastrosos de leis como a das prisões temporárias, precária em seus objetivos e vazia de efetividade prático-jurídica, terminando por limitar a discricionariedade do juiz, transformando-o num aplicador burocrático das leis, reduzindo seu mister de distribuidor de justiça.

O movimento de reação ao positivismo jurídico, denominado protagonismo judicial⁶⁵, pretendia corrigir essa limitação, e propunha que a norma não seja considerada inquestionável, adequando-a, por meio das decisões judiciais, aos valores que deveriam inspirá-la.

Porém, como observa o Desembargador e Professor Geraldo Prado⁶⁶, essa atuação mais engajada do judiciário traz consigo riscos e temores de que argumentos morais prevaleçam sobre o direito, resultando numa profusão incontrolável de interpretações subjetivas, incidindo negativamente sobre a segurança jurídica.

A elaboração de critérios racionais para a orientação desse movimento protagonista torna-se imprescindível, na medida em que se pretende utilizar de princípios jurídicos positivados, como no caso da presunção de inocência, para fundamentar decisões judiciais contrárias à prisão temporária.

A ponderação de valores se presta a ser um destes critérios, na medida em que seu conceito foi desenvolvido a partir da existência de uma diferença qualitativa entre norma e princípio, especialmente quando se trata de matéria penal, restabelecendo uma conexão entre direito e justiça, reconhecendo valor normativo para todos os princípios e adequando sua aplicação conforme as condições concretas e as possibilidades jurídicas, agindo de forma racional para atingir uma correção na aplicação da lei.

65 O protagonismo judicial surgiu das teorias pós-positivistas que se opunham ao positivismo, propugnando que a atividade jurídica não está orientada apenas por uma racionalidade formal, mas também por uma razão prática, materializada na pretensão de se alcançar uma decisão judicial justa.

66 PRADO, Geraldo. Ponderação de normas em matéria penal. . Rio de Janeiro.: Ed. Lúmen Iuris, 2007, p.149.

Entre esses critérios, o que nos interessa mencionar e que se relaciona com o tema do presente trabalho diz respeito à hipótese de ponderação entre a regra (lei das prisões temporárias) e um princípio (o da presunção de inocência), a regra deve ser aplicada de modo estrito e absoluto, **se estabelecer uma condição mais benéfica ao acusado**, não podendo ser ponderada com um princípio que traga ao acusado qualquer espécie de piora na sua situação processual.⁶⁷

Embora a nova postura protagonista do Poder Judiciário tenha surgido ligada à defesa das garantias e direitos fundamentais e à valorização dos direitos humanos, o que se percebe é que a sua aplicação em matérias de direito penal e processual penal, que por sua natureza envolvem os conflitos entre os direitos fundamentais e, principalmente, as liberdades individuais, não tem se orientado pela proteção dessas liberdades. Muito pelo contrário. O que se observa é uma profusão de violações a estes direitos, numa enxurrada de prisões claramente ilegais, amparadas pelas regras contidas na lei das prisões temporárias, instrumento nefasto a serviço da ampliação dos poderes persecutórios do Estado.

Daí a importância da organização de um sistema punitivo sobre a égide do garantismo, que obriga o controle de validade da norma a examinar sua correspondência com os fundamentos constitucionais do Estado Democrático, e da utilização da ponderação de valores como ferramenta de limitação do poder punitivo, e com conseqüente ampliação do espectro da liberdade.

67 Ibidem, p.168.

Capítulo 5 – CONCLUSÃO.

Diante de todo o exposto no presente trabalho, cumpre neste momento estabelecer algumas constatações e conclusões do que foi proposto, e ressaltando que não constitui nosso objetivo a formulação de conclusões exaurientes sobre as matérias postas a exame, mesmo porque nem mesmo a doutrina consegue encontrar um consenso sobre tais controvérsias.

Ao se fazer uma análise entre o sistema prisional cautelar e as garantias constitucionais de liberdades, valores estes que integram o binômio segurança pública *versus* liberdade individual, pode-se constatar que, no que se refere ao princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade, este impõe a comprovação da extrema necessidade da cautelar como instrumento último posto à disposição da Justiça para a proteção da instrução processual e da garantia da aplicação da lei penal, vedando a adoção de quaisquer medidas que sejam fundadas numa antecipação de culpabilidade.

A aferição dessa extrema necessidade da custódia se dá em bases cautelares, somente justificada quando esta se destina a preservar a efetividade do processo ou da jurisdição penal diante de uma situação concreta e apurável de risco a uma ou a outra, situações estas previstas no art. 312 do Código de Processo Penal, além da observação da viabilidade futura de aplicação de sanção privativa de liberdade, com o fim de evitar-se uma eventual desproporção entre o resultado final do processo e a medida cautelar, em face do princípio da instrumentalidade.

Por esta razão, afasta-se as razões de ordem pública e de ordem econômica como fundamentos das prisões cautelares, pois revestem-se de caráter não-instrumental, impróprios ao Estado Democrático de Direito.

Não se deve, também, admitir que o agente seja mantido preso cautelarmente, tão somente por ter sido detido em flagrante, pela prática de crime considerado grave, devendo estar claramente demonstrado o *periculum libertatis*, eis que a liberdade provisória prevista no seu art. 310 e seu parágrafo único, desde que satisfeitos os pressupostos da lei, é um direito do réu ou indiciado, e não um simples benefício legal.

Quanto à lei das prisões temporárias, tem-se uma nítida prisão cautelar desnecessária e inconstitucional, que visa tão somente proteger o desenvolvimento do inquérito policial à custa da violação da liberdade e do princípio da presunção de inocência a quem é mero suspeito do cometimento de um crime, numa flagrante tentativa de instituir-se a abominável “prisão para averiguações”, que fizeram parte do momento mais negro da história política recente brasileira.

Ao cotejarmos todas essas variáveis, percebemos que o mais importante aspecto do qual precisamos nos questionar é: que tipo de sociedade nós queremos construir? Devemos abrir mão dos direitos individuais e comemorar a volta de um sistema judicial autoritário e repressivo como solução para os nossos problemas sociais? Penso que a resposta a essas questões passa necessariamente por uma mudança na própria filosofia do nosso sistema jurídico penal, e que a Teoria Garantista atende, modernamente, às expectativas de um Estado Democrático pleno na observância dos direitos e garantias sociais e da proteção às liberdades individuais.

Por fim, constata-se que por mais razoáveis que sejam os motivos determinantes da medida cautelar prisional, esta provoca estigma irreparável à imagem de quem esteja sob imputação penal, além de provocar uma série de conseqüências graves no estado social, familiar e econômico do sujeito passivo da medida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROS, Romeu de Campos. Processo Penal Cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- BATISTA, Weber Martins. Liberdade Provisória: Alterações da Lei 6.416/97. Rio de Janeiro: Forense, 1985
- BITENCOURT, Cezar R. A Falência da Pena de Prisão, causas e alternativas. São Paulo: RT, 1993.
- BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- CALAMANDREI, Piero. Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos cautelares. Campinas: Servanda, 2000.
- CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal – parte geral. 6ª edição rev., vol. 01, São Paulo: Saraiva, 2001
- CARNELUTTI, Francesco. *Leciones Sobrem el Proceso Penal*. Tradução de Santiago Santís Melendo. Buenos Aires: Bosch, 1950, vol. IV.
- COELHO, Luiz Fernando. Teoria Crítica do Direito. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003
- DELMANTO JUNIOR Roberto. As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração. Rio de Janeiro. Renovar, 1998.
- FERRAJOLI, Luigi: Direito e Razão: Teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002.
- FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- _____. Meia ilegalidade. In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, ano 11, n.123, p.2-3, fev.2003.
- GOMES, Luiz Flávio. Direito de Apelar em Liberdade. 2. ed., São Paulo: RT, 1996.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Presunção de inocência e prisão cautelar, *In*: Fascículos de Ciências Penais, ano 5, vol. 5, nº 1, São Paulo: 1990.

JARDIM, Afrânio Silva. Direito Processual Penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

LEWANDOWISKI, Enrique Ricardo. Proteção dos direitos humanos na Ordem interna e internacional. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1984.

LOPES JR. Aury. Introdução crítica ao processo penal. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2ª Ed, 2005.

MANZINI, Vicenio. Tratado de Derecho Procesal Penal. volume I. Traducción de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional: São Paulo: Ed. Saraiva, 2ª Ed.

MIRABETE, Julio Fabbrini. "Código de Processo Penal Interpretado" 2.ed. São Paulo: Atlas, 1995.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. Belo Horizonte. Ed. Del Rey, 7ª ed, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Regimes Constitucionais da liberdade provisória. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PRADO, Geraldo: Ponderação de normas em matéria penal. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Iuris, 2007.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. São Paulo: RT, 4. ed, 2000.

TORNAGHI, Hélio. Curso de processo penal. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v.1.

TORRES, Jaime Vegas. Presunción de inocencia y prueba em el proceso penal. Madrid: La ley, 1993.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. São Paulo: Saraiva, Ed. 26, V.1.

VARGAS, José Cirilo. Direitos e garantias Individuais no Processo Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

