

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

RAFAEL BEZERRA CARDOSO

**A PRISÃO CAUTELAR E SUA DECRETAÇÃO NA FASE PRÉ-
PROCESSUAL EM FACE DA NOVA ORDEM
CONSTITUCIONAL DE 1988**

**ESCOLA SUPERIOR DO
MINISTÉRIO PÚBLICO
BIBLIOTECA**

**FORTALEZA – CEARÁ
2010**

RAFAEL BEZERRA CARDOSO

**A PRISÃO CAUTELAR E SUA DECRETAÇÃO NA FASE
PRÉ-PROCESSUAL EM FACE DA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL DE 1988**

**Monografia apresentada ao do Curso de especialização em
Direito Penal e Direito Processual Penal do Centro de
Estudos Sociais Aplicados da Universidade Estadual do
Ceará e Escola Superior do Ministério Público do Ceará,
como requisito parcial para obtenção do título de
Especialista.**

Orientador: Prof. MS. Renan Cajazeiras Monteiro.

**FORTALEZA – CEARÁ
2010**

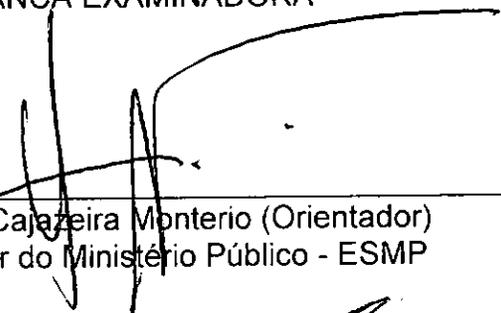
RAFAEL BEZERRA CARDOSO

A PRISÃO CAUTELAR E SUA DECRETAÇÃO NA FASE PRÉ-
PROCESSUAL EM FACE DA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL DE 1988.

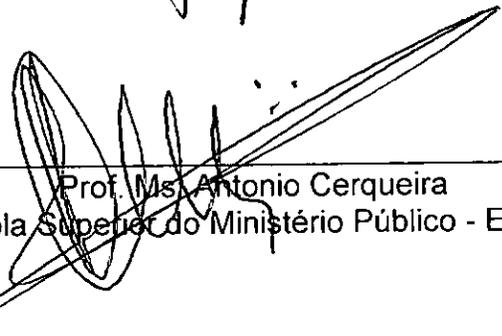
Monografia apresentada ao Curso
de Especialização em Direito Penal
e Direito Processual Penal da
Universidade Estadual do Ceará,
como requisito parcial para obtenção
do título de Especialista.

Aprovada em: 15/07/2010

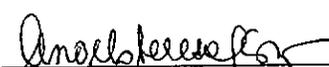
BANCA EXAMINADORA



Prof. Ms. Renan Cajazeira Monterio (Orientador)
Escola Superior do Ministério Público - ESMP



Prof. Ms. Antonio Cerqueira
Escola Superior do Ministério Público - ESMP



Prof. Ms. Angela Teresa Gondim Carneiro Chaves
Escola Superior do Ministério Público - ESMP

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Paulo e Ismênia, pelo incentivo e fonte inspiradora ao meu contínuo desenvolvimento ético, moral e intelectual.

Ao professor Renan Cajazeiras Monteiro, cujas aulas despertaram em mim a importância do tema abordado no presente trabalho.

Aos meus colegas delegados de polícia civil, cuja grandeza e sabedoria de enfrentar as diversidades inerentes ou não à atividade de polícia repressiva, vêm pautando o seu mister na defesa da dignidade da pessoa humana.

SUMÁRIO

RESUMO

1 INTRODUÇÃO	8
2 UMA BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA E PRINCIPOLÓGICA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO DE 1941 E A SUA INTERPRETAÇÃO E A APLICAÇÃO EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	12
2.1 O FUNDAMENTO DE VALIDADE DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL SOB A ÉGIDE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1937	12
2.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	15
2.3 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	19
2.4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	21
2.5 INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO	24
2.6 INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	26
3 NATUREZA CAUTELAR DA PRISÃO PROVISÓRIA EM GERAL	31
3.1 O PROCESSO PENAL E A PRETENSÃO CAUTELAR	31
3.2 CONCEITO DE PRISÃO PROVISÓRIA	32
3.3 CARACTERÍSTICAS DA PRISÃO PROVISÓRIA	34
3.4 PRESSUPOSTOS PARA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PROVISÓRIA	36
3.5 NATUREZA CAUTELAR DA PRISÃO EM FLAGRANTE	37
3.6 NATUREZA CAUTELAR DA PRISÃO TEMPORÁRIA	40
3.7 NATUREZA CAUTELAR DA PRISÃO PREVENTIVA	50
4 O CARÁTER EXCEPCIONAL DA PRISÃO CAUTELAR NA ORDEM CONSTITUCIONAL DE 1988	58
4.1 A FASE PRÉ-PROCESSUAL E A PERSECUÇÃO PENAL	58
4.2 O CARÁTER EXCEPCIONAL DA PRISÃO CAUTELAR NA ORDEM CONSTITUCIONAL DE 1988	65
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	69
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	74

RESUMO

O fundamento de validade original do Código de Processo Penal de 1941, centrado na proteção do Estado e na presunção de culpabilidade do indiciado e do acusado, é substituído pela observância da dignidade da pessoa humana e da presunção de inocência. A interpretação e aplicação do Código de Processo Penal Brasileiro, em matéria de prisão cautelar, terão como norte os direitos e garantias fundamentais, previstos na Constituição Federal de 1988. A utilização da prisão provisória, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, mais precisamente na fase pré-processual, após a nova ordem constitucional de 1988, apresenta-se como exceção, sendo a sua aplicação permitida apenas em situações excepcionais, onde a restrição da liberdade for indispensável para a instrumentalidade da persecução penal. O cerceamento da liberdade do cidadão, sem a devida observância da necessidade, adequação e proporcionalidade da aplicação da medida cautelar em relação ao caso concreto, não tem amparo constitucional, pois a inobservância dos citados requisitos caracteriza a restrição do direito de ir e vir como mera antecipação de pena. O juízo de antecipação da responsabilidade penal é incompatível com o Estado Democrático de Direito. O objetivo do presente trabalho é investigar a possibilidade de compatibilização entre os institutos referentes às prisões cautelares contidas no Código de Processo Penal de 1941 e a Magna Carta de 1988.

Palavras-chave: Dignidade da Pessoa Humana. Constituição Federal de 1988. Código de Processo Penal. Prisão cautelar. Hermenêutica.

1 INTRODUÇÃO

O atual Código de Processo Penal Brasileiro de 1941 teve como inspiração o Código de Processo Penal italiano, gerado durante o regime fascista capitaneado por Benito Mussolini. O CPP Brasileiro, é importante lembrar, foi promulgado sob a égide da Constituição Brasileira de 1937, em pleno Estado Novo, implantado através de um golpe de Estado por Getúlio Vargas, onde foram dissolvidos o Senado Federal e a Câmara dos Deputados, revogando, em seguida, a Constituição de 1934.

A Constituição Federal de 1988, ao instituir a República Federativa do Brasil, em um Estado Democrático de Direito, teve como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, como reza seu artigo 1º, inciso III. Sua estrutura se diferiu das anteriores, pois adotou a concepção de Estado de Direito, embasada no princípio da constitucionalidade, onde o respeito aos direitos fundamentais é o centro de gravidade da ordem jurídica. Percebe-se a nítida intenção do legislador constituinte, ao elaborar a Magna Carta de 1988, em se preocupar com a dignidade da pessoa humana, pois, ao contrário das antecessoras, logo no Título II, trata dos Direitos e Garantias Fundamentais.

É pacífico o entendimento de que o Código de Processo Penal Brasileiro de 1941 foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, salvo alguns institutos incompatíveis com os ditames do novo ordenamento jurídico, a exemplo do art. 393, II, do CPP, ao impor, como um dos efeitos da sentença penal condenatória recorrível, *ser o nome do réu lançado no rol dos culpados*, fato ofensivo ao art. 5º, LVI, da CF, ao asseverar que *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*.

Diante dessas considerações, indaga-se: como compatibilizar os institutos referentes às prisões cautelares, contidas no Código de Processo Penal de 1941, com a Constituição Federal de 1988, haja vista ambos terem sido idealizados em contextos históricos distintos e influenciados por valores antagônicos?

É a partir dessa indagação que discorreremos sobre o contexto histórico da criação do Código de Processo Penal e da Constituição Federal de 1988, procurando identificar e delimitar os valores fundamentais norteadores da formatação estrutural de cada um deles, para, em seguida, analisarmos os valores consagrados na nova ordem Constitucional, com o fim de delimitar a interpretação e aplicação da prisão cautelar, na fase pré-processual, em face do respeito à dignidade da pessoa humana.

O objetivo do presente trabalho é investigar a possibilidade de compatibilização entre os institutos referentes às prisões cautelares contidas no Código de Processo Penal de 1941 e a Constituição Federal de 1988. Para isso, discorreremos sobre o contexto histórico da criação de cada um deles, procurando identificar os valores fundamentais norteadores da formatação estrutural de ambos, para, em seguida, analisarmos os valores consagrados na nova ordem Constitucional.

A pesquisa ora apresentada tem natureza qualitativa e teórica. É qualitativa porque há interesse no aprofundamento e abrangência da compreensão da interpretação e aplicação da prisão cautelar, prevista no Código de Processo Penal de 1941, em face da Constituição Federal de 1988, em virtude de sua complexidade, e possíveis contradições na singularidade da compatibilização entre a legislação infraconstitucional e a Lei Fundamental. Teórica, por se basear na análise da legislação nacional pertinente, dos estudos jurídicos existentes e jurisprudência dos tribunais superiores. A coleta do material foi obtida por meio de pesquisa bibliográfica, artigos publicados em revistas especializadas e acórdãos de tribunais superiores.

O método de estudo utilizado foi o descritivo, no que diz respeito à observação, descrição, explicação e identificação dos fatores determinantes ou indutores do fenômeno da interpretação e aplicação da prisão cautelar em face da Constituição Federal.

O presente trabalho está dividido em quatro capítulos. O primeiro apresenta uma breve análise da contextualização histórica e principiológica do Código do Processo Penal, enfatizando, inicialmente, seu fundamento de validade sob a égide da Carta Magna de 1937,

em pleno Estado Novo, para, em seguida, discorrer sobre os princípios da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência e da proporcionalidade na Constituição Federal de 1988.

Finaliza o primeiro capítulo, a discussão a respeito da interpretação e aplicação do Código de Processo Penal em face da Constituição Federal de 1988, onde, inicialmente, aborda-se o método hermenêutico denominado de interpretação conforme a Constituição, para, logo depois, tratar da interpretação e aplicação do Código de Processo Penal de 1941.

O segundo capítulo aborda a natureza cautelar da prisão provisória em geral. Para a exposição do tema, estuda-se a prisão provisória e pretensão cautelar, com fundamento na teoria geral do processo, seguidos do conceito e das características, bem como dos pressupostos para a decretação da prisão provisória. Por fim, será analisada a natureza cautelar da prisão em flagrante, temporária e preventiva.

O terceiro capítulo observa o caráter excepcional da prisão cautelar na ordem constitucional de 1988, fazendo, preliminarmente, uma análise evolutiva da persecução penal, diferenciando as suas duas fases - a pré-processual e a instrução criminal -, para, em seguida, pontuar as características e a importância da investigação, desenvolvida no inquérito policial, para o regular desenvolvimento do processo penal.

No segundo item deste capítulo será feito um estudo sobre o caráter excepcional da prisão cautelar na atual ordem Constitucional, cuja regra é a liberdade do investigado, indiciado e acusado, demonstrando, logo depois, a substituição da presunção da culpabilidade pela presunção de inocência e a evidência da necessidade da utilização da prisão provisória, na fase pré-processual, para garantir a instrumentalidade do processo principal.

Apresentam-se, finalmente, as considerações finais sobre o presente debate, donde se procura fechar o raciocínio deste trabalho, não o limitando, contudo, a discussões futuras.

Por fim, a bibliografia.

2 UMA BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA E PRINCÍPIOLÓGICA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO DE 1941 E SUA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

2.1 O fundamento de validade do Código de Processo Penal sob a égide da Constituição Federal de 1937

Hobsbawm (1996, p. 15), em seu livro *Era dos Extremos*, elabora importantes análises dos acontecimentos ocorridos durante o século XX, mais precisamente sobre o período compreendido entre 1914 e 1991. Alerta, no início da obra, que a principal tarefa do historiador não é julgar, mas compreender o contexto histórico no qual o fato analisado está inserido.

O operador do Direito, ao interpretar determinada norma, deve perceber a importância de conhecer a contextualização histórica na qual foi confeccionada. Ao lado dos demais métodos de interpretação, o histórico é uma importante ferramenta hermenêutica à disposição do intérprete, ao analisar o conteúdo de um determinado princípio ou regra.

Reale (1993, p. 278), ao analisar a importância da interpretação histórica, surgida a partir da forte influência da Escola Histórica de Savigny, tece o seguinte comentário:

Feita a lei, ela não fica, com efeito, adstrita às suas fontes originárias, mas deve acompanhar as vicissitudes sociais. É indispensável estudar as fontes inspiradoras da emanção da lei para ver quais as intenções do legislador, mas também a fim de ajustá-la às situações supervenientes.

Magalhães Filho (2003, p. 39) faz interessante comparação, ao emitir comentários sobre a interpretação histórica entre a atividade do historiador e a do jurista, explicando:

A Escola Histórica vislumbra a norma com uma objetivação do espírito de uma época. A interpretação deveria ser uma reconstrução do sentido. Assim, como o historiador situa um documento histórico no tempo de sua feitura e identifica o seu autor para, em seguida, por comparação de dados, reconstruir o sentido do documento, do mesmo modo o jurista deveria proceder em relação à norma.

Conforme consideração anterior, o atual Código de Processo Penal Brasileiro de 1941, baseado no Código de Processo Penal italiano, foi constituído durante o regime fascista de Benito Mussolini. Pacelli (2008, p. 05), ao tratar do tema, faz uma contextualização histórica importante, ajudando-nos a compreender as idéias norteadoras de sua criação, ao explicar:

Inspirado na legislação processual italiana produzida na década de 1930, em pleno regime fascista, o CPP brasileiro foi elaborado em bases notoriamente autoritárias, por razões óbvias e de origem. E nem poderia ser de outro modo, a julgar pelo paradigma escolhido e justificado, por escrito e expressamente, pelo responsável pelo projeto, Ministro Francisco Campos, conforme se observa em Exposição de Motivos.

O Código de Processo Penal foi promulgado sob a égide da Constituição de 1937, em pleno “Estado Novo”. Este foi implantado através de um golpe de Estado por Getúlio Vargas, onde foram dissolvidos o Senado Federal e a Câmara dos Deputados, revogando, em seguida, a Constituição de 1934.

Silva (1988, p. 85), ao fazer uma análise da evolução político-constitucional do Brasil, especificamente do período do Estado Novo e da Constituição de 1937, construída sobre o impacto das ideologias do pós-guerra de 1918, propagadas, principalmente, por Mussolini e Hitler, é enfático ao dizer:

A Carta de 1937 não teve, porém, aplicação regular. Muitos dos seus dispositivos permaneceram letra morta. Houve ditadura pura e simples, com todo o Poder Executivo e Legislativo concentrado nas mãos do Presidente da República, que legislava por via de decretos-leis que ele próprio depois aplicava, como órgão do Executivo.

O Poder Judiciário, durante o Estado Novo, ficou bastante fragilizado. A Constituição de 1937, no parágrafo único do seu art. 96, por exemplo, permitia ao Presidente da República submeter uma lei considerada inconstitucional, por juiz ou tribunal, ao parlamento, se a considerasse necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, para uma nova avaliação de sua constitucionalidade perante o Poder Legislativo. Confirmada a constitucionalidade da lei, por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficaria sem efeito a decisão prolatada por juiz ou Tribunal que a considerou inconstitucional.

O Poder Legislativo formatado pela Constituição de 1937, nos termos do art. 38, era exercido pelo Parlamento Nacional com a colaboração do Conselho da Economia Nacional e do Presidente da República. A composição do Parlamento Nacional era composta por duas Câmaras: a dos Deputados e a do Conselho Federal. Após analisar essa composição, Lenza (2008, p. 46) constatou: “*o Senado Federal deixou de existir durante o Estado Novo*”.

Os direitos fundamentais foram seriamente enfraquecidos na Carta Magna outorgada de 1937. Não houve previsão constitucional do instituto do Mandado de Segurança, por exemplo. Foi instituída a pena de morte através do art. 122, nº 13, da Constituição Federal, cujo rol incluía, além de vários crimes políticos, na alínea “f”, *o homicídio cometido por motivo fútil e com extremos de perversidade*.

O art. 170 da citada Constituição reflete todo o grau de autoritarismo, desrespeito aos direitos fundamentais e o enfraquecimento do poder judiciário durante o Estado Novo, ao asseverar que “durante o estado de emergência ou o estado de guerra, dos atos praticados em virtude deles não poderão conhecer os Juízes e Tribunais”.

Nesse contexto histórico, o vigente Código de Processo Penal brasileiro foi gerado, sob fortes influências autoritárias e antidemocráticas, cujo Presidente da República, conforme o art. 73 da Constituição, era *a autoridade suprema do Estado*, em detrimento dos demais Poderes Legislativo e Judiciário. Rezava o dispositivo ora em debate, *in verbis*:

Art. 73. O Presidente da República, autoridade suprema do Estado, coordena a atividade dos órgãos representativos, de grau superior, dirige a política interna e externa, promove ou orienta a política legislativa de interesse nacional, e superintende a administração do País.

Pertinentes são as palavras de Mendes, Coelho e Branco (2008, p 171) ao fazerem uma análise, partindo da contextualização histórica e jurídica da Constituição brasileira de 1937, ao dizerem que:

Finda a Segunda Guerra Mundial, com a derrota do nazismo e do fascismo, pelos quais, segundo muitos estudiosos, ele nutria indisfarçável simpatia, findo esse conflito, Getúlio Vargas tudo fez para se equilibrar no poder, praticando atos de abertura política – ainda que de uma abertura apenas gradual –, como a expedição da Lei Constitucional nº 9, de 18-2-1945, anunciando a convocação de eleições gerais para que entrassem em efetivo funcionamento os órgãos representativos na Constituição, que ele mesmo estiolara durante o Estado Novo. Essa insinceridade, entretanto, não passou despercebida a quantos se dedicaram ao estudo da Carta Política de 1937, muitos dos quais observaram que a rigor ela nem sequer vigorou de direito, porque jamais realizado o plebiscito destinado a legitimá-la como Constituição. Em verdade, quem o diz é Pontes de Miranda, ela “não se realizou; não foi respeitada – quase toda, nem sequer, existiu.

Com o fim do segundo conflito global, as idéias democráticas prosperavam. Não havia mais ambiência política para governos totalitários. O Estado Novo caiu em 29 de outubro de 1945. Em 1º de fevereiro de 1946, foi instalada uma Assembléia Constituinte, cujo resultado foi a promulgação de uma nova Constituição Federal, em 18 de setembro de 1946, que redemocratizou o Brasil, afastando o regime totalitário que vigia desde 1930.

2.2 Princípio da dignidade humana na Constituição de 1988

O desprezo e o desrespeito aos direitos humanos vieram à tona após a Segunda Guerra Mundial. O historiador *Hobsbawm* (1996, p. 21), ao analisar o século XX, constata o fato de que foram mortos ou abandonados à morte, por decisão humana, mais seres humanos do que em períodos anteriores.

Diante desse contexto histórico, percebeu-se a necessidade de uma proteção jurídica eficaz contra atrocidades que, no futuro, pudessem ser cometidas novamente contra a espécie humana. Começou-se a discutir a necessidade do homem ser o centro e o fim do ordenamento jurídico. O debate sobre o tema não é recente. Vários documentos históricos trataram do assunto, principalmente por estar em jogo o direito à liberdade. Lenza (2008, p. 588), ao tratar dos direitos humanos de primeira dimensão, cita documentos históricos importantes produzidos nos séculos XVII, XVIII e XIX. São eles: “(1) Magna Carta de 1215, assinada pelo rei ‘João Sem Terra’; (2) Paz de Wesfália (1648); (3) *Habeas Corpus Act* (1679); (4) *Bill of Rights* (1688); (5) Declarações, seja a americana (1776), seja a francesa (1789)”.

As barbaridades cometidas por ambos os lados, a exemplo do extermínio de judeus pelos alemães e o lançamento de duas bombas atômicas pelos norte-americanos sobre o Japão, agrediram e desrespeitaram a consciência da humanidade, de tal forma que, em 10 de dezembro de 1948, a Assembléia Geral das Nações Unidas, através da resolução 217 A (III), proclamou a DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS.

Assim, após a Segunda Guerra Mundial, consolidou-se a visão do respeito aos direitos fundamentais como o centro e o fim do ordenamento jurídico. *Konrad Hesse apud Bonavides* (2005, p. 560), afirma que “criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana, eis aquilo que os direitos fundamentais almejam”. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é elevado ao patamar de valor supremo para a humanidade.

A República Federativa do Brasil, constituída em um Estado Democrático de Direito, tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, como reza o seu artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988. Sua estrutura difere das anteriores, leciona Silva (1998, p. 91), por adotar a concepção de Estado de Direito, embasada no princípio da constitucionalidade, onde o respeito aos direitos fundamentais é o centro de gravidade da ordem jurídica, como lembra Bonavides (2005, p. 398).

A concepção de Estado de Direito liberal centrado na lei, na legalidade, da ordem jurídica anterior, é substituída pelo Estado de Direito Constitucional. O novo ordenamento jurídico, inaugurado com a promulgação da Constituição de 05 de outubro de 1988, impõe ao ente estatal, como limite de sua atuação, não só o princípio da legalidade, mas, sobretudo, o respeito à dignidade da pessoa humana.

Magalhães Filho (2004, p. 104) ressalta que “as bases do Estado Democrático de Direito são a soberania do povo, expressa na manifestação da vontade popular, e a dignidade humana, consagrada na enunciação dos direitos fundamentais.” Fazendo uma comparação com as Constituições anteriores, percebe-se a nítida intenção do legislador constituinte, ao elaborar a atual, a preocupação com o ser humano, pois, ao contrário das antecessoras, logo no Título II, trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, “dimensões da dignidade da pessoa humana, a qual é, por isso mesmo, o suporte de todos eles”, conforme conceitua Magalhães Filho (2004, p. 208).

O Brasil, a exemplo de diversos países, após a Segunda Guerra Mundial, reconheceu o ser humano como centro e fim do direito, passando a dignidade da pessoa humana a firmar-se como núcleo central do constitucionalismo brasileiro. Toda a construção do Direito será, obrigatoriamente, direcionada para resguardá-la.

A criação, interpretação e aplicação da legislação infraconstitucional terão de observar os valores emanados da Magna Carta de 1988. Essa imposição distingue o atual Estado brasileiro do anterior, por cultivar a Constituição, enfatizando o princípio da constitucionalidade e o pleno reconhecimento da normatividade dos princípios consagradores dos direitos fundamentais, tendo, inclusive, as normas definidoras destes, aplicação imediata, conforme assevera o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988.

Em razão da posição e da importância da Constituição no ordenamento jurídico e por sintetizar a manifestação dos valores básicos da sociedade, percebeu-se a necessidade de o

hermeneuta observar a normatividade dos princípios, pois, no novo ordenamento jurídico, aplicação do Direito não consiste mais na mera subsunção do fato à norma.

A interpretação constitucional terá como parâmetro, para aplicação de uma determinada norma, a teleologia e a axiologia. A primeira tem a missão de identificar os fins últimos da sociedade e da humanidade. A segunda possui a função de reconhecer os valores sociais essenciais e inerentes à natureza humana, pois, como leciona Magalhães Filho (2004, p. 69), “o Direito está aberto para a sociedade e fundamenta-se na natureza humana”.

O valor pessoal do homem impõe limite ético e moral à interpretação constitucional, pois “[...] a natureza humana com as suas características de racionalidade e sociabilidade, é a fonte última do Direito, daí a razão de se dizer que a dignidade da pessoa humana é a causa final dos direitos” (MAGALHÃES FILHO, 2004, p. 85).

Inspiradoras e reflexivas são as palavras de Reale (1993, p. 26) sobre a condição humana, ao dizer:

Não vivemos no mundo de maneira indiferente, sem rumos ou sem fim. Ao contrário, a vida humana é sempre uma procura de valores. Viver é indiscutivelmente optar diariamente, permanentemente entre dois ou mais valores. A existência é constantemente tomada de posição segundo valores. Se suprimirmos a idéia de valor, perderemos a substância da própria existência humana. Viver é, por conseguinte, uma realização de fins.

A dignidade da pessoa humana é referencial valorativo para os demais princípios proclamados pela Constituição Federal de 1988, atuando como importante diretriz hermenêutica cujos efeitos se estendem por todo o ordenamento. Aquela, por ser um dos valores fundamentais da República Federativa do Brasil, é a responsável por conferir a unidade material de sua Constituição, através da hermenêutica constitucional, cuja aplicação consiste em observar o homem como o fim do Direito.

2.3 Princípio da presunção de inocência

São os direitos e garantias fundamentais, insculpidos na Carta Magna 1988, dimensões do princípio da dignidade da pessoa humana, a exemplo do princípio da presunção de inocência, previsto no inciso LVII, art. 5º, da CF, que reza que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Pertinente a observação de Lenza (2008, p. 626), ao tecer comentários sobre denominação do aludido princípio, citando Bechara e Campos, quando diz:

Melhor denominação seria **princípio da não culpabilidade**. Isso porque a Constituição Federal não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado antes de sentença transitada em julgado (Grifo do autor).

A nova presunção é a de não culpabilidade, superando, assim, a da culpabilidade, constituindo-se em um novo paradigma para persecução penal brasileira: investigação (fase pré-processual) e instrução criminal (fase processual). Sob a égide da Constituição Federal de 1988, segundo Moraes (2006, p. 107), “há a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao arbítrio estatal”.

Távora e Antonni (2008, p. 48), ao comentarem sobre o princípio ora em debate, chamam a atenção para o fato de a culpabilidade do acusado só poder ser declarada após comprovada a autoria da infração penal através de sentença condenatória transitada em julgado, e, em seguida, afirmam que:

Antes deste marco, somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório desta demonstração, além do que o cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade. Neste diapasão, a regra é a liberdade e o encarceramento, antes de transitar em julgado a sentença condenatória, deve figurar como medida de estrita exceção.

Em se tratando de prisão cautelar, é inconcebível a sua utilização como forma de se antecipar a aplicação da pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, pois, conforme lecionam Mendes, Coelho e Branco (2008, p.637),

Não se pode conceber como compatível com o princípio constitucional da presunção de inocência qualquer antecipação de cumprimento de pena que não esteja devidamente fundamentada em legítimas razões jurídicas e fatos concretos individualizáveis com relação à pessoa do formalmente acusado. Aplicação de sanção antecipada não se compadece com a ausência de decisão condenatória transitada em julgado.

Debatendo sobre a impossibilidade do Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se já houvessem sido condenados definitivamente, em razão do princípio constitucional da presunção de inocência, em sede de *habeas corpus*, cujo relator foi o Ministro Celso de Melo, assim se posicionou a segunda turma do Supremo Tribunal Federal:

O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE, COMO SE CULPADO FOSSE, AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL. - A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) - não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível - por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) - presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes conseqüências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes (HC 93883 / SP - SÃO PAULO).

A observância do estado de inocência do indiciado, acusado ou condenado, sem sentença transitada em julgado, é obrigatória durante a persecução penal, notadamente durante a fase pré-processual, onde não há provas submetidas ao crivo do contraditório e da ampla

defesa. O investigado, por exemplo, não terá mais a seu desfavor a presunção de culpabilidade. A presunção de o indiciado ser inocente até a devida comprovação em contrário é o norte a guiar a interpretação e a aplicação da norma.

2.4 Princípio da proporcionalidade

Em situações concretas, quando da interpretação e aplicação das normas constitucionais, aparentemente podem surgir conflitos entre direitos fundamentais. Robert Alexy, citado por Novellino (2008, 33), classifica as normas como gênero dos quais os princípios e regras são as espécies. As regras suscitam o problema da validade, ao passo que os princípios, além da validade, o da questão da importância ou valor.

As regras devem ser aplicadas na exata medida de sua prescrição. Na apreciação do caso concreto, havendo conflito entre as referidas espécies normativas, uma será, via de regra, excluída ou abandonada. É a lógica do “tudo ou nada”, segundo Dworkin, citado por (Novellino 2008, p. 65).

Os princípios têm como conteúdo valores, devendo ser empregados com graduação na aplicação do caso concreto. Segundo Alexy, citado por Novellino (2008, p.66), os princípios são “mandamentos de otimização”, isto é “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes”.

Diante do aparente conflito de aplicação de princípios fundamentais a solucionar um caso concreto, o intérprete tem uma eficiente ferramenta jurídica para enfrentar o suposto impasse, o princípio da proporcionalidade. Este, na definição de Magalhães Filho (2004, p. 208), é o princípio dos princípios, pois, somente através dele, os outros encontram sua condição de aplicabilidade e eficácia, na medida em que constitui a unidade e a coerência da constituição mediante a exigência de ponderação axiológica em cada caso concreto.

O princípio da proporcionalidade possui natureza mista, tendo como conteúdo características de princípio e de regra. A primeira deve-se ao fato de ter um alto grau de generalidade, abstratividade e de fundamentalidade. A segunda advém da possibilidade, diante de um fato concreto, da obrigatoriedade de hierarquizar valorativamente um dos princípios fundamentais conflitantes, para solucionar a questão posta em juízo.

Um tema interessante, em matéria criminal, é o da utilização do princípio da proporcionalidade para solucionar o conflito entre os princípios fundamentais: um vedando a utilização de provas ilícitas para embasar uma condenação, e o outro assegurando a ampla defesa do réu no processo penal. Ambos estão expressos no artigo 5º na Constituição Federal de 1988. O primeiro está previsto no inciso LVI: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. O segundo, no LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Observe-se o seguinte exemplo: determinada pessoa está sendo injustamente acusada de ter cometido um crime de estupro. Diante da dificuldade de produzir provas lícitas a seu favor, vê-se na iminência de ser condenada. Como última tentativa de se defender, sem a devida autorização judicial, intercepta uma conversa telefônica entre uma terceira pessoa e o verdadeiro autor do crime, tendo este, em um dos diálogos, confessado e se vangloriado da conduta praticada.

No presente caso, há uma contrariedade entre dois direitos fundamentais: o direito à liberdade e à ampla defesa do injustamente acusado *versus* o direito à privacidade do verdadeiro autor da conduta típica de estupro, violado pela escuta telefônica ilícita. É sabido que os princípios enunciam valores e direitos, mas não qualificam juridicamente condutas. A hierarquização dos princípios diante do fato concreto acima apresentado, através da ponderação axiológica a fim de estabelecer a qualificação jurídica das condutas descritas, só poderá ocorrer com intervenção do princípio da proporcionalidade.

Esse é também denominado princípio de proibição de excesso. Sua base está, segundo Bonavides (2005, p. 395), fincada na relação de dois elementos - meio e fim -, ambos relacionando-se na situação fática apresentada. Importantes são as observações de Magalhães Filho (2004, p. 211), ao descrever o relacionamento dialético entre os meios e os fins:

Os meios são os modos possíveis de sopesar princípios e valores, objetivando-se encontrar uma solução para o caso concreto. Os fins são aqueles que são próprios a um Estado democrático de Direito. A relação entre meios e fins não será puramente pragmática, mas haverá uma dialeticidade entre meios e fins, porquanto a dignidade da pessoa humana que se encontra no fim estabelecerá um limite deontológico ao meio”.

Antes de voltar ao exemplo anteriormente citado, vale lembrar que o princípio da proporcionalidade, de acordo com Barros (2003, p. 77), é composto por três subprincípios, segundo generalidade da doutrina alemã, os quais, em conjunto, “dão-lhe a densidade indispensável para alcançar a funcionalidade pretendida pelos operadores do direito”. São eles o princípio da adequação, o princípio da exigibilidade ou necessidade e o princípio da proporcionalidade propriamente dito.

O primeiro determina que o meio utilizado deve ser adequado para alcançar o fim. O segundo assevera que o meio escolhido deve ser aquele que imponha o menor sacrifício, que seja suave para o direito fundamental não prevalente na solução do caso concreto. E o terceiro indica o meio mais adequado e necessário em razão de somar mais vantagens, tendo por base, de plano, o maior número de interesses em disputa.

É importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal vem utilizando o princípio da proporcionalidade para solucionar contrariedades entre princípios fundamentais, a exemplo do caso citado, conforme o *Habeas Corpus* nº 74.678-DF, cujo relator foi o Ministro Moreira Alves, abaixo transcrito:

EMENTA: Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para

essa utilização, excludente da antijuridicidade. - Afastada a ilicitude de tal conduta - a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime -, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna). "Habeas corpus" indeferido.

O princípio da proporcionalidade é responsável pelo fundamento formal da unidade da Constituição Federal de 1988, haja vista ser um importante instrumento de harmonização dos princípios contidos nos enunciados dos direitos e garantias fundamentais, evitando a colisão entre eles, possibilitando a convivência harmônica dos valores mais caros para a sociedade brasileira, precavendo, assim, o surgimento de possíveis contradições no ordenamento jurídico.

2.5 Interpretação conforme a Constituição

O ordenamento jurídico é um sistema de normas. A criação de uma norma é determinada segundo os ditames de outra norma. Na construção teórica de Kelsen (1992, p. 129), o Direito é quem regula o seu próprio nascimento,

[...] na medida em que uma norma jurídica determina o modo em que outra norma é criada e também, até certo ponto, o conteúdo dessa norma. Como uma norma jurídica é válida por ser criada de um modo determinado por outra norma jurídica, esta é o fundamento de validade daquela.

Nesse sistema de normas, estas não se encontram em um mesmo plano, estando dispostas em um escalonamento hierárquico, cuja validade de uma é sempre outra norma. A que determina princípios e regras para a criação das demais é a superior, e a criada, segundo esses mandamentos, é a inferior. Assim, a ordem jurídica, segundo leciona Kelsen (1991, p. 240),

[...] não é um sistema de normas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da relação que resulta do fato de a validade de uma norma que foi produzida de acordo com outra, se apoiar sobre essa outra norma cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até chegar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental – hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta inter-relação criadora.

A norma fundamental de um ordenamento jurídico nacional, na concepção Kelseniana (1991, p. 240), é a Constituição. Os princípios e regras, emanados de seus enunciados, são vetores para criação, interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais.

A interpretação conforme a constituição desenvolve-se como método hermenêutico, cuja finalidade é observar a supremacia das normas constitucionais em face da legislação ordinária, ou seja, a interpretação das normas infraconstitucionais deve estar em harmonia com os ditames constitucionais. O presente método, na lição de Bonavides (2005, p. 518), “não é um princípio de interpretação da Constituição, mas de um princípio de interpretação da lei ordinária de acordo com a Constituição”.

A utilização desse método de interpretação decorre, segundo Bonavides (2005, p. 510), da natureza rígida das Constituições, da superioridade hierárquica das normas e do caráter de unidade que a ordem jurídica necessariamente ostenta, podendo acrescentar, ainda, de acordo com Moraes (2006, p. 11), da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público.

A interpretação conforme a Constituição tem lugar quando determinada norma, utilizada para dirimir um dado caso concreto, possui mais de um significado, sendo uns compatíveis com a Carta Magna e outros, não. Diante da pluralidade de sentidos, opta-se pelo mais próximo dos mandamentos constitucionais, com o fim de evitar a exclusão da lei questionada, preservando-se a unidade do ordenamento jurídico. Assim, nenhuma lei será declarada inconstitucional, caso possa ser interpretada em harmonia com a Constituição.

Novelino (2008, p. 75) faz a seguinte explicação, quanto à manifestação judicial da aplicação do princípio da interpretação conforme a Constituição:

O ato questionado é declarado legítimo, desde que interpretado em conformidade com a Constituição, sendo que o resultado da interpretação é, via de regra, incorporado resumidamente na parte dispositiva da decisão (e.g.: *A norma "X" é constitucional, desde que interpretada no sentido "A"*).

Entretanto, o princípio ora em discussão não possui aplicação quando sua utilização for de encontro ao texto expresso de lei, onde não há espaço para nenhuma interpretação em conformidade com a Constituição. Nesse caso, a norma deve ser declarada inconstitucional, não podendo o Poder Judiciário atuar como legislador positivo, criando uma nova lei ou ato normativo, pois, segundo a jurisprudência do Pretório Excelso,

[...] a interpretação conforme a Constituição: técnica de controle de constitucionalidade que encontra o limite de sua utilização no raio das possibilidades hermenêuticas de extrair do texto uma significação normativa harmônica com a Constituição (STF- Pleno – Adin nº 3046-9/SP).

A utilização do princípio constitucional de interpretação denominado de conforme a constituição é um método hermenêutico capaz de adaptar a legislação infraconstitucional, anteriormente vigente à promulgação da Carta Magna de 1988, aos valores basilares da ordem jurídica emergente.

2.6 Interpretação e aplicação do Código de Processo Penal

Com o nascimento de uma nova Constituição, a anterior é substituída, perdendo, automaticamente, sua vigência e validade. Uma nova fonte geradora de toda a ordem jurídica é extraída da nova Carta Magna, em razão do seu caráter inicial e originário, pois, na lição de Bastos (2002, p. 99), a

[...] perda de eficácia da Lei Fundamental anterior é total, o que significa dizer que ela se dá em bloco. Não se trata apenas de prescrição isoladas ou avulsas da Constituição anterior que perdem vigência, mas sim todo o conjunto, independente de estarem ou não conformes com a nova Lei maior.

No entanto, com surgimento de uma nova Constituição, ao contrário da perda automática de eficácia da anterior, a legislação infraconstitucional permanece válida, desde que seja compatível com os princípios e regras emanados na nova Carta Política, materializando um fenômeno jurídico denominado de *recepção*.

A legislação ordinária materialmente incompatível com a nova Lei Fundamental é simplesmente revogada. A compatível ganha um novo fundamento de validade. Havendo incompatibilidade formal da lei ordinária com a nova Constituição, aquela ganha uma nova “roupagem”, segundo Novelino (2008, p. 82) e Lenza (2008, p. 93), passando a possuir um novo *status* adequado ao seu conteúdo.

Uma lei vigente na ordem constitucional anterior, editada dentro dos parâmetros formais de lei ordinária, em razão da matéria tratada, pode, com o advento da nova Carta Magna, ser recepcionada como lei complementar, conforme exemplo dado por Lenza (2008, p. 94) referindo-se ao Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66), que, “embora tenha sido elaborado com *quorum* de lei ordinária, foi recepcionado pela nova ordem como lei complementar, sendo que os ditames que tratam sobre matérias previstas no art. 146, I, II e III da CF só poderão ser alterados por lei complementar”.

Bastos (2002, p. 102), ao discorrer sobre o novo fundamento de validade da legislação infraconstitucional da ordem jurídica anterior, cita três importantes corolários principais, defendidos por Jorge Miranda, a respeito do tema ora em debate, ao dizer que:

Em primeiro lugar todos os princípios gerais de qualquer ramo do direito passam a ser aqueles constantes da nova Constituição. Em segundo lugar todos os demais dados legais e regulamentos têm de ser reinterpretados à luz da nova Constituição, a fim de se porem conformes com as suas normas e princípios. Em terceiro lugar, as normas contrárias à Constituição não são recepcionadas, mesmo que sejam contrárias apenas a normas programáticas e não ofendam a nenhuma preceptiva.

A legislação infraconstitucional incompatível com a nova ordem constitucional será revogada, não se cogitando falar de inconstitucionalidade em face da nova Constituição. O questionamento acerca da recepção de lei ou de determinado ato normativo em face da nova Carta Magna deverá ser feito através da arguição de descumprimento de preceito fundamental, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADI-07/DF).

Conforme demonstrado anteriormente, as idéias e o contexto histórico de 1941, início da vigência do atual Código de Processo Penal Brasileiro, são diametralmente opostos aos de 1988, ano da promulgação da Constituição Cidadã.

O Código de Processo Penal Brasileiro tinha como base teórica o autoritarismo, prevalecendo sempre a preocupação com a segurança pública, tendo como princípio norteador o da presunção da culpabilidade. A Constituição Federal foi constituída sobre o ideal democrático, tendo como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana, protegido através dos direitos fundamentais exaustivamente descritos no seu texto, principalmente no artigo 5º. Oliveira (2008, p. 07) é oportuno, discorrendo sobre a dicotomia existente entre a Constituição Federal de 1988 e o Código de Processo Penal de 1941, ao dizer que:

Enquanto a legislação codificada pautava-se pelo princípio da culpabilidade e da periculosidade do agente, o texto constitucional instituiu um sistema de amplas garantias individuais, a começar pela afirmação da situação jurídica de quem ainda não tiver reconhecida a sua responsabilidade penal por sentença condenatória passada em julgado: 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória' (art. 5º, LVII).

Com a promulgação de uma nova Constituição, um novo ordenamento jurídico surge. A Legislação existente que for incompatível com a Carta Magna vigente não será

recepcionada. As compatíveis recepcionadas, por sua vez, deverão ser interpretadas em harmonia com os novos valores trazidos no bojo do novo ordenamento jurídico. Toda interpretação, criação e aplicação da legislação infraconstitucional deverá estar, obrigatoriamente, em conformidade com os parâmetros constitucionais, pois, segundo Kelsen (1991, p. 34), “o fundamento de validade de uma ordem normativa é uma norma fundamental da qual se retira à validade de todas as normas pertencentes a essa ordem”.

Sendo a dignidade da pessoa humana o núcleo central da Constituição e os direitos fundamentais a sua dimensão, toda produção legislativa, sua interpretação e aplicação têm como referencial o ser humano como centro e fim do Direito, pois, na lição de Novellino (2008, p. 207), “o Estado existe para o homem e não o homem para o Estado”.

Assim, ao ser recepcionado pela nova ordem constitucional, o Código de Processo Penal terá como princípio norteado o respeito à dignidade da pessoa humana, prevalecendo, portando, o princípio da presunção de inocência na interpretação e na aplicação dos seus institutos. Exemplo interessante, de não recepção de dispositivo legal contido em lei ordinária pela Constituição Federal de 1988, é o da possibilidade de decretação da incomunicabilidade do preso durante a investigação realizada no inquérito policial, prevista no artigo 21 do Código de Processo Penal, que assim reza:

Art. 21. A incomunicabilidade do indiciado dependerá sempre de despacho nos autos e somente será permitida quando o interesse da sociedade ou a conveniência da investigação o exigir.

Parágrafo único. A incomunicabilidade, que não excederá de três dias, será decretada por despacho fundamentado do Juiz, a requerimento da autoridade policial, ou do órgão do Ministério Público, respeitado, em qualquer hipótese, o disposto no artigo 89, inciso III, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

O inciso IV, § 3º do artigo 136 da Constituição Federal, no Capítulo destinado ao Estado de Defesa e Estado de Sítio, foi enfático ao proclamar que “É vedada a incomunicabilidade do preso”. Com base nesse dispositivo, Mirabete (2006, p. 78) é categórico na defesa da incompatibilidade da decretação da incomunicabilidade do preso, prevista no Código de Processo Penal, em face da norma constitucional citada, ao dizer:

É evidente que, sendo proibida a incomunicabilidade nas situações excepcionais, em que o Governo deve tomar medidas enérgicas para preservar a ordem pública ou a paz social, podendo por isso restringir direitos, com maior razão não se pode permiti-la em situação de normalidade.

Além do mais, o inciso LXII, art. 5º, da CF, impõe que “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”, corroborando com a tese contrária à recepção do art. 21 do CPP, constituindo, assim, a sua aplicação em flagrante violação aos direitos fundamentais da pessoa submetida a qualquer espécie de prisão cautelar.

3 NATUREZA CAUTELAR DA PRISÃO PROVISÓRIA EM GERAL

3.1 O processo penal e a pretensão cautelar

O processo é classificado de acordo com o tipo de provimento jurisdicional almejado, sendo de três espécies: conhecimento, execução e cautelar, conforme preconiza a teoria geral do processo (ROCHA, 1999, p. 225). Essa divisão se aplica ao processo penal, em razão do caráter universal da sistematização do estudo desse ramo do Direito. Analisando a classificação das espécies de processo e a sua aplicação no processo penal, Jardim (2003, p. 242) afirma que

[...] em verdade, uma das mais salientes tendências do estudo do Direito Processual moderno é a adoção de uma posição unitária, sistematizada através da chamada teoria geral do processo, que permite uma visão mais ampla de todos os fenômenos desta categoria jurídica.

O processo de conhecimento, segundo Rocha (1999, p. 225), “é destinado, fundamentalmente, à individualização do direito entre as partes mediante a formalização, pelo julgador, da norma jurídica reguladora do caso concreto”.

O processo de execução, na definição de Rocha (1999, p. 225), “é dirigido a assegurar a realização prática dos comandos contidos nas sentenças condenatórias ou em títulos a que a lei reconhece eficácia executória (títulos executivos extrajudiciais)”.

O processo cautelar, no entanto, tem caráter instrumental e acessório em relação ao principal, pois sua utilização é destinada a “garantir a situação existente atualmente, para assegurar o êxito dos processos de conhecimento ou executivo”, (Rocha 1999, p. 225).

Ao comentar o fato de o processo penal de execução e cautelar não terem tido a mesma sistematização doutrinária e legislativa do processo penal de conhecimento, Jardim (2003, p. 244) tece o seguinte comentário a respeito do tema:

Em sendo única atividade jurisdicional, não há por que negar a existência do processo penal cautelar e do processo penal de execução. Tanto a doutrina como o legislador estiveram com os olhos voltados, quase que exclusivamente, para o processo de conhecimento, ou mais precisamente, para a ação penal condenatória. Por isso mesmo, tem sido lenta a sistematização científica destas outras espécies de processo penal.

O Código de Processo Penal não disciplinou autonomamente o processo penal cautelar, fato não impeditivo para utilização de medidas cautelares no decorrer da persecução penal, a exemplo da prisão provisória. Importante e esclarecedora a observação de Jardim (2003, p. 245) a respeito do tema ora em debate:

Assim, no processo penal, exerce o Juiz atividade instrumental de natureza cautelar, seja em face de uma pretensão de igual natureza, seja sem qualquer provocação das partes. Embora sem criar uma relação processual autônoma, mas de forma incidental, existe pretensão cautelar nos casos de requerimento de prisão provisória, de aplicação de interdições de direitos e medidas de segurança, de seqüestro, de antecipação de prova testemunhal prevista no art. 225 do código vigente etc.

A utilização subsidiária dos institutos, não prevista expressamente pelo Código de Processo Penal, não traz nenhuma dificuldade para a interpretação e aplicação da prisão cautelar, pelo simples fato do conteúdo científico emanado da Teoria Geral do Processo suprir as aparentes lacunas em todos os ramos dedicados ao estudo do processo.

3.2 Conceito de prisão provisória

A Prisão como gênero é o cerceamento do direito de ir e vir, tendo como consequência o encarceramento do cidadão, podendo ser decretada durante a persecução penal ou depois do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. A primeira é a prisão sem pena, normatizada pelo Código de Processo Penal, e a segunda é prisão pena, a regulada

pelo Código Penal. Nesse sentido, leciona Nucci (2009, p.583), ao conceituar prisão como sendo:

A privação da liberdade, tolhendo o direito de ir e vir, através do recolhimento ao cárcere. Não se distingue, nesse conceito, a prisão provisória, enquanto se aguarda o deslinde da instrução criminal, daquele que resulta de cumprimento de pena. Enquanto o Código Penal regula prisão proveniente de condenação, estabelecendo as suas espécies, forma de cumprimento e regimes de abrigo do condenado, o Código de Processo cuida da prisão cautelar e provisória, destinada unicamente a vigorar até o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Assim, a prisão pena ou penal, na definição de Mirabete (2006, p. 361), tem por fim a aplicação de uma pena, “conseqüência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu *ius puniendi*”, conforme leciona Greco (2008, p. 485).

A prisão sem pena, na lição de Mirabete (2006, p. 360), é também denominada de prisão processual, provisória. É a prisão cautelar, em sentido amplo, a exemplo da prisão em flagrante, da prisão temporária e da prisão preventiva. Para Capez (2004, p. 227) a prisão sem pena

[...] trata-se de prisão de natureza puramente processual, imposta com a finalidade cautelar, destinada assegurar o bom desempenho da investigação criminal, do processo penal ou da execução da pena, ou ainda a impedir que solto, o sujeito continue praticado delitos.

Ao contrário da prisão pena, cuja finalidade essencial é repressiva, essa modalidade tem aplicação durante a persecução penal, podendo ser decretado o cerceamento da liberdade do indiciado ou réu antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, em situações excepcionais descritas em lei. Constitui a sua decretação exceção ao princípio constitucional da presunção de inocência; daí a demonstração da sua real necessidade durante o inquérito policial ou a instrução processual.

3.3 Características da prisão provisória

Em razão do seu caráter de excepcionalidade e, principalmente, da constitucionalização do processo penal, Rangel (2006, p. 558) indica a presença de cinco requisitos para que seja caracterizada a restrição do direito de ir e vir, antes do trânsito em julgado de sentença penal definitiva, como medida cautelar. São eles: jurisdicionalidade, acessoriedade, instrumentalidade hipotética, provisoriedade e homogeneidade.

A jurisdicionalidade impõe a análise e a decretação de uma prisão cautelar por um juiz de direito. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência da cláusula de reserva de jurisdição, cuja imposição atribui a prática de determinados atos somente aos magistrados, a exemplo da decretação da prisão cautelar. Esclarecedora a contextualização da referida cláusula constitucional, no ordenamento jurídico pátrio, da lavra do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, ao proferir o seu voto no Mandado de Segurança 23.452/RJ:

O postulado da reserva constitucional de jurisdição importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de "poderes de investigação próprios das autoridades judiciais". A cláusula constitucional da reserva de jurisdição - que incide sobre determinadas matérias, como a busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), a interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e a decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (CF, art. 5º, LXI) - traduz a noção de que, nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado.

Exceção a essa imposição é a prisão em flagrante delito, formalizada por autoridade que não a judiciária. No entanto, é oportuno observar que a formalização da prisão em flagrante e submetido imediatamente, logo após o seu término, à apreciação do Poder Judiciário para aferição da sua regularidade, decidindo, em seguida, o magistrado, da necessidade ou não de sua manutenção.

A acessoriedade da prisão provisória advém do fato de a medida cautelar existir para a concretização do processo penal, tendo, assim, um caráter eminentemente acessório em relação ao procedimento principal. Portanto, leciona Rangel (2006, p. 559), “há uma vinculação da medida cautelar ao resultado da medida principal, quando esta for dada àquela, deixará de existir”.

A instrumentalidade hipotética provém do fato de a prisão cautelar servir de instrumento, modo e meio, a fim de se alcançar o resultado final do processo penal. Segundo Rangel (2006, p. 559), “é como se o direito material discutido no processo de conhecimento fosse provável ao autor e o instrumento para atingir este possível direito fosse exatamente a medida cautelar”.

É da essência da prisão cautelar a provisoriedade, pois sua duração está atrelada ao resultado final do processo penal. Para Rangel (2006, p. 559), “a medida cautelar tem duração limitada àquele período de tempo que deverá transcorrer entre a instauração do procedimento cautelar e a promulgação do procedimento definitivo”.

Em razão do caráter acessório, instrumental e provisório da prisão cautelar, esta não pode ter um resultado mais desfavorável do imposto pelo processo principal. Há de existir proporcionalidade da medida cautelar adotada e o resultado final do processo penal. Não há sentido, por exemplo, em decretar a prisão provisória no curso da instrução de processo, cuja finalidade é apurar crime de menor potencial ofensivo, onde a solução final será a suspensão condicional do processo, não tendo, assim, a imposição de pena restritiva de liberdade. “A homogeneidade da medida é exatamente a proporcionalidade que deve existir entre o que está sendo dado e o que será concedido” (Rangel 2006, p. 560).

3.4 Pressupostos para decretação da prisão provisória

Dois são os requisitos para a decretação de uma prisão cautelar: o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

O primeiro atenta para a demora do processo penal principal, que pode inviabilizar a tutela jurídica a ser concedida, tornando, posteriormente, ineficaz a prestação jurisdicional. “É o fundado temor de que, enquanto se espera aquela tutela, ocorra ao direito posto em juízo lesão de difícil reparação”, leciona Rocha (1999, p. 214). Manifesta-se através do binômio *urgência e necessidade* da medida cautelar a ser adotada.

O segundo é tradicionalmente denominado de fumaça do bom direito. Segundo Rocha (1999, p. 214), é “a provável existência do direito para o qual se pede a tutela em via principal”, ou seja, há probabilidade de ser prolatada sentença penal condenatória no final da instrução criminal. Traduz-se através do binômio *prova de existência do crime e indícios suficientes de autoria*.

Interpretação dos dois pressupostos necessários para a decretação da prisão cautelar acima elencados, condizentes com os ditames constitucionais emanados dos princípios da dignidade da pessoa humana e da presunção de inocência e da proporcionalidade, é-nos dada por Aury Lopes Jr., resumida por Rangel (2006, p. 561):

Para o autor mister se faz que haja um perigo na liberdade do réu a justificar a sua prisão e não o perigo na demora da prestação jurisdicional. Da mesma forma que a fumaça deve ser do cometimento do delito e não do bom direito, pois bom direito pode ser para condenar o acusado, ou ainda, para declarar extinta a punibilidade. Até porque a demora na investigação preliminar, a autorizar a prisão temporária, ou no curso do processo, a autorizar a prisão preventiva, nem sempre é imputado ao indiciado ou ao réu, não havendo razão para “puni-lo” pela demora do Estado em cumprir com o seu papel na persecução penal. Nesse caso, devemos demonstrar que há perigo social se o réu permanecer em liberdade, bem como para o curso do processo e, ainda, que há provas do cometimento do delito. A fumaça é da prática do crime e não do bom direito.

Sem a presença do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, não há razão para a aplicação de medidas cautelares, a exemplo da prisão provisória. A necessidade da utilização desta, para a instrumentalidade da persecução penal, nasce a partir da constatação da presença desses dois pressupostos, cuja subsistência indica a prova da existência de um crime e de indícios suficientes de sua autoria.

3.5 Natureza cautelar da prisão em flagrante

O termo flagrante, na lição de Holanda (1996, p. 191), “deriva do latim ‘flagrans’, ‘flagrantis’, e quer dizer ardente, queimante. Sua própria raiz grega – ‘flegein’- tem o significado de queima”. Flagrante delito significa o delito ainda queimante, ardente, ou seja, é a certeza visual do cometimento da infração penal.

A prisão em flagrante é modalidade de prisão cautelar constitucionalmente prevista no art. 5º, LXI, ao asseverar que “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” (grifo nosso). Seu caráter cautelar é inegável, desde que “necessário para assegurar a consecução dos fins do processo”, ressalta Tourinho Filho (2009, p. 459).

Apesar de ser uma medida cautelar, a prisão em flagrante é, na realidade, um ato de natureza administrativa, pois, segundo Tourinho Filho (2009, p.464),

Mesmo que a prisão se efetive pelo Juiz, tal ato não perde o colorido de administrativo, pois o magistrado estaria, então, exercendo uma função administrativa e não jurisdicional. Se a prisão-captura é um ato emanado do poder de polícia do Estado, manifesto é o seu caráter administrativo. Entretanto, depois de efetuado a prisão e de lavrado o respectivo auto, a prisão em flagrante pode converter-se e se convolar numa verdadeira medida cautelar.

Essa modalidade de prisão provisória, na lição de Avena (2009, p. 777), é “regida pela causalidade, pois o flagrado é surpreendido no decorrer da prática da infração ou momentos depois. Para a sua imposição, são irrelevantes aspectos relativos à ilicitude e à culpabilidade, importando, tão somente, a prática de um fato com aparência de tipicidade”.

Em razão da causalidade de sua aplicação, a prisão em flagrante, em um primeiro momento, independe de manifestação judicial. Apresentado o preso à autoridade policial - o delegado de polícia -, confirmada a voz de prisão, formalizado e encerrado o auto de prisão em flagrante com a entrega da nota de culpa, esta deverá ser imediatamente comunicada ao juiz competente, conforme art. 5º, LXII, da Constituição Federal.

A partir da comunicação, análise e devida homologação pelo juiz competente da prisão em flagrante, há jurisdicização da medida cautelar. Jardim (2003, p. 247), ao tratar da natureza cautelar da prisão provisória em geral, faz a seguinte consideração sobre a prisão em flagrante:

Certo que a prisão em flagrante independe de prévio ato judicial. Não menos certo que é que ela se jurisdiciza imediatamente, consoante norma cogente do art. 5º, inc. LXV, da Constituição da República. Por isso, entendemos que tal prisão somente se aperfeiçoa quando recebe a chancela judicial.

Como toda medida cautelar, a prisão em flagrante sujeita-se aos dois pressupostos da prisão cautelar em geral: *fumus boni juris* e *periculum in mora*. Em relação ao primeiro requisito, “aparência jurídica da possibilidade de êxito contra o indiciado, na ação a ser instaurada”, na definição de Tourinho Filho (2009, p. 464), com a captura em flagrante, há maior clarividência a demonstrar a prova da autoria de uma infração penal.

Por outro lado, em relação ao segundo, demonstrada a necessidade instrumental da medida cautelar para o bom desenvolvimento da persecução penal, é importante fazer a

leitura do parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal para a sua compreensão. Diz o dispositivo legal:

Art. 310. Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, I, II e III, do Código Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Parágrafo único. Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312).

Depreende-se da leitura do texto normativo o fato de o *periculum in mora* decorrer da demonstração, na prisão em flagrante, da existência de uma das hipóteses que autorizam a decretação da prisão preventiva, prescritas no art. 312 do Código de Processo penal: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”.

Após a formalização da prisão em flagrante do indiciado, a continuidade do seu encarceramento terá, obrigatoriamente, como fundamentação, uma das hipóteses elencadas no art. 312 do Código de Processo Penal que autorizam a decretação da prisão preventiva, pedra de toque de toda e qualquer prisão cautelar no nosso ordenamento jurídico, conforme ressalta Tourinho Filho (2009, p. 465).

Prevalecerá, para a permanência do encarceramento, a demonstração da necessidade da custódia a fim de resguardar o desenvolvimento normal e célere da persecução penal, pois, segundo Tourinho Filho (2009, p. 465), “o que importa é indagar se há indícios de que ele, em liberdade, vai prejudicar a instrução criminal, ou, temeroso do resultado final do processo, procurará subtrair-se à aplicação da lei penal”.

Didático é o exemplo dado por Jardim (2003, p. 253), da análise da jurisdicização da prisão em flagrante em nosso ordenamento jurídico:

Recebido o auto de prisão em flagrante, deverá o magistrado verificar da existência de nulidade, em obediência ao preceito constitucional do art. 5º, LXV. Em seguida, após audiência do Ministério Público, examinará da presença de alguma causa de exclusão da ilicitude para os efeitos do caput do art. 310, passando então a questionar sobre a necessidade, diante do art. 312, de manter a prisão, concedendo liberdade provisória vinculada se os requisitos da prisão preventiva não estiverem presentes. Uma coisa nos parece clara: em nossa legislação não mais se mantém preso provisoriamente acusado algum sem justificar-se a necessidade de tal medida excepcional, em razão mesmo da natureza cautelar de todas as formas de prisão antecipada.

Assim, a manutenção da prisão em flagrante deverá passar sob o crivo das hipóteses que autorizam a decretação da prisão preventiva, além de verificar se o autor da conduta não a praticou sob o manto de uma das excludentes de ilicitudes elencadas no art. 23 do Código Penal (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito), pois, caso contrário, deverá ser concedida a liberdade provisória do indiciado.

3.6 Natureza cautelar da prisão temporária

Para melhor compreensão e contextualização da prisão temporária no ordenamento jurídico pátrio, é importante, inicialmente, que discurremos sobre a prisão para averiguação, pois, como veremos mais adiante detalhadamente, conforme a doutrina, a primeira surgiu para substituir a segunda, em virtude de sua incompatibilidade com os ditames emanados da Constituição Federal de 1988. O artigo 5º, inciso LXI da Constituição Federal de 1988 proclama que:

[...] 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.

A partir do citado mandamento constitucional, só poderá haver a privação do direito de ir e vir do cidadão em caso de flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária, não subsistindo mais, no ordenamento jurídico pátrio, a prisão para averiguação.

Essa modalidade de prisão foi amplamente remontada à época do regime militar brasileiro de 1964, onde se prendiam pessoas para investigá-las, muitas vezes sob tortura. Cardoso (2009, p. 7), ao discorrer sobre os métodos abusivos utilizados contra os presos, no decorrer das investigações policiais, durante os anos de chumbo, tendo por fundamento as discussões sobre o tema nos tribunais superiores, afirma que:

A prática da tortura durante a fase da investigação foi amplamente utilizada durante o regime militar inaugurado em 1964, apesar da tentativa oficial de encobrir. Atualmente, discute-se no Superior Tribunal de Justiça a imprescritibilidade do crime de tortura, cometido por órgãos oficiais, durante aquele período de triste memória.

Diante de sua importância, citaremos a seguinte notícia contida no informativo nº 316 do STJ sobre o assunto: Primeira Turma. INDENIZAÇÃO. PRESO. REGIME MILITAR. TORTURA. IMPRESCRITIBILIDADE. Trata-se de ação ordinária proposta com objetivo de reconhecimento dos efeitos previdenciários e trabalhistas, acrescidos de danos materiais e morais, em face do Estado, pela prática de atos ilegítimos decorrentes de perseguições políticas perpetradas por ocasião do golpe militar de 1964, que culminaram na prisão do autor, bem como em sua tortura, cujas conseqüências alega irreparáveis. Há prova inequívoca da perseguição política à vítima e de imposição, por via oblíqua, de sobrevivência clandestina, atentando contra a dignidade da pessoa humana, acrescida do fato de ter sido atingida sua capacidade laboral quando na prisão fora torturado, impedindo atualmente seu auto-sustento. Precedentes citados do STF: HC 70.389-SP, DJ 10/8/2001; do STJ: REsp 449.000-PE, DJ 30/6/2003. REsp 845.228-RJ, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 23/10/2007.

Rangel (2006, p. 616) faz a seguinte observação sobre a prisão para averiguação, utilizada no ordenamento jurídico anterior ao de 05 de outubro de 1988:

A famigerada prisão para averiguação da época da ditadura, através do falido instituto da contravenção de vadiagem (art. 59 da LCP), onde o indivíduo era preso por vadiagem, para que se pudesse investigar um outro delito em que havia suspeita de sua autoria e/ou participação.

Assim, em Estado Democrático de Direito, norteado pelo valor da dignidade da pessoa humana, a exemplo do Brasil, não há que se falar em prisão para averiguação, por clara incompatibilidade com os enunciados da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, Nucci (2009, p. 585) diz que:

Não mais tem cabimento admitir-se que a polícia civil ou militar detenha pessoas na via pública, para “averiguá-las”, levando-as presas ao distrito policial, onde, como regra, verifica-se se são procuradas ou não. Trata-se de instrumento de arbítrio, que, uma vez fosse admitido, ampliaria os poderes da polícia em demasia, a ponto de cidadão algum ter garantia de evitar a humilhação do recolhimento ao cárcere.

O cerceamento da liberdade de locomoção, praticado por autoridade policial através da prisão para averiguação, constitui crime de abuso de autoridade tipificado no artigo 4º, alínea “a”, da Lei nº 4.898 de 09 de dezembro de 1965, onde se lê: “ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder”. Este é o entendimento de Capez (2008, p. 23), ao discorrer sobre o crime tipificado no dispositivo legal supracitado, quando leciona que:

No caso da chamada prisão para averiguação, aquela em que o indivíduo é privado momentaneamente de sua liberdade, sem autorização judicial e fora das hipóteses de flagrante, apenas por mera conveniência e a critério da autoridade, com a finalidade de investigação, tipifica-se essa figura do abuso, uma vez que trata de privação da liberdade não autorizada nem pela lei, muito menos pela Constituição.

A jurisprudência pátria, conforme Nucci (2008, p. 578), vem julgando no sentido de não reconhecer a constitucionalidade da prisão para averiguação, conforme se vê:

A chamada prisão para averiguação, prática ainda usual neste país de exceções, constitui-se em grande ilegalidade, após a nova Constituição Federal, num flagrante abuso de autoridade, notadamente quando exercida por policiais militares que não podem desconhecer que a atual sistemática de prisão deriva, exclusivamente, do estado de flagrância e de ordem de custódia emanada de autoridade judiciária (JUTACRIM 24/305, Tribunal de Alçada do Paraná, incorporado pelo TJPR).

Investigação de polícia que mantém preso para averiguações menor inimputável, pois trata-se de constrangimento físico à liberdade de outrem sem o mais remoto amparo legal e violador das garantias constitucionais do devido processo e da legalidade da privação da liberdade (TACRIM-SP, incorporado pelo TJSP, Ap. 16.203/4, Guarulhos, v.u., RJDTACRIM 9/56).

Não é difícil perceber a ausência das características e pressupostos, essenciais a qualquer medida cautelar, na utilização da prisão para averiguação na fase pré-processual, tratando-se, na realidade, de uma violação latente aos princípios da dignidade humana e o da

presunção de inocência, mostrando ser completamente desproporcional cercear a liberdade do cidadão para depois investigá-lo. Nada mais é do que abuso de poder, devendo ser terminantemente expurgada do ordenamento jurídico e condenada a adoção de medida arbitrária tão odiosa.

Com a proibição em utilizar a prisão para averiguação, a partir de 05 de outubro de 1988, em 24 de novembro de 1989 foi editada a Medida Provisória nº 111 de 24 de novembro de 1989, instituindo uma nova modalidade de prisão cautelar denominada de temporária. No projeto, segundo Tourinho Filho (2009, p. 506), havia a previsão da decretação da incomunicabilidade do preso, afastada pelo legislador por considerar a medida inconstitucional, conforme demonstramos anteriormente. No dia 21 de dezembro de 1989, a citada medida provisória foi convertida na Lei nº 7.960.

Assim, a prisão temporária surge com a missão de legalizar ou, nas palavras de Rangel (2006, p. 615), “com o de vedar a chamada prisão para averiguação”. Tourinho Filho, ao tratar do tema ora em debate, é enfático ao afirmar que:

No Governo Costa e Silva e no Governo Geisel (períodos de exceção) houve várias tentativas visando à criação da prisão para averiguação, coisa, aliás, que na prática existia e continua existindo. Contudo, aqueles que por ela propugnavam não logram êxito... Passado o período da ditadura, o governo democrático a instituiu com o nome de “prisão temporária”.

Nucci (2006, p. 658) adota posição mais pragmática, ao discorrer sobre o surgimento da prisão temporária, onde defende o avanço desta em relação à prisão para averiguação, pois, segundo ele,

A sua inequívoca vantagem consiste em promover a substituição da antiga prisão para averiguação, realizada pela polícia, sem o crivo judicial, nem o acompanhamento do Ministério Público, que poderia redundar, muitas vezes, em autêntico abuso de autoridade imponente, pois desconhecido ou de difícil comprovação.

Essa medida cautelar de restrição da liberdade de locomoção, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não é, na lição de Mirabete (2006, p. 397), instituto exclusivo do Brasil. Outros países, a exemplo de Portugal, Espanha, França, Itália e Estados Unidos, utilizam-na durante a fase pré-processual. A justificativa para a introdução da prisão temporária no ordenamento jurídico nacional deveu-se, segundo Oliveira (2008, p. 425), à “preocupação com a complexidade das investigações de determinadas infrações penais, mais gravemente apenadas”.

Mirabete (2006, p. 398), ao apresentar a razão da introdução da prisão temporária no ordenamento jurídico pátrio, cita a exposição de motivos da Lei nº 7.960/89, cuja justificativa estava embasada no “clima de pânico que se estabeleceu em nossas cidades. A certeza da impunidade que campeia célere na consciência de nosso povo, formando novos criminosos, exigem medidas firmes e decididas, entre elas a da prisão temporária”.

Conforme dito anteriormente, a prisão temporária ingressou no ordenamento jurídico pátrio através da edição da Medida Provisória nº 111 de 24 de novembro de 1989, fato que gerou questionamentos doutrinários a respeito da sua constitucionalidade formal, mais precisamente pelo vício de iniciativa, em razão da vedação expressa do texto constitucional (art. 22, I) na proibição do Poder Executivo legislar sobre matéria de Direito Penal e Processual Penal, cuja competência é do Congresso Nacional.

Os vícios formais são defeitos existentes na formação do ato normativo pela não observação da técnica legislativa ou por incompetência do órgão expedidor. O controle formal, segundo Bonavides (2005, p. 298), é estritamente jurídico, exercendo “nomeadamente no interesse dos órgãos do Estado para averiguar a observância da regularidade na repartição das competências ou para estabelecer nos sistemas federativos o equilíbrio constitucional dos poderes”. Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 1.011), discorrendo sobre os vícios formais dos atos normativos, asseveram que aqueles

[...] traduzem defeitos de formação do ato normativo, pela inobservância de princípio de ordem procedimental ou pela violação de regras de competências. Nesses casos, viciado é o ato nos seus pressupostos, no seu procedimento de formação, na sua forma final.

Árduo defensor da inconstitucionalidade da prisão temporária, Rangel (2006, p. 616) explica, com maestria, a origem do vício formal responsável por contaminar o ato normativo gerador da prisão temporária, fazendo a seguinte explanação:

A questão que nos parece interessante, de início, é que a referida prisão foi criada através da Medida Provisória nº 111, de 24 de novembro de 1989, ou seja, o Executivo, através de Medida Provisória, legislou sobre Processo Penal e Direito Penal, matérias que são da competência da União (cf. art. 22, I, da CRFB) e, portanto, deveriam ser tratadas pelo Congresso Nacional, pois o art. 4º da Lei de Prisão Temporária criou um tipo penal na Lei nº 4.898/65. Neste caso, entendemos que a Lei traz um vício de iniciativa que não é sanado com a conversão da medida em lei. Há flagrante inconstitucionalidade por vício formal, qual seja: a iniciativa da matéria.

Compartilham da mesma posição de Rangel Távora e Antonni (2009, p. 472-473):

A temporária ingressou no ordenamento jurídico por iniciativa do executivo, dissociado não só do fator relevância e urgência, essencial às medidas provisórias, e o pior, instituiu-se restrição a um direito fundamental – liberdade ambulatorial -, sem lei no sentido estrito, como no ato inerente ao Poder Legislativo. Em que pese a conversão posterior da medida provisória na lei infante, é de se ressaltar que a mácula não se convalida, e a inconstitucionalidade perpetua até os dias atuais, apesar de o nossos tribunais não a reconhecerem, tendo o STF na ADIN 162/DF rejeitado a liminar que poderia sepultar o instituto.

No dia 08 de novembro de 2000, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 254818/PR, considerou inadmissível a possibilidade de a medida provisória tratar de matéria de Direito Penal, admitido-a, no entanto, somente quando a inovação legislativa trouxer norma penal mais benéfica do que a contida no ato normativo anterior, conforme decisão abaixo transcrita:

EMENTA: I. Medida provisória: sua inadmissibilidade em matéria penal - extraída pela doutrina consensual - da interpretação sistemática da Constituição -, não

compreende a de normas penais benéficas, assim, as que abolem crimes ou lhes restringem o alcance, extingam ou abrandem penas ou ampliam os casos de isenção de pena ou de extinção de punibilidade. II. Medida provisória: conversão em lei após sucessivas reedições, com cláusula de "convalidação" dos efeitos produzidos anteriormente: alcance por esta de normas não reproduzidas a partir de uma das sucessivas reedições. III. MPr 1571-6/97, art. 7º, § 7º, reiterado na reedição subsequente (MPr 1571-7, art. 7º, § 6º), mas não reproduzido a partir da reedição seguinte (MPr 1571-8 /97): sua aplicação aos fatos ocorridos na vigência das edições que o continham, por força da cláusula de "convalidação" inserida na lei de conversão, com eficácia de decreto-legislativo (RE 254818 / PR).

É oportuno lembrar que a presente decisão do Pretório Excelso é de 08 de novembro de 2000, anterior à Emenda Constitucional nº 32, datada de 11 de setembro de 2001, responsável pela proibição expressa de medida provisória tratar de matéria sobre Direito Penal e Processual Penal. Reza a nova redação do artigo 62, § 1º, inciso I, alínea "b", da Constituição Federal:

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I - relativa a:

b) direito penal, processual penal e processual civil;

Além do questionamento a respeito da constitucionalidade formal da Lei nº 7.960/89, há, também, discussão a cerca da inconstitucionalidade material da citada lei.

Na definição de Tourinho Filho (2009, p. 510), a prisão temporária "outra coisa não é senão a antiga 'prisão para averiguação', agora com roupagem legal..." Assim a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, criou nova modalidade de prisão cautelar cuja finalidade é, indiscutivelmente, substituir a prisão para averiguação, garantido, para a sua devida aplicação, a intervenção judicial com o regular acompanhamento do Ministério Público.

Apesar do crivo do Poder Judiciário e da supervisão do Ministério Público, na prisão temporária, em tese, prende-se para, depois, investigar, situação em desarmonia com o princípio constitucional da presunção de inocência, pois, em nosso ordenamento jurídico, a

liberdade é a regra e a prisão, exceção. A restrição cautelar da liberdade só terá cabimento quando imprescindível para a persecução penal, desde que demonstrada a sua efetiva necessidade, adequação e proporcionalidade da medida diante do caso concreto em análise. Há de haver uma ponderação entre o direito fundamental, a segurança pública, e o direito à liberdade, por ser considerado inocente até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória transitada em julgado.

O argumento da necessidade atual de, durante a fase pré-processual, prender para, em seguida, investigar, não parece estar em harmonia com os valores fundamentais do Estado Democrático de Direito brasileiro. Sustentada a inconstitucionalidade material da Lei nº 7.960/89, Rangel (2006, p. 616) faz a seguinte observação:

A prisão temporária é também inconstitucional por razão muito simples: no Estado Democrático de Direito não se pode permitir que o Estado lance mão para investigar, ou seja, primeiro prende, depois investiga para saber se o indiciado, efetivamente, é o autor do delito. Trata-se de medida de constrição da liberdade do suspeito que, não havendo elementos suficientes de sua conduta nos autos do inquérito policial, é preso para que estes elementos sejam encontrados.

Tourinho Filho (2009, p. 505) emite a seguinte consideração sobre a inconstitucionalidade material da prisão temporária em face do princípio de presunção de inocência:

Como se trata de prisão decretada na fase do inquérito policial, ela se inscreve na modalidade de “prisão cautelar”, embora sem *fumus boni juris* e até mesmo o *periculum in mora*... Toda e qualquer prisão somente poderá ser decretada pelo Juiz. E está o é. Logo, não se pode dizer, sob esse aspecto, seja ela inconstitucional. Mas, em face do princípio de que ninguém pode ser considerado culpado enquanto não transitar em julgado a sentença penal condenatória, elevado a dogma constitucional, não faz sentido restringir a liberdade ambulatoria do cidadão sem a demonstração de sua real necessidade. Sob esse aspecto, ela é supinamente inconstitucional.

O artigo 1º da Lei nº 7.960 de 21 de dezembro de 1989 impõe três requisitos para a decretação da prisão temporária. São eles: quando a medida cautelar for imprescindível para as investigações do inquérito policial, não tiver o indiciado residência fixa ou não fornecer

elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade e quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos crimes de homicídio doloso, seqüestro ou cárcere privado, roubo, extorsão, extorsão mediante seqüestro, estupro, atentado violento ao pudor, raptó violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 *caput*, e parágrafo único (*revogado pela Lei nº 11.101/2005*), epidemia com resultado de morte, envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte, quadrilha ou bando, genocídio em qualquer de suas formas típicas, tráfico de drogas e os crimes contra o sistema financeiro.

Há controvérsia acerca da conjugação dos requisitos emanados nos três incisos, anteriormente citados. A pergunta é: seriam eles cumulativos ou alternativos? Não há consenso doutrinário a conduzir a uma resposta singular. Avena (2009, p. 815) enumera quatro posições sobre a discussão, ora em debate:

1ª posição: Pode ser decretada desde que se faça presente uma das três hipóteses mencionadas no art. 1º da Lei 7.960/1989, indistintamente.

2ª posição: Seu cabimento só é possível quando as três situações mencionadas estiverem presentes, cumulativamente.

3ª posição. Há a necessidade de coexistirem os requisitos da preventiva para que seja ela decretada.

4ª posição. A prisão temporária é cabível apenas se tratar de um dos crimes referidos no art. 1º, III, e desde que concorra pelo menos uma das hipóteses citadas nos incisos I e II, outrossim, a coexistência dos requisitos da preventiva. Sustenta-se esta posição na circunstância de que a prisão temporária é espécie de prisão cautelar, e, como tal, exige para a sua configuração a existência dos requisitos de toda custódia cautelar, quais sejam o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Trata-se do entendimento majoritário na doutrina e na jurisprudência.

A posição predominante, a respeito dos requisitos necessários para a decretação da prisão temporária, socorre-se da interpretação conforme a Constituição para tentar preservar a constitucionalidade da Lei nº 7.960 de 21 de dezembro de 1989, pois a simples interpretação gramatical levaria à concordância com o primeiro posicionamento, claramente contrário à dignidade da pessoa humana, ao princípio constitucional da presunção de inocência, demonstrando-se como medida desproporcional aos interesses de uma persecução penal oriunda de um Estado Democrático de Direito.

A restrição da liberdade em razão dos postulados prescritos nos incisos I e II do artigo 1º da Lei nº 7.960 de 21 de dezembro de 1989, isoladamente, demonstra ser a medida desproporcional ao resultado almejado pelo legislado, pois, em aceitando a decretação da prisão temporária, embasada somente em um desses dispositivos, por exemplo, poderia ser decretada prisão temporária em face do cometimento de infração penal apenada com multa ou crime culposo, que juridicamente não comporta a expedição de prisão preventiva durante a persecução penal. Assim, conforme Oliveira (2008, p. 428), “admitida que seja a necessidade de esclarecer a identidade do indiciado, deixaria sem explicação a possibilidade de uma medida cautelar *mais grave que o próprio processo principal* que lhe dá legitimidade”.

Aceitar, por fim, como único fundamento para decretação da prisão temporária, indícios de autoria e a prova da materialidade de prática de crime prescrito no inciso III, feriria de morte o princípio da presunção de inocência, pois a decretação da medida não teria por embasamento motivação de natureza cautelar, estando fundamentada, segundo Oliveira (2008, p. 427), na “*simples aparência da existência do crime!*”

A presente prisão cautelar só poderá ser decretada pela autoridade judiciária, por representação da autoridade policial, delegado de polícia, ou a requerimento do representante do Ministério Público, conforme reza o artigo 2º da Lei nº 7.960 de 21 de dezembro de 1989. A competência para decretação da prisão temporária está sob a égide da cláusula de reserva de jurisdição, cujo princípio impõe a prática de determinados atos somente por juízes.

No entanto, foi vetado decretar de ofício pelo magistrado a prisão temporária, conforme se depreende da leitura do artigo 2º da Lei nº 7.960 de 21 de dezembro de 1989, em razão do modelo processual penal, imposto pela Constituição Federal de 1988, de caráter eminentemente acusatório, onde se veda a possibilidade do magistrado o papel de acusador e investigador, na lição de Oliveira (2008, p. 426). Nesse sentido, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal, ao considerar inconstitucional o artigo 3º da Lei 9.034 de 03 de maio de 1995, por autorizar o juiz a realizar diligências pessoalmente, sob o argumento de que as atribuições de investigar e inquirir são atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. AÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. “JUIZ DE INSTRUÇÃO”. REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL. 1. Lei 9.034/95. Superveniência da Lei Complementar 105/01. Revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras. 2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal. 3. Funções de investigador e inquiridor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII e § 2º; e 144, § 1º, I e IV, e § 4º). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte (ADI 1570-2, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ, 22-10-2004).

A prisão temporária somente é admitida quando demonstrar ser imprescindível para as investigações do inquérito policial, conforme inciso I do artigo 1º da Lei nº 7.960 de 21 de dezembro de 1989. Não há de se admitir a decretação desta modalidade de prisão cautelar sem o devido inquérito policial instaurado. Nesse sentido, Nucci (2006, p. 659), ao afirmar ser “essencial a existência de prévio inquérito policial para a decretação da prisão temporária”.

3.7 Natureza cautelar da prisão preventiva

Em observância ao princípio da presunção de inocência, a prisão preventiva só deverá ser decretada com a comprovação dos dois requisitos, posteriormente citados, em razão da privação do direito de ir e vir antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, decorrente da aplicação da medida cautelar. A decretação da prisão preventiva, pontua Oliveira (2008, p. 414), “somente se justifica enquanto e na medida em que puder realizar a proteção da persecução penal, em todo o seu *iter* procedimental, e, mais, quando se mostrar a única maneira de satisfazer tal necessidade”. Assim, é fundamental demonstrar o caráter instrumental da prisão provisória, observando-se a necessidade, adequação e proporcionalidade da aplicação da medida cautelar em relação ao caso concreto impulsionador da persecução penal.

Não pode a prisão preventiva ser decretada única e exclusivamente com base na gravidade do crime cometido, não havendo mais a sua decretação obrigatória, conforme previa a redação original do art. 312 do Código de Processo Penal, que asseverava que “A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos”. Percebe-se que essa redação não observava o caráter cautelar do cerceamento da liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, essencial a qualquer prisão provisória.

A redação original do citado artigo descaracterizava a instrumentalidade da medida cautelar durante a persecução penal. Interessante o comentário de Jardim (2003, p. 247), a respeito da modificação do dispositivo legal ora em discussão, pela Lei nº 5.349 de 03 de novembro de 1967:

Extinta a obrigatoriedade da decretação da prisão preventiva pela Lei nº 5.349/67, ficou bastante evidente a natureza cautelar que possui tal provimento coercitivo no processo penal pátrio. Já não se precisa invocar artificialmente uma presunção de *periculum in mora*. Agora, tem ele que ser sempre demonstrado efetivamente, através de decisão fundamentada.

Ao discorrer sobre o processo cautelar, Rocha (1999, p. 227) indica os elementos estruturais mais típicos dessa modalidade de processo como sendo a provisoriedade e a sumariedade, “explicáveis por função de obviar o perigo de dano derivado da demora dos demais processos”.

A prisão preventiva, a exemplo de toda medida cautelar, tem atrelada à sua duração a existência temporal de sua fundamentação, conforme prescreve o art. 316 do Código de Processo Penal: “O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”. Essa modalidade de prisão provisória está, segundo Oliveira (2008, p. 415), submetida “à cláusula da imprevisão, podendo ser revogada quando não mais presentes os motivos que a ensejaram, bem como renovada quando sobrevierem razões que a justifiquem”.

Portanto, a prisão preventiva só terá a sua manutenção preservada enquanto estiverem presentes os motivos ensejadores de sua decretação, ou seja, quando for incontestável a necessidade de sua adoção para garantir o regular desenvolvimento da persecução penal, caso contrário, deverá ser revogada, por perder a instrumentalidade em relação àquela.

A prisão preventiva é o referencial basilar para a decretação das demais espécies de prisão cautelar. Esse fato decorre dos mandamentos normativos contidos no art. 312 do Código de Processo Penal, onde estão expressamente elencados os dois pressupostos básicos para a decretação de qualquer medida cautelar: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Prescreve o citado dispositivo:

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

Sem a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, ou, na definição de Oliveira (2008, p.415), sem a “aparência do delito”, a evidenciar o *fumus boni iuris*, não há espaço para a decretação de medida cautelar, pois, conforme determinação legal contida no art. 314 do Código de Processo Penal, “a prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos de ter o agente praticado o fato nas condições do art. 19, ns. I, II ou III do Código Penal” (excludentes da antijuridicidade previstas atualmente no art. 23 do Código Penal: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito).

Para Jardim (2003, p. 248), além da previsão do art. 314, “a lógica do sistema deveria impor vedação à prisão preventiva quando estivesse provada a ausência de qualquer dos elementos da infração penal: tipicidade, ilicitude e culpabilidade, vez que em todos estes casos desaparecem o *fumus boni iuris*”.

O *periculum in mora*, pressuposto essencial para decretação de qualquer medida cautelar, no caso da prisão preventiva, está nitidamente evidenciado na necessidade e instrumentalidade de sua decretação, embasada nos requisitos legais em razão da *conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal*. Destinam-se a proteger a persecução penal, atuando como medida cautelar necessária ao regular desenvolvimento do processo principal, desencadeados através da ação penal. Esclarecedoras são as palavras de Oliveira (2008, p. 415) sobre as características desses dois requisitos: “são evidentemente instrumentais, porquanto dirigem diretamente à tutela do processo, funcionando como medida cautelar para garantia da efetividade do processo principal (a ação penal)”.

A prisão preventiva decretada por conveniência da instrução criminal deverá prevalecer em razão de perturbação ao regular desenvolvimento do processo. É o caso, por exemplo, de indiciado que estiver intimidando testemunha, perito, vítima ou praticando qualquer outro ato capaz de gerar claro prejuízo para o processo principal.

Na hipótese real de fuga do indiciado do distrito da culpa, justifica a decretação da prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal. Deve existir fundamentação concreta para embasar a adoção da medida cautelar, não sendo suficiente a mera especulação a respeito da possibilidade de fuga do investigado em abstrato. Para a adoção da restrição da liberdade de ir e vir com base nesse requisito, pertinente é o alerta de Oliveira (2008, p. 415):

[...] há de se fundar em dados concretos da realidade, não podendo revelar-se fruto de mera especulação teórica dos agentes públicos, como ocorre com a simples alegação fundada na riqueza do réu. É claro que em tal situação, e a realidade tem nos mostrados isso, o risco é sempre maior, mas, ainda assim, não é suficiente, por isso, para a decretação da prisão.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem se posicionando nesse sentido, a exemplo do recurso em *habeas corpus* nº 83.179/PE, cujo relator foi o Ministro Sepúlveda Pertence, abaixo transcrito:

EMENTA: I. Prisão preventiva: "indício de autoria": inteligência. O habeas corpus contra a prisão preventiva não comporta em linha de princípio, sopesamento do valor probante de elementos informativos contrapostos, mas a verificação da existência, contra o réu ou o indiciado, de "indício de autoria", locução na qual "indício" não tem o sentido específico de prova indireta - e eventualmente conclusivo - que lhe dá a lei (C.Pr.Pen., art. 239), mas, sim, apenas, o de indicação, começo de prova ou prova incompleta: existente um indício, só a contraprova inequívoca ou a própria e gritante inidoneidade dele podem elidir a legitimidade da prisão preventiva que nele se funda. II. Prisão preventiva: fundamentação cautelar necessária. Medida cautelar, a prisão preventiva só se admite na medida em que necessária para resguardar a lisura da instrução do processo, a aplicação da lei penal, na eventualidade da condenação e, em termos, a ordem pública; e a aferição, em cada caso, da necessidade da prisão preventiva há de partir de fatos concretos, não de temores ou suposições abstratas. Inidoneidade, no caso, da motivação da necessidade da prisão preventiva, que, despida de qualquer base empírica e concreta, busca amparar-se em juízos subjetivos de valor acerca do poder de intimidação de um dos acusados e menções difusas a antecedentes de violência, que nenhum deles se identifica.

A decretação da prisão preventiva embasada na proteção da ordem pública ou da ordem econômica, ao contrário da *conveniência da instrução criminal e para assegurar aplicação da lei penal*, não estão embasado a sua fundamentação na necessidade da medida cautelar para proteção da persecução.

Conceituar *garantia da ordem pública* não é tarefa fácil. Sua definição é difícilíssima, ressalta Oliveira (2008, p. 417). Para Tourinho Filho (2009, p.), “a expressão ‘ordem pública’ diz tudo e não diz nada”. Nucci (2009, p. 626), no entanto, entende que a interpretação dessa expressão requer uma extensa avaliação, passando, assim, a defini-la:

Entende-se pela expressão a necessidade de se manter a ordem na sociedade, que, em regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando “aqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente. A garantia da ordem pública deve ser visualizada, fundamentalmente, pelo binômio gravidade da infração + repercussão social.

Entende Mirabete (2006, p. 390) que a garantia da ordem pública fundamentaria a decretação de medida cautelar quando,

[...] providências de segurança necessária para evitar que o delinqüente pratique novos crimes contra a vítima e seus familiares ou qualquer outra pessoa, que porque é acentuadamente propenso às práticas delituosas, quer porque, em liberdade, encontrará os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida.

Ora, a utilização da prisão preventiva, com fundamento nesse requisito, não evidencia a necessidade da medida cautelar para garantir a instrumentalidade do processo principal, mas para proteger interesses extraprocessuais. “Dirige, ao contrário, a proteção da própria comunidade, coletividade, considerando, no pressuposto de que seria duramente atingida pelo não-aprisionamento de autores de crime que causassem intranqüilidade social”, ressalta Oliveira (2008, p. 416).

A garantia da ordem pública, é fácil perceber, não preenche os requisitos essenciais para caracterização de uma medida cautelar. Afora isto, cercear a liberdade do cidadão com a fundamentação embasada na intranqüilidade social causada pelo cometimento de um crime ou nos possíveis crimes que possa aquele praticar no futuro, parece colidir com o princípio constitucionalmente consagrado da presunção de inocência.

Tourinho Filho (2009, p. 531 e 532) não poupa críticas à expressão “garantia da ordem pública”, pois, segundo entende, a decretação da prisão preventiva, com base nesta fundamentação, atenta contra a Constituição Federal, mais precisamente contra o princípio de presunção de inocência. Oportuno o seu comentário sobre o tema:

‘Periculosidade do réu’, ‘crime perverso’, ‘insensibilidade moral’, ‘os espalhafatos da mídia’, ‘reiteradas divulgações pelo rádio e televisão’, tudo, absolutamente tudo, ajusta-se àquela expressão genérica ‘ordem pública’. E a prisão preventiva, nesses casos, não passa de uma execução sumária. O réu é condenado antes de ser julgado, uma vez que tais situações nada têm de cautelar.

Quando se decreta a prisão preventiva como ‘garantia da ordem pública’, o encarceramento provisório não tem o menor caráter cautelar. É um rematado abuso de autoridade e uma indisfarçável ofensa à nossa Lei Magna, mesmo porque a expressão ‘ordem pública’ diz tudo e não diz nada.

Oliveira (2008, p. 417), entretanto, sopesando valores constitucionalmente consagrados, utilizando-se do princípio da proporcionalidade e fazendo uma interpretação conforme a Constituição, faz a seguinte ponderação:

Parece-nos, entretanto, que sempre excepcionalmente, o princípio do estado de inocência haverá de ser flexibilizado quando em risco valores constitucionais igualmente relevantes. Não estamos nos referindo à segurança pública como mera abstração, ou como valor a ser sopesado sem critérios empíricos, mas à sua necessária concretização, diante de hipóteses excepcionalíssimas.

A Suprema Corte vem se posicionando no sentido de aceitar a decretação da prisão preventiva com base na fundamentação da garantia da ordem pública, conforme ementa, abaixo transcrita, do julgamento do *habeas corpus* nº 84.498/BA, cujo relator foi o Ministro Joaquim Barbosa:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE DO PACIENTE. GRAVIDADE DO DELITO. REPERCUSSÃO SOCIAL. ORDEM DENEGADA. Ao se decretar prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública, deve-se necessariamente examinar essa garantia em face do binômio gravidade do delito e repercussão social, o que foi feito pelo decreto de prisão da paciente. A gravidade do delito, de per si, não pode ser utilizada como fundamento da custódia cautelar. Porém, no presente caso, o crime foi de enorme repercussão em comunidade interiorana, além de ter ficado evidenciada a periculosidade da paciente, fatores que são suficientes para a manutenção da custódia cautelar.

A expressão “da garantia da ordem econômica” parece ter conteúdo contido na “a garantia da ordem pública”, ou seja, aquela é a espécie e esta é o gênero. A inclusão dessa fundamentação no rol das possibilidades de decretar da prisão preventiva pela Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994, denominada de Lei Antitruste, teve como objetivo cuidar “dos ilícitos administrativos e civis, contrários à ordem econômica”, conforme leciona Oliveira (2008, p. 416).

A intenção do legislador foi combater o chamado “crime do colarinho branco”, cuja intenção foi equiparar o agente que causa dano à ordem econômica ao cidadão infrator de

crimes comuns. “Equipara-se o criminoso do colarinho branco aos demais delinquentes comuns, o que é certo, na medida em que o desfalque em uma instituição financeira pode gerar maior repercussão na vida das pessoas, do que um simples assalto contra um indivíduo qualquer”, observa Nucci (2009, p. 630).

Criticando a pouca eficácia do cerceamento do direito de ir e vir do criminoso do colarinho branco, como medida tendente a combater e reparar o dano causado à ordem econômica, leciona Oliveira (2008, p. 416) que

[...] a magnitude da lesão não seria amenizada nem diminuídos os seus efeitos com a simples prisão preventiva de seu autor. Se o risco à ordem econômica, a medida cautelar que nos parece mais adequada é o seqüestro e a indisponibilidade dos bens dos possíveis responsáveis pela infração. Parece-nos que é dessa maneira que se poderia melhor tutelar a ordem financeira, em que há sempre o risco de perdas econômicas generalizadas.

Não é difícil perceber que a fundamentação da prisão preventiva embasada na garantia da ordem econômica, a exemplo da estribada na garantia da ordem pública, não preenche os requisitos essenciais para caracterização de uma medida cautelar, não evidenciando a necessidade de garantir a instrumentalidade do processo principal, preocupando-se em proteger interesses extraprocessuais.

4 O CARÁTER EXCEPCIONAL DA PRISÃO CAUTELAR NA ORDEM CONSTITUCIONAL DE 1988

4.1. A fase pré-processual e a persecução penal

Desde o momento em que o ser humano superou a irracionalidade e passou a conviver em sociedade, nasceu, com ela, o Direito. O homem sentiu, então, a necessidade de criar normas que disciplinassem e coordenassem as condutas humanas, a fim de que elas possibilitassem o crescimento e o desenvolvimento harmonioso da sociedade. Contudo, apesar da existência de normas jurídicas preestabelecidas, os conflitos sociais mostraram-se inevitáveis.

No decorrer da evolução humana, os modos de tratamento dos conflitos sociais foram se consolidando em duas grandes classes, onde a característica definidora de cada uma delas estava na titularidade do poder de decidir o caso concreto. Assim, com base na titularidade do poder, pode-se dividir os modos de tratamento do conflito em Autonomia e Heteronomia. Na primeira, o conflito pode ser resolvido por uma ou ambas as partes envolvidas na lide. São exemplos desta a autotutela (a decisão do tratamento do conflito é imposta pela parte mais forte, através da coação), e a autocomposição (a decisão do tratamento do conflito é tomada por ambas as partes envolvidas na lide).

Na heteronomia, o conflito é resolvido por um terceiro, equidistante das partes envolvidas na querela. São exemplos dessa última a jurisdição estatal, cuja decisão é tomada através de um terceiro, designado pelo Estado, encarregado de solucionar o conflito, e a arbitragem, cuja decisão é tomada por intermédio de um terceiro designado pelas partes.

Consolidando-se o Estado moderno, surge a necessidade da divisão das tarefas e atribuições, para que possam ser cumpridos, com mais eficiência, os fins políticos traçados para o seu funcionamento. Órgãos que desempenham funções distintas são criados. Quem

primeiro propôs essa divisão foi o Barão de Montesquieu, na sua célebre obra “O Espírito das Leis”. Conforme leciona Temer (1998, p.119), “o valor de sua doutrina está na proposta de um sistema em que cada órgão desempenhasse função distinta e, ao mesmo tempo, que a atividade de cada qual caracterizasse forma de contenção da atividade do outro poder”.

A tarefa de garantir a observância do direito é transferida da tutela do grupo social, para a do Estado, através da jurisdição, que passa a tutelar o direito em última instância. Nasce, a partir daí, o monopólio da justiça, que se torna função do Estado-Juiz, passando, assim, a ser obrigação do Estado prestar a tutela jurisdicional aos cidadãos.

Com muita propriedade, Rocha (1999, p. 88), ao comentar as características instrumentais da jurisdição, assevera que:

O exercício da função jurisdicional pressupõe a inobservância do direito (conflitos de interesses) por parte do indivíduo e da sociedade, que são as instâncias primárias de realização do ordenamento jurídico, e do Estado, nos casos de interesse público que lhe são confiados. Portanto, o pressuposto da inobservância do direito (conflito de interesses) é uma das características da jurisdição derivada de sua finalidade.

Com a inobservância do direito nasce, para o indivíduo, a parte ou a sociedade, o direito à prestação jurisdicional do Estado. A iniciativa de movimentar a máquina judiciária cabe, porém, às partes interessadas. A inércia inicial preserva a imparcialidade do juiz, dando mais credibilidade à função jurisdicional do Estado. O artigo 2º do Código de Processo Civil Brasileiro, por exemplo, diz que “Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais”. Além de iniciar o processo, as partes têm o direito de participar de todas as atividades processuais até o seu encerramento. O princípio do contraditório e o princípio da inércia inicial formam as duas principais características da jurisdição.

Essa possibilidade de acionar o Estado-Juiz, através do poder jurídico de provocar a atividade jurisdicional, acompanhado do direito de participar de todo o desenvolvimento do

processo, sob a égide do contraditório até o seu término, é o que podemos denominar de *ação*. Esta, na definição de Rocha (1999, p. 195), “é instrumento por meio do qual pedimos um provimento jurisdicional do Estado para uma situação jurídica subjetiva (um indivíduo certo e determinado) ou objetiva (transcende à esfera jurídica puramente individual) no processo”.

Assim, cometida uma conduta típica, nasce para o Estado o dever de punir o infrator. Essa punição não é imposta de maneira arbitrária, tendo o seu limite nas normas vigentes (princípios e regras). Somente através da persecução penal o Estado poderá aplicar uma pena ao condenado, proveniente de uma sentença judicial transitada em julgado. A persecução penal é composta de duas fases: uma pré-processual (investigação) e outra processual (instrução criminal).

A investigação, via de regra, é constitucionalmente atribuída à Polícia Judiciária (Civil e Federal), com a finalidade de colher informações sobre as infrações penais e sua respectiva autoria, conforme prescreve o § 4º do artigo 144 da Constituição Federal de 1988: “[...] às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”.

Segue no mesmo sentido o artigo 4º do Código de Processo Penal, ao definir a atribuição para presidir o inquérito policial: “A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria”.

Excepcionalmente, a investigação poderá ser exercida por outro órgão, conforme prevê o parágrafo único do artigo 4º do Código de Processo Penal: “A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função”.

As Comissões Parlamentares de Inquérito – CPI's são exemplos de procedimentos investigativos atribuídos ao Congresso Nacional e suas casas (Câmara dos Deputados e Senado Federal), cuja previsão consta no § 3º do artigo 58 da Constituição Federal:

As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

Outro exemplo de procedimento investigatório, não policial, é a apuração por crimes praticados por juízes e promotores de justiça, cuja investigação está sob a responsabilidade dos órgãos de cúpula de cada instituição. Prescreve a Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979, ao enumerar entre as prerrogativas do magistrado no parágrafo único do seu artigo 33, o fato de:

[...] quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação.

No mesmo sentido impõe o parágrafo único do artigo 41 da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, ao garantir ao membro do Ministério Público a prerrogativa de:

Quando no curso de investigação, houver indício da prática de infração penal por parte de membro do Ministério Público, a autoridade policial, civil ou militar remeterá, imediatamente, sob pena de responsabilidade, os respectivos autos ao Procurador-Geral de Justiça, a quem competirá dar prosseguimento à apuração.

O Supremo Tribunal Federal sumulou o entendimento no sentido de atribuir à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal a função de apurar os delitos cometidos em suas dependências, conforme se lê na súmula nº 397:

O poder de polícia da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em caso de crime cometido nas suas dependências, compreende, consoante o regimento, a prisão em flagrante do acusado e a realização do inquérito.

Além disso, nada impede que informações colhidas no transcorrer de uma sindicância ou processo administrativo sirvam de informações para deflagrar a ação penal. O mesmo pode ocorrer com as investigações desenvolvidas no inquérito civil destinado a levantar elementos para embasar a propositura de ação civil pública. Terminada a apuração podem aparecer indícios de autoria e a materialidade delitiva de determinada conduta típica.

Colhidas as informações necessárias para determinar a materialidade e os indícios de autoria, a partir delas o Ministério Público, no caso de ação pública, ou o querelante, no caso de ação privada, dará início à ação penal, “direito público subjetivo de pedir ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal objetivo ao caso concreto”, segundo definição de Távora e Antonni (2009, p.117), começando, assim, a segunda fase da persecução penal, a instrução criminal. Esta, na definição de Nucci (2009, p. 624), é “o período que segue do ajuizamento da ação penal, com o recebimento da denúncia ou da queixa, até o termino da coleta das provas”.

Na realidade, “o processo, numa visão ideal, objetiva fazer a reconstrução histórica dos fatos ocorridos para que se possa extrair as respectivas conseqüências em face daquilo que ficar demonstrado” (TÁVORA; ANTONNI, 2009, p. 297). Busca-se a verdade real, ou seja, a reconstrução dos fatos através de provas lícitas, com a finalidade de alcançar a maior fidelidade possível do momento histórico onde foi praticado o fato típico.

Há situações cujas provas não poderão ser produzidas na instrução criminal, em virtude do rápido perecimento do corpo de delito. Provas produzidas antes desta fase são denominadas de cautelares, não repetíveis e antecipadas. Assim, em razão de sua não reprodução posteriormente à prática delitiva, serão necessariamente produzidas no inquérito policial. Prescreve o art. 155 do Código de Processo Penal, ao tratar do tema:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Aprecie-se um exemplo, dado por Cardoso (2009, p. 5), para ilustrar o tema ora em debate, acerca de uma lesão corporal causada por um veículo automotor:

Neste caso, a prova é antecipada por não ser repetível em juízo, ou seja, a sua produção será necessariamente produzida na fase pré-processual. Se a vítima não se submeter, imediatamente, ao exame de corpo de delito, poderá, no futuro, dificultar a identificação da gravidade da lesão corporal, em virtude do natural processo de cicatrização. O automóvel utilizado pelo condutor responsável pelo atropelamento também deverá ser submetido imediatamente ao exame de corpo de delito, pois, caso isso não aconteça, depois de consertado, aumentará a dificuldade para a produção da prova, em virtude de vestígios importantes terem sido suprimidos.

Previendo tal situação, o legislador, na última reforma do Código de Processo Penal (Lei nº 11.690/2008), determinou à autoridade policial e à judiciária que:

Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

Art. 184. Salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade.

Muitas das vezes, é com a atuação da polícia judiciária que a persecução penal por parte do Estado se inicia, através do inquérito policial. Este, apesar de não ser imprescindível como suporte à ação penal, conforme o art. 12 do Código de Processo Penal Brasileiro tem mostrado, através da realidade forense, a importância fundamental da colheita de provas. Não é, portanto, o inquérito policial, como bem pontua Holanda (1997, p. 71), uma “simples peça de informação da ação penal,” malgrado assim seja chamado, pejorativamente, por alguns.

Apesar da sua evidente necessidade, o inquérito policial vem sofrendo severas críticas, muitas delas atribuídas mais à postura da autoridade policial que preside a

investigação, do que ao próprio procedimento em si. Outras, embasadas no argumento da repetição do procedimento na instrução penal, justificariam o fim desse procedimento administrativo na forma atualmente prevista em lei.

Na realidade, os elementos de informação e as provas cautelares não repetíveis e antecipadas, produzidas na fase pré-processual, têm a finalidade de demonstrar a justa causa para dar início ao devido processo penal, através da ação penal cabível, contra uma determinada pessoa. É por essa razão que, nessa fase, não há acusado e, sim, indiciado.

Inovadora é a visão de Gomes e Scliar (2008, p. 1) sobre a importância do inquérito policial na nova ordem constitucional, pois, segundo os autores:

A preocupação com a ausência de autonomia da Polícia Judiciária é justificável em função da crescente importância que a investigação criminal vem assumindo em nossa ordem jurídica, seja por conta de uma necessária mudança de postura a seu respeito, para considerá-la como uma garantia do cidadão contra imputações levianas ou açodadas em juízo, seja pelo papel mais ativo que tem sido desempenhado nos últimos tempos pelos órgãos policiais”.

Opondo-se à tese da supressão do inquérito policial do ordenamento jurídico pátrio, D’Urso argumenta (2001, p. 6), com muito entusiasmo, sobre a necessidade da manutenção e da importância do citado procedimento investigatório realizado pela polícia civil, na colheita de provas, ao dizer que:

Parece-nos evidente a importância do inquérito policial e, apesar dos movimentos contrários à sua permanência, a sociedade brasileira jamais poderá eliminá-lo. Trata-se de uma peça informativa muito importante, pois, na verdade, é a coleta de provas realizada pelo delegado de polícia que se encontram ainda latentes, pois, com o tempo, torna-se difícil a obtenção dessas provas, senão impossível, daquelas perecíveis.

Neste contexto, a utilização da prisão cautelar, na fase inquisitória, mostra-se como um importante instrumento para a captação de provas, pois evita a possibilidade de que o indiciado ou terceiros venham a destruí-las ou suprimi-las no decorrer das investigações.

4.2 o caráter excepcional da prisão cautelar na ordem constitucional de 1988

Com a superação do juízo de antecipação de culpabilidade e a presunção de fuga, a partir da nova ordem constitucional inaugurada com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, percebe-se que a prisão tornou-se exceção para quem está sendo indiciado ou acusado.

A diretriz fundamental a conduzir a interpretação e aplicação do Código de Processo Penal e o respeito à dignidade da pessoa humana, segundo Novellino (2008, p. 207), “impõe-se como referencial para os demais valores proclamados pela Lei Maior, atuando como importante diretriz hermenêutica cujos efeitos se estendem por todo o ordenamento”.

A hipertrofia de poder concentrado no Executivo, durante o regime autoritário do qual foi gerado o Código de Processo Penal, é diluída entre os demais poderes da República, Legislativo e Judiciário. O Estado totalitário é substituído pelo Democrático de Direito.

A nova ordem constitucional trouxe mudanças radicais sobre a possibilidade da aplicação de prisões cautelares. A regra passou a ser da devida fundamentação da adoção de medida cautelar de restrição da liberdade medida, da lavra da autoridade judiciária, conforme inciso IX, art. 93 da Constituição Federal. Prisões cautelares em decorrência da simples pronúncia do réu e por prolação de sentença penal condenatória foram inteiramente banidas do nosso ordenamento jurídico.

A cláusula de reserva de jurisdição, referente à necessidade de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária, está prescrita no inciso LXI, art. 5º, da CF: “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”.

Apesar de, no caso da prisão em flagrante, não haver necessidade de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária para a sua formalização pela autoridade policial, esta, por determinação constitucional (inciso LXII, art. 5º, da CF), terá que comunicar, imediatamente, ao juiz competente, a prisão. Assim, a medida cautelar, para ser mantida, terá que passar pelo crivo do poder Judiciário, através de manifestação escrita e fundamentada, a favor da manutenção da restrição de liberdade da pessoa presa em flagrante delito.

Mesmo após a materialização da citada prisão cautelar, ainda há a possibilidade, *a posteriori*, da concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, conforme previsão constitucional, corroborando, o inciso LXVI, art. 5º da CF, com entendimento a favor da tese da excepcionalidade do cerceamento da liberdade, após a promulgação da Carta Magna de 1988. Prescreve o aludido dispositivo que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança”.

Oliveira (2008, p. 395), ao discorrer sobre o instituto da prisão em flagrante delito, prevista no vigente Código de Processo Penal brasileiro, faz uma importante observação sobre o porquê da denominação de “provisória” para a concessão de liberdade para quem estava preso por força de prisão cautelar, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória:

Como se percebe ao simples exame do Título IX do CPP, “Da prisão e da Liberdade Provisória”, o ordenamento processual de 1941 (Código de Processo Penal), na configuração de seu sistema de prisões antes do trânsito em julgado, partia de uma premissa básica: a prisão em flagrante delito autorizava o juízo de antecipação da responsabilidade penal (autoria, tipicidade, culpabilidade e existência do fato), com força suficiente para a manutenção da custódia do apripsonado como decorrência

única da situação da flagrância. Por isso, a atribuição do predicado provisória para a liberdade e não para a prisão.

A interpretação do Código de Processo Penal, em face da Constituição Federal de 1988, deverá compatibilizar os dispositivos legais daquele aos valores trazidos por esta. Deverá ser utilizado o método interpretativo conforme a Constituição, cujo objetivo é adequar a legislação ordinária à Carta Magna.

Lúcidas são as palavras de Pacelli (2008, p. 395), ao mostrar a necessidade de compatibilizarmos os institutos da prisão cautelar e liberdade provisória, previstos no Código de Processo Penal de 1941, aos direitos e garantias fundamentais prescritos na Carta Magna de 1988:

Em tema de prisão e liberdade provisória, torna-se, pois, absolutamente inadiável a redefinição de diversos institutos jurídicos pertinentes à matéria, para o fim de seu realinhamento com o sistema de garantias individuais previsto na Constituição Republicana de 1988.

Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 637), asseveram que “o princípio da presunção de inocência não obsta a que o legislador adote determinadas medidas de caráter cautelar, seja em relação à própria investigação do eventual investigado, seja em relação a seus bens ou pertences”. Não se questiona a constitucionalidade da utilização das prisões cautelares na seara criminal, até porque a jurisprudência pátria vem reconhecer sua constitucionalidade, conforme leciona Moraes (2006, p. 107), ao dizer:

A consagração do princípio da inocência, porém, não afasta a constitucionalidade das espécies de prisões provisórias, que continua sendo, pacificamente, reconhecida pela jurisprudência, por considerar a legitimidade jurídico-constitucional da prisão cautelar, que, não obstante a presunção *juris tantum* de não-culpabilidade dos réus, pode validamente incidir sobre seu *status libertatis*. Dessa forma, permanecem válidas as prisões temporárias, em flagrante, preventiva, por pronúncia e por sentença condenatória sem trânsito em julgado.

Oliveira (2008, p. 398), ao tecer comentários sobre a necessidade de se evidenciar a instrumentalidade do cerceamento da liberdade, durante a persecução penal, como medida indispensável ao fim almejado pela ação penal, observa que:

Se a sua utilização acarretar conseqüências mais graves que o provimento final buscado pela ação penal, ela perderia a sua justificação, passando a desempenhar função exclusivamente punitiva. A proporcionalidade da prisão cautelar é, portanto, a medida da sua legitimidade, a sua *ratio essendi*.

A utilização da prisão provisória, sem a observância de suas características e pressupostos, colide diretamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, fato capaz de suspender a medida cautelar em favor do paciente, por clara violação à Constituição Federal. Nesse sentido, Mendes, Coelho e Branco (2008, p.637), ao emitirem a seguinte opinião sobre o tema:

Parece evidente, outrossim, que uma execução antecipada em matéria penal configuraria grave atentado contra a própria idéia de dignidade humana. Se se entender, como enfaticamente destacam a doutrina e a jurisprudência, que o princípio da dignidade da pessoa humana não permite que o ser humano se convale em objeto da ação estatal, não há compatibilizar semelhante idéia com a execução penal antecipada.

Assim, apesar da constitucionalidade da aplicação da prisão cautelar durante toda a persecução penal, especialmente na fase pré-processual, esta não poderá ser indistintamente utilizada. Não se pode esquecer que o seu emprego tem um caráter de instrumentalidade do processo, ou seja, sua aplicação só se justifica diante de riscos reais, devidamente prescritos na lei.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fundamento de validade original do Código de Processo Penal, centrado na proteção do Estado e na presunção de culpabilidade do indiciado e do acusado, é substituído pela observância da dignidade da pessoa humana e da presunção de inocência. O juízo de antecipação da responsabilidade penal (autoria, tipicidade, culpabilidade e existência do fato), não mais se coaduna com o Estado Democrático de Direito, fato impeditivo da utilização da prisão provisória como mera antecipação de pena.

A dignidade da pessoa humana, por ser um dos valores fundamentais da República Federativa do Brasil, é responsável por conferir a unidade material da Constituição Federal de 1988, através da hermenêutica constitucional, cujo emprego terá que observar o homem como o fim do Direito. Na aplicação dos direitos e garantias fundamentais, em caso de aparente conflito entre si, o princípio da proporcionalidade será utilizado para garantir a convivência harmônica entre os valores mais caros para a sociedade brasileira, materializados naqueles, preservando, assim, a unidade formal da Constituição.

A aplicação do Código de Processo Penal Brasileiro, em matéria de prisão cautelar, fundamentar-se-á na interpretação em conformidade com os ditames constitucionais introduzidos pela Carta Magna de 1988. O princípio basilar da dignidade da pessoa humana, através da proteção das garantias e direitos fundamentais, superou a visão centrada no totalitarismo e na proteção do Estado, explícita na antecipação da culpabilidade do indiciado e/ou do acusado, passando, assim, a vigorar o princípio do estado de inocência, onde, em um Estado Democrático de Direito, a exemplo do Brasil, cabe ao ente estatal provar a culpabilidade do acusado, através do contraditório e da ampla defesa.

A observância do estado de inocência do indiciado é obrigatória durante a persecução penal, notadamente durante a fase pré-processual, onde não há provas submetidas ao crivo do contraditório e da ampla defesa. Medidas cautelares visando ao cerceamento da

liberdade do investigado só terão aplicabilidade constitucionalmente garantida, quando visarem à instrumentalidade do processo penal principal.

A jurisdicionalidade, acessoriedade, instrumentalidade hipotética, provisoriedade e homogeneidade são requisitos caracterizadores da medida cautelar, em razão da sua natureza excepcional e da constitucionalização do processo penal. A junção dos cinco elementos supracitados é essencial para autorizar a restrição do cerceamento da liberdade do cidadão, antes do trânsito em julgado de sentença penal definitiva, principalmente na fase pré-processual.

A evidente demonstração da existência do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* é o pressuposto necessário para a manutenção da prisão em flagrante, para a decretação da prisão preventiva e temporária. Esses dois requisitos são de constatação obrigatória para a utilização das três espécies de prisão cautelar, anteriormente citadas. Mesmo na aplicação da prisão temporária, tais requisitos devem ser obrigatoriamente observados, para não perder de vista o caráter de instrumentalidade do cerceamento da liberdade do indiciado nessa fase da persecução penal.

A prisão em flagrante é regida pela causalidade, em razão de ser impossível o Poder Judiciário prever o cometimento de determinada infração penal, daí não ter sentido, em um primeiro momento, ter autorização expressa de um determinado juiz para prender quem seja surpreendido praticando uma conduta típica, nos casos elencados do art. 302 do Código de Processo Penal.

Apesar de sua natureza administrativa, a prisão em flagrante não perde o caráter de prisão cautelar. No entanto, o crivo do Poder Judiciário, cujo objetivo é avaliar se houve ou não o preenchimento dos requisitos inerentes à prisão preventiva, como impõe o art. 310 do Código de Processo Penal, é condição *sine qua non* para a validade do cerceamento da liberdade do cidadão no início da fase pré-processual. Sua juridicidade é, assim, pressuposto

fundamental para validar a prisão provisória do indiciado durante o desenvolvimento do inquérito policial.

A prisão temporária é fortemente criticada pela doutrina pátria, em razão da nítida intenção do legislador de, através dela, legalizar a famigerada prisão para averiguação, cuja natureza é diversa da prisão cautelar, por não ser condição para a sua utilização a existência do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, não existindo, assim, nenhuma vinculação, do seu emprego, com a necessidade instrumentária do processo principal.

Não se pode admitir a privação do direito de ir e vir do cidadão com base no argumento na necessidade de investigá-lo, pois tal medida é inteiramente incompatível com os ditames do Estado Democrático de Direito. A prisão para averiguação é, infelizmente, freqüentemente utilizada em regimes totalitários.

A prisão temporária, para continuar constitucionalmente válida, apesar dos robustos argumentos a favor de sua inconstitucionalidade, terá de ser interpretada em conformidade com a Constituição Federal de 1988. Sua utilização terá, obrigatoriamente, que observar a presença do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, aliada à junção do inciso III e pelo menos à presença de um dos requisitos prescritos nos incisos I e II, todos inscritos no artigo primeiro da Lei nº 7.960 de 21 de dezembro de 1989. Esse entendimento decorre do fato de ser a prisão temporária espécie de prisão cautelar e, portanto, é necessária a presença da prova da existência de um crime e de indícios suficientes de sua autoria, para a sua decretação estar em conformidade com a ordem jurídica pátria, centrada na dignidade da pessoa humana.

A prisão preventiva é o norte para interpretação e aplicação das demais prisões cautelares, por força dos mandamentos normativos contidos no art. 312 do Código de Processo Penal, onde estão expressamente elencados os dois pressupostos básicos para a decretação de qualquer medida cautelar *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Sem a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, não há espaço para a decretação de

medida cautelar, pois, conforme determinação legal contida no art. 314 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva não será decretada se o juiz verificar, pelas provas constantes dos autos, ter o agente praticado o fato acobertado por uma das excludentes da antijuridicidade previstas no artigo 23 do Código Penal: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito.

A utilização da prisão preventiva, com fundamento “da garantia da ordem pública”, não evidencia a necessidade da medida cautelar para garantir a instrumentalidade do processo principal, mas para proteger interesses extraprocessuais, dirigidos à proteção da coletividade. Cercear a liberdade do cidadão com a fundamentação embasada na intranquilidade social causada pelo cometimento de um crime ou nos possíveis crimes que possa praticar no futuro, parece colidir com os ditames fundamentais do Estado Democrático de Direito, especialmente com o princípio da presunção de inocência.

Somente através da ponderação dos valores constitucionalmente consagrados, utilizando-se, para isso, do princípio da proporcionalidade e fazendo uma interpretação conforme a Constituição, extraordinariamente, o princípio do estado de inocência poderá ser flexibilizado quando estiver em risco a segurança pública, não como uma mera abstração, ou como valor a ser sopesado sem critérios empíricos, mas a sua necessária concretização, diante de hipóteses excepcionalíssimas.

A expressão “da garantia da ordem econômica” parece ter conteúdo contido em “a garantia da ordem pública”, ou seja, aquela é a espécie e esta é o gênero. Não é difícil perceber que a fundamentação da prisão preventiva, embasada na garantia da ordem econômica, a exemplo da estribada na garantia da ordem pública, não preenche os requisitos essenciais para caracterização de uma medida cautelar, não evidenciando a necessidade de garantir a instrumentalidade do processo principal, preocupando-se em proteger, novamente, interesses extraprocessuais.

O combate ao denominado “criminoso do colarinho branco”, cuja conduta atinge a ordem econômica, através da utilização de medidas cautelares de natureza cível, o seqüestro e a indisponibilidade dos bens, por exemplo, ao invés do cerceamento do direito de ir e vir do autor do ilícito, parece ser medida mais eficiente a combater e a reparar os danos causados à economia nacional.

Diante de tais considerações, conclui-se que é fundamental a demonstração do caráter instrumental da prisão provisória, observando-se a necessidade, adequação e proporcionalidade da aplicação da medida cautelar em relação ao caso concreto, impulsionador da persecução penal. Assim, as medidas restritivas da liberdade, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, após a nova ordem constitucional de 1988, apresentam-se como exceção, tendo a sua aplicação permitida, apenas, em situações excepcionais, onde a prisão cautelar seja indispensável para a instrumentalidade do processo principal, nunca como mera antecipação de aplicação de pena, por afrontar a dignidade da pessoa humana, valor fundamental da República Federativa do Brasil, construído sobre os pilares do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal esquematizado*. São Paulo: Método, 2009.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: legislação especial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 4.

CARDOSO, Rafael Bezerra. A polícia repressiva na perspectiva constitucional e política de suas atribuições. *Revista de Política e Administração Pública L&C*, Brasília, ano 12, n. 131, p. 4-9, maio 2009.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. Proposta para o inquérito policial. *Periódico da OAB Nacional*. Ano 12, n. 92, fev. 2001.

GOMES, Luiz Flávio; SCLIAR, Fábio. Investigação preliminar, polícia judiciária e autonomia - Luiz Flávio Gomes e Fábio Scliar. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 21 out. 2008.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

HOBBSAWM, Eric. *A era dos extremos*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

HOLANDA, Marcos de. *Processo penal para universitários*. São Paulo: Malheiros, 1996.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

_____. *Teoria pura do direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica jurídica clássica*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

_____. *Hermenêutica e unidade axiológica da constituição*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MELO, Thelma Marylanda Silva de (Org.). *Manual de normalização*. Fortaleza: Universidade Estadual do Ceará, [199-].

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO Inocêncio Mártines, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRABETI, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

NUCCI, Guilherme de Sousa. *Código de processo penal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Leis penais e processuais penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

OSTERNE, Maria do Socorro. *O projeto de pesquisa e a monografia: etapas fundamentais do trabalho científico*. Fortaleza: Universidade Estadual do Ceará. Instituto de Estudos, pesquisas e Projetos – IEPRO.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional Positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. *Curso de direito processual penal*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TOURINHO FILHO, Fernando. *Processo penal*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 3 v.