

João Gualberto Garcez Ramos

**A TUTELA DE URGÊNCIA NO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO**

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito das Relações Sociais, junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, sob orientação do Professor Doutor Luiz Alberto Machado

Curitiba

1997

A tutela de urgência no processo penal brasileiro

BANCA EXAMINADORA

A tutela de urgência no processo penal brasileiro

Aos Professores do Instituto de Ciências
Penais da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Paraná.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

PARTE 1 - A TUTELA DE URGÊNCIA NA DOUTRINA

Capítulo 1 - A TUTELA DE URGÊNCIA NA DOUTRINA DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

0. Introdução

1. As medidas privativas da liberdade do imputado

1.1. A prisão preventiva

1.2. A prisão em flagrante

1.3. A prisão decorrente de pronúncia

1.4. A prisão decorrente de sentença condenatória recorrível

1.5. A prisão temporária

2. As medidas protetivas da liberdade do imputado

2.1. A liberdade independente de fiança

2.2. A liberdade vinculada com fiança

2.3. A liberdade vinculada sem fiança

3. As medidas instrutórias de urgência

3.1. O inquérito policial

A tutela de urgência no processo penal brasileiro

- 3.2. O auto de prisão em flagrante
- 3.3. A produção antecipada de prova
- 4. A busca e apreensão
- 5. As medidas patrimoniais de urgência
 - 5.1. O seqüestro dos proventos do crime
 - 5.2. A especialização da hipoteca penal e o arresto prévio
 - 5.3. O arresto subsidiário dos bens móveis

Capítulo 2 - A TUTELA DE URGÊNCIA NA DOCTRINA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

- 0. Introdução
 - 1. A tutela cautelar
 - 1.1. A tutela cautelar na visão de GIUSEPPE CHIOVENDA
 - 1.2. A tutela cautelar na visão de PIERO CALAMANDREI
 - 1.3. A caracterização da tutela cautelar
 - 1.3.1. A urgência
 - 1.3.2. A sumariedade procedimental
 - 1.3.3. A sumariedade material
 - 1.3.4. A aparência
 - 1.3.5. A temporariedade
 - 1.3.6. A incapacidade de gerar coisa julgada material
 - 1.3.7. A referibilidade
 - 1.3.8. A questão da fungibilidade
 - 2. A tutela antecipatória

PARTE 2 - A TUTELA DE URGÊNCIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Capítulo 1 - AS MEDIDAS PRIVATIVAS DA LIBERDADE DO IMPUTADO

A tutela de urgência no processo penal brasileiro

0. Introdução

0.1. Premissas metodológicas

0.2. Princípios que regem a privação da liberdade do imputado

1. A prisão preventiva

1.1. A prisão preventiva decretada para assegurar a aplicação da lei penal

1.2. A prisão preventiva decretada por conveniência da instrução criminal

1.3. A prisão preventiva decretada por garantia da ordem pública

1.4. A prisão preventiva decretada por garantia da ordem econômica

1.5. A prisão preventiva decretada pela magnitude da lesão decorrente de crime contra o sistema financeiro nacional

2. A prisão em flagrante

2.1. A prisão em flagrante propriamente dita

2.2. A manutenção motivada da prisão em flagrante após o controle jurisdicional de sua legalidade

2.3. A manutenção obrigatória da prisão em flagrante após o controle jurisdicional de sua legalidade

3. A prisão decorrente de pronúncia

3.1. A prisão decorrente da pronúncia do réu com antecedentes criminais

3.2. A prisão decorrente da pronúncia do réu primário e de bons antecedentes

3.3. A prisão decorrente da pronúncia por crime hediondo ou equivalente

4. A prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível

4.1. A prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível, do réu com antecedentes criminais

A tutela de urgência no processo penal brasileiro

4.2. A prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível, do réu sem antecedentes criminais

5. A prisão temporária

Capítulo 2 - AS MEDIDAS PROTETIVAS DA LIBERDADE DO IMPUTADO

0. Introdução

1. A liberdade não-vinculada e independente de fiança

2. A liberdade vinculada com fiança

3. A liberdade vinculada sem fiança

3.1. A liberdade vinculada tendo em vista a aparência de atipicidade material da conduta

3.2. A liberdade vinculada na hipótese de pobreza do imputado

3.3. A liberdade vinculada por ausência dos pressupostos da prisão preventiva

4. O relaxamento da prisão em flagrante

5. A liberdade não-vinculada do preso em flagrante por ausência de indícios de autoria

6. A revogação da prisão preventiva

7. A revogação da prisão temporária e a liberação do indiciado pelo decurso do prazo da detenção

8. A liberação do acusado preso, em virtude de sua absolvição recorrível

9. A medida liminar em *habeas corpus*

Capítulo 3 - AS MEDIDAS INSTRUTÓRIAS DE URGÊNCIA

0. Introdução

A tutela de urgência no processo penal brasileiro

1. O inquérito policial
2. O auto de prisão em flagrante
3. A produção antecipada de prova

Capítulo 4 - A BUSCA E APREENSÃO

Capítulo 5 - AS MEDIDAS PATRIMONIAIS DE URGÊNCIA

0. Introdução

1. O seqüestro dos proventos do crime
2. A especialização da hipoteca penal e o arresto prévio
3. O arresto subsidiário dos bens móveis

CONCLUSÃO

INTRODUÇÃO

Todo trabalho humano, como toda caminhada, deve principiar pelo primeiro passo. Tola perífrase, aparentemente. Encerra, contudo, uma verdade. Outrora a folha em branco, hoje a tela vazia. Ambas representavam, e continuam a representar, um desafio e, por vezes, uma fonte de angústia.

Para por fim à angústia, cumpre começar a empreitada. A fim de facilitar a vida do escrevinhador, eleger-se-á, como primeiro passo, esclarecimentos acerca da metodologia a ser utilizada.

Desde detalhes de pequena importância, até elucidacões de caráter ideológico, que auxiliarão o leitor a entender a obra. Tudo que esclareça como o autor chegou a determinados raciocínios deve ser incluído na parte introdutória. É o que será feito a partir de agora.

Acerca da linguagem a ser utilizada. O vernáculo, obviamente. E mais: o autor utilizará, em todo o estudo, a terceira pessoa do singular -- nomeando-se, simplesmente, como “o autor”. Poderia escrever na primeira pessoa do singular ou, ainda, na

primeira pessoa do plural: o chamado “plural majestático”. Na verdade, entende o autor que a terceira pessoa do singular -- ele, o autor -- representa a mais técnica das três opções e, principalmente, a mais adaptada a trabalhos de grande extensão, embora as outras duas também pudessem ser utilizadas sem qualquer problema. A opção também obedeceu ao gosto pessoal do autor.

Perceberão os leitores que o autor, ao se referir aos demais autores, utilizará o tempo presente (por exemplo: “sustenta PIERO CALAMANDREI”, “escreve JOSÉ FREDERICO MARQUES” etc.). Mesmo sabendo que muitos deles, infelizmente, estão mortos. É que o autor percebe que os ensinamentos desses mestres continuam vivos, através da palavra escrita. Também notarão os leitores que o autor, por vezes, optará pelo tempo pretérito, perfeito, imperfeito ou mais-que-perfeito, seja relacionado a escritor vivo, seja relacionado a escritor falecido: utilizará essas formas quando se tratar de pensamento elaborado tendo em vista normas jurídicas já revogadas. Isso ocorrerá, por exemplo, quando tratar das opiniões doutrinárias manifestadas a propósito da prisão preventiva obrigatória.

Nas transcrições de passagens de outras obras, o autor escolheu por fazê-las de três formas diferentes: *i)* no próprio corpo do texto, entre aspas, *ii)* através de parágrafos recuados e *iii)* em notas de rodapé.

A utilização das aspas, com a transcrição dos textos no próprio corpo do parágrafo, é a forma preferida por alguns autores e, principalmente, por algumas editoras. O autor, porém, utilizará com mais frequência o parágrafo recuado, a fim de melhorar os recursos propriamente visuais do texto na sua relação com o leitor. Os trechos curtos, de quatro ou, no máximo, de cinco linhas, serão inseridos no corpo do texto, entre aspas. Serão feitas citações nas notas de rodapé.

A tutela de urgência no processo penal brasileiro

No interior das transcrições de textos de outros escritores, o autor será, por vezes, obrigado a inserir palavras ou frases suas com a finalidade de dar sentido ou explicar frases do autor do trecho transcrito. Isso é sempre necessário, na medida em que muitas vezes os textos transcritos foram idealizados em outro contexto, para fundamentar outros raciocínios. Quando fizer essas inserções, o autor utilizará colchetes para colocar as suas palavras, por assim dizer, “integradoras”. Obedecerá sempre ao sentido do raciocínio pretendido pelo autor do trecho transcrito.

O autor utilizará o recurso dos parênteses, com três pontos entre eles, para indicar trechos suprimidos do texto transcrito; assim: “(...)”. Essa supressão se justificará, caso a caso, dependendo da finalidade da transcrição e para evitar a reprodução de trechos dispensáveis do pensamento do autor citado, respeitando-se sempre a idéia original. Por vezes, tendo em vista os cortes -- e quando não for possível a inserção de palavras entre colchetes -- a frase ficará algo truncada, mas preferiu-se optar por esse defeito a violar a construção e o estilo do autor citado.

Sobre as transcrições em idioma estrangeiro, o autor considera corretas, entre outras, duas formas. Com efeito, pode-se fazer a transcrição: *i)* no corpo do texto, no idioma da obra pesquisada, com a tradução colocada em nota de rodapé e *ii)* no corpo do texto, em português, com a versão original em nota de rodapé.

Ambas apresentam vantagens e desvantagens. A primeira conserva o estilo do autor e do idioma estrangeiros e dificulta a leitura para quem não seja, porventura, versado no idioma estrangeiro. A segunda facilita a leitura para esses mas viola o estilo. O autor preferiu a primeira forma, por motivos estilísticos. Em nota de rodapé constará sempre -- seja a transcrição em inglês, italiano ou

espanhol -- a tradução, de responsabilidade do autor, que é sempre livre, isto é, feita com as adaptações estilísticas que considerar necessárias, sem a violação do sentido do texto traduzido. Os trechos em idiomas estrangeiros foram sempre grafados em itálico. A única exceção a essa regra referiu-se aos textos escritos por autores portugueses. Nesses casos, tendo em vista que o idioma é rigorosamente o mesmo, o autor não grafou as transcrições em itálico; além disso, “abrasileirou” algumas palavras (“ato”, ao invés de “acto”, “objeto” em lugar de “objecto” etc.).

Se há algo que o autor valoriza, em uma obra jurídica, é a *honestidade científica*. A admissão dos defeitos de um trabalho é o primeiro passo em direção à perfeição; que nunca será alcançada, mas que absolverá o autor na sua tarefa diária. Conforme escreve MACHADO DE ASSIS através do defunto BRÁS CUBAS, “deixa lá dizer Pascal que o homem é um caniço pensante. Não; é uma errata pensante, isso sim. Cada estação da vida é uma edição, que corrige a anterior, e que será corrigida também, até a edição definitiva, que o editor dá de graça aos vermes”.¹

O autor se recorda do conselho, dado em sala de aula, pelo Professor RENÉ ARIEL DOTTI, no sentido de que não se pode sacrificar o bom na busca do ótimo. De fato. Esse purismo deve ter subtraído muitas obras úteis para a ciência do direito e, especificamente, do processo penal. Qualquer trabalho científico é apenas um passo, por vezes bom, na busca do ótimo. Este trabalho será um passo. Mas é fundamental, para que o trabalho não se torne apenas um *paper* de cunho político ou ideológico, admitir as falhas existentes e a intenção de consertá-las.

¹. ASSIS, Machado de. Memórias póstumas de Brás Cubas. Rio de Janeiro: José Aguilar, 1971, v. 1, cap. 27, p. 549.

A tutela de urgência no processo penal brasileiro

O autor está consciente de que completaria o presente trabalho uma terceira parte, denominada “A tutela de urgência no processo penal brasileiro do futuro”.

Entretanto, o autor decidiu não inserir essa parte, por não se considerar suficientemente amadurecido para propor modificações legislativas no processo penal brasileiro. A experiência legislativa anda *pari passu* com a experiência de vida. Outrossim, o concurso das manifestações de intelectuais de diversas partes do Brasil, que é um continente, é indispensável para construir uma legislação processual penal adequada não somente aos grandes centros urbanos, mas aos pequenos e médios e à área rural.

Além disso, a tarefa legislativa é hercúlea. De um lado, é preciso garantir os direitos individuais, dentre os quais avulta o direito de defesa. De outro, conforme roga RENÉ ARIEL DOTTI, “é preciso contar com a eficácia do processo penal, liberando-o de fórmulas barrocas que tanto comprometem o princípio da verdade material e ensandecem as partes já atormentadas pelas dificuldades de acesso à jurisdição”.²

Portanto, essa terceira parte provavelmente jamais venha a ser escrita, mas será sempre um objetivo a ser alcançado.

Ainda sobre a eterna procura da completa honestidade científica. O autor entende que não existe nenhuma cientificidade em frases com sujeitos indeterminados (afirmações do tipo: “a doutrina entende”, “defende-se, no Brasil”, “afirma-se” etc.). Diante do número de obras doutrinárias e forenses que já foram escritas e que diariamente são escritas, no Brasil e no mundo, para as mais diversas finalidades, há entendimentos de todo gênero. Dentro de universo tão

². DOTTI, René Ariel. Reforma penal e direitos humanos. In: Fascículos de ciências penais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, a. 6, v. 6, n. 2, p. 42.

grande e variado, certamente haverá quem defenda a quadratura do círculo, a concretude do pensamento ou as virtudes humanistas do *apartheid*. Daí porque o autor, sempre que citar um entendimento doutrinário e jurisprudencial, fará a referência bibliográfica. Alguém entende, alguém afirma, alguém escreve. Por isso que muitas vezes as citações de rodapé serão extensas. Quanto ao eventual abuso dessas citações, esclarece o autor que, desde seus tempos na tradicional Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, foi leitor apaixonado de ANÍBAL BRUNO... Para penalistas (na maior amplitude do termo) que, espera-se, sejam os leitores desta obra, não é preciso explicar mais.

Tendo em vista a característica do presente trabalho -- investigação acerca da natureza jurídica das medidas de urgência do processo penal brasileiro -- a consulta a obras jurídicas estrangeiras foi parcimoniosa. Isso porque, sendo esse o tema, muita vez a investigação em obras estrangeiras poderia dar uma falsa impressão, tendo em vista a diversidade dos ordenamentos jurídicos. Um dispositivo, perdido em uma lei esparsa de um ordenamento jurídico alienígena, muda a resposta acerca da natureza jurídica de certo instituto. As obras estrangeiras, entretanto, foram consultadas e serão citadas no limite de suas respectivas utilidades para o esclarecimento dos institutos jurídicos estudados.

Sobre as citações jurisprudenciais brasileiras. O autor (sempre) mencionará, em nota de rodapé, pela ordem, acerca da decisão: o tipo de ação ou recurso, seu número, a sigla corrente que identifica o tribunal, o órgão julgador, o relator, a data do julgamento, a decisão, o resultado numérico da decisão e a respectiva fonte bibliográfica. Exemplo: *Habeas corpus* n. 68.514-5-RS - STF - 2ª Turma - Relator para o acórdão Ministro Carlos Velloso (Relator original, vencido,

Ministro Marco Aurélio) - julgado em 19.3.91 - ordem negada - votação majoritária - *In: RTJ* n. 140, p. 838-841.

Sobre as citações jurisprudenciais estrangeiras, especialmente da Suprema Corte dos Estados Unidos da América. O autor respeitará o padrão daquele país, mencionando, em nota de rodapé, pela ordem: o nome do caso (à moda dos países do *common law*) e a referência bibliográfica, onde: o primeiro número representa o volume e o nome do repositório [mencionar-se-á apenas o *United States Reports* (U.S.)] e o segundo sua página, além do ano em que foi proferida a decisão, grafado entre parênteses. Assim: *Massiah v. United States*, 377 U.S. 201 (1964).

Fique desde já esclarecido que não é idéia do presente trabalho desenvolver um seguro posicionamento ideológico a respeito da tutela de urgência no Brasil. O entendimento técnico, baseado na norma jurídica posta, será sempre preferido à manifestação inflamada contra ou a favor de um instituto jurídico qualquer.

O autor tem perfeita ciência, entretanto, de que escolheu um tema no qual as concepções ideológicas quase não se separam dos entendimentos técnicos, tão próximo está a lei da face política do Estado. É, portanto, preciso esclarecer que o autor também tem uma ideologia a respeito do tema, ideologia essa que foi sendo apurada com o desenvolvimento do estudo.

A concepção do autor parte da tentativa de um ponto de equilíbrio entre concepções autoritárias do tipo “lei e ordem” e as que representam um significativo abandono de qualquer eficácia coercitiva do processo penal condenatório.

As primeiras justificam a ampliação do número e do rigor das medidas repressivas penais e processuais penais, através do entendimento de que o combate ao fenômeno do crime é tarefa sua.

A tutela de urgência no processo penal brasileiro

As segundas reduzem ou anulam, na prática, a eficácia do processo penal condenatório, através do *endeusamento* ou, antes, da *absolutização* de princípios como da *ampla defesa*, *contraditório* e *estado de inocência*; este último, inclusive, expressamente descaracterizado para atender a esse mister, como se construísse a figura de “S. Exa. o réu”, expressão que, segundo JOSÉ FREDERICO MARQUES, é de ASTOLFO REZENDE.³

Esse posicionamento ideológico também parece ser o de RENÉ ARIEL DOTTI, que escreve:

(...) é justamente através do Processo que o Direito Penal atua e se impõe. E, nos momentos de crise de segurança, a sociedade necessita se proteger com um bom sistema de Processo Penal que reforce os instrumentos jurídicos de perseguição ao delito e ao delinqüente. A eficácia, portanto, não estará na severidade da Lei Penal, mas, porém, na certeza de sua aplicação.⁴

Certeza da aplicação da lei penal. Eis o valor a ser buscado. E, é preciso que fique muito claro: *a lei penal se aplica quando o réu é condenado e também quando é absolvido*, já que as lacunas da lei penal são intencionais.

São instrumentos importantes dessa certeza as medidas de urgência. Embora elas sejam importantes, está claro que, conforme afirma LUIGI SARACENI, essas medidas...

... segnano un punto di crisi dell'esercizio della giurisdizione, perché esse, per definizione, trovano applicazione prima che la giurisdizione penale realizzi, nei

³. MARQUES, José Frederico. O novo Código de Processo Penal. In: Revista Interamericana de direito processual. Porto Alegre: Revista Jurídica, 1976, ns. 1 e 2, p. 106.

⁴. DOTTI, René Ariel. Revisão dos caminhos da defesa social: considerações sobre o Anteprojeto Saulo Ramos e seu substitutivo. Brasília: Ministério da Justiça e Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 1988, v. 1, n. 2, p. 395.

A tutela de urgência no processo penal brasileiro

*casi concreti, la sua funzione tipica di accertamento della responsabilità dell'accusato, sicché quell'applicazione può apparire, e non poche volte è, una sopraffazione delle ragioni della collettività, delle ragioni della pretesa punitiva, sulle ragioni dell'individuo; d'altra parte, le misure cautelari possono essere, in alcuni casi, necessarie proprio alla funzione di accertamento, perché la libertà o la piena libertà dell'inquisito potrebbe condizionare la ricerca della verità. La soluzione del problema sta in un sistema di misure cautelari che realizzi un accettabile equilibrio tra le contrapposte ragioni.*⁵⁻⁶

O autor entende que, ao lado de casuísmos inconfessáveis, também colabora para a desmoralização do sistema penal certo entendimento de que a sanção penal, notadamente a pena privativa de liberdade, tem por tarefa a ressocialização do indivíduo. Se a pena privativa deve ser fator de ressocialização e a prisão processual serve como instrumento da pena privativa de liberdade -- pelo *princípio da proporcionalidade*, a ser visto, só se pode decretar e executar prisão processual se, para a infração penal objeto do processo for prevista

⁵. SARACENI, Luigi. Il sistema cautelare del nuovo processo penale: lineamenti generali e valori di fondo. In: CANZIO, Giovanni, FERRANTI, Donatella e PASCOLINI, Alessandro. Contributi allo studio del nuovo Codice di Procedura Penale. Milão: Giuffrè, 1989, p. 163-164. Tradução livre: “assinalam um ponto de crise o exercício da jurisdição, porque, por definição, encontram aplicação antes que a jurisdição penal realize, nos casos concretos, sua função típica de accertamento da responsabilidade do acusado, de modo que, aquela aplicação pode aparentar, e não poucas vezes é, um esmagamento das razões da coletividade, das razões da pretensão punitiva, sobre as razões do indivíduo; de outra parte, as medidas cautelares podem ser, em alguns casos, necessárias à função de accertamento, porque a liberdade ou a plena liberdade do acusado poderiam condicionar a procura da verdade. A solução do problema está em um sistema de medidas cautelares que realize um aceitável equilíbrio entre as razões contrapostas”.

⁶. Cf., no mesmo sentido, SOUSA, João Castro e. Os meios de coacção no novo Código de Processo Penal. In: CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. O novo Código de Processo Penal. Coimbra: Almedina, 1992, p. 147-163.

uma pena privativa de liberdade pelo direito penal -- a conclusão é de que não se prende quem não precisa de ressocialização.

Esse raciocínio mostra-se perverso em um país como o Brasil, com tantas diferenças econômicas entre as pessoas e as regiões. O rico dificilmente precisará de ressocialização. O pobre, inadaptado por sua falta de poder econômico, à sociedade de consumo, entra em conflito com ela e deve ser ressocializado. Interessante que a ressocialização, nesse caso, não se dá através de sua inserção do pobre no mercado de trabalho -- o que lhe daria condição de ser consumidor -- mas através da subministração da idéia de que deve aceitar sua condição. Já se escreveu que a diferença entre a violência do pobre e do rico é meramente de estilo: a do rico é apenas mais sutil e refinada do que a do pobre, mas ambas não deixam de ser violência.

Daí porque entende o autor que a função da pena é retribuição, pura e simples, por um mal praticado. É desse sentir LUIZ ALBERTO MACHADO:

Na verdade, a culpa é censura. Ao direito penal não compadecem sentimentos pessoais, ínsitos no conceito de culpa, mas critérios de censura do administrado que, sabendo e podendo agir de forma diferente, não o faz. A culpabilidade, pois, é uma censurabilidade que se aplica ao capaz de culpa, com potencial conhecimento do ilícito e que atuou em condições que se lhe podia exigir um comportamento adequado ao direito. E se, pela ótica do direito penal -- como ciência normativa, do dever-ser, que utiliza um método dedutivo lógico-jurídico-abstrato não pode construir princípios e conceitos que comportem exceções -- a conduta típica e censurável completa o crime, a pena só pode ser uma pena

retributiva.⁷

Essa idéia da pena como retribuição, aparentemente autoritária, só o é na aparência. Na verdade, favorece o princípio *minima non curat praetor* e o da *proporcionalidade das penas*. Se a pena deve ser uma retribuição pelo mau praticado, deve sê-lo na sua estrita medida.

Uma análise da evolução do processo civil e do processo penal, e seus respectivos relacionamentos com os ramos do direito material de que provieram, revela dois vetores que apontam para direções diferentes.

O vetor do processo civil aponta para uma direção oposta à do ordenamento jurídico-civil, cada vez mais tutelando direitos de outras matrizes: públicos e privados, de titularidade certa ou difusa, de natureza homogênea ou heterogênea, disponíveis ou indisponíveis. Essa variedade de direitos a serem tutelados faz com que o processo civil, a par de se afastar do ordenamento jurídico-civil, tenha naturalmente pretensões expansionistas.

Por sua vez, o vetor do processo penal aponta para uma direção diferente e voltada para o ordenamento jurídico-penal. Da mesma maneira que o ordenamento jurídico-penal, ele não quer se expandir, mas sim “encolher”, cuidando cada vez mais de um menor número de condutas, notadamente as mais graves, deixando para outros ramos do ordenamento jurídico a tutela das lesões menores a direitos e a bens jurídicos.

Trata-se da aplicação do chamado princípio da intervenção mínima, traduzido no princípio *minima non curat praetor*, veiculado

⁷. MACHADO, Luiz Alberto. Execução das penas privativas de liberdade. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado. São Paulo: Procuradoria Geral do Estado, 1987, jan./dez., p. 147.

primeiramente pelo artigo 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789⁸ e que, segundo LUIZ LUISI,⁹ decorre dos artigos 1º, inciso III,¹⁰ e 5º, *caput*,¹¹ da Constituição da República Federativa do Brasil.¹²

O que o princípio da intervenção mínima quer significar é que ao ordenamento jurídico-penal rigorosamente não interessam as condutas meramente violadoras de direitos e bens jurídicos. É preciso *i*) que a lesão tenha magnitude e *ii*) que a forma (dolosa ou não) de

⁸. “A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada” [o grifo não consta do original]. A tradução consta de MIRANDA, Jorge (org. e trad.). Constituições de diversos países. 3. ed., Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1986, v. 1, p. 368.

⁹. LUISI, Luiz. Os princípios constitucionais penais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 26.

¹⁰. “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos (...) a dignidade da pessoa humana”.

¹¹. “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”.

¹². Uma análise mais cuidadosa dos princípios fundamentais estabelecidos pela Constituição da República Federativa do Brasil revela outra base para o princípio da intervenção mínima: estabelece o seu artigo 3º que é um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Com efeito, uma interpretação sistemática desse dispositivo revela que o Estado só deve legislar sobre direito penal, para incriminar condutas ou para apená-las mais severamente, se tais condutas se revelarem gravemente prejudiciais à maior parte dos estamentos sociais, ao mesmo tempo, e não a apenas um deles. Se a República Federativa do Brasil deve promover o bem de todos, sem discriminações de qualquer espécie, a criação de tipos penais incriminadores deve ficar condicionada à proteção de bens jurídicos comuns à maioria das classes.

violação transgrida, sob o prisma ético, as regras de convivência em sociedade de tal sorte que necessite, efetivamente, de uma sanção retributiva, pois outras formas de sanção (reparatória, repositória, jurídica etc.) não bastam para fazer justiça à situação ocorrida. Confira-se a lição de SEBASTIÁN SOLER:

No todas las consecuencias determinadas por el incumplimiento de un precepto jurídico (sanciones) son iguales o de la misma naturaleza; unas veces, tienden a producir directamente la situación que el precepto quería y que alguien desoyó; otras veces, procuran una satisfacción distinta pero equivalente a la debida; otras veces, finalmente, importan, además, una consecuencia no deseada y gravosa para el transgresor. Las normas jurídicas procuran, pues, ora una reposición real de las cosas al estado anterior (p. ej., la devolución del objeto sustraído a su dueño) ora una reposición simbólica que asume la forma de una reparación (la entrega de una suma de dinero en lugar de la cosa misma) ora una retribución (la disminución de un bien jurídico del transgresor). Una norma del derecho es una norma penal cuando su sanción asume carácter retributivo.

Derecho penal es la parte del derecho compuesta por el conjunto de normas dotadas de sanción retributiva.¹³⁻¹⁴

¹³. SOLER, Sebastián. Derecho penal argentino. 5. ed., 10. reimp., Buenos Aires: Tea, 1992, p. 2-3. Tradução livre: “Não todas as conseqüências determinadas pelo não-cumprimento de um preceito jurídico (sanções) são iguais ou da mesma natureza; umas vezes, tendem a produzir diretamente a situação que o preceito queria e que alguém desatendeu; outras vezes, procuram uma satisfação distinta porém equivalente à devida; outras vezes, finalmente, importam, ademais, uma conseqüência não desejada e gravosa para o transgressor. As normas jurídicas procuram, pois, ora uma *reposição real* das coisas ao estado anterior (p. ex., a devolução do objeto subtraído ao seu dono) ora uma *reposição simbólica* que assume a forma de uma *reparação* (a entrega de uma soma de dinheiro em lugar da coisa mesma) ora uma *retribuição* (a diminuição de um bem jurídico do transgressor). Uma norma do direito é uma norma penal quando sua sanção assume caráter retributivo. *Direito penal é a parte do direito composta pelo conjunto de normas dotadas de sanção retributiva*”.

A tutela de urgência no processo penal brasileiro

No mesmo sentido, embora com análise diversa, conclui HELENO CLÁUDIO FRAGOSO:

Desde logo deve excluir-se do sistema penal a chamada criminalidade de bagatela e os fatos puníveis que se situam puramente na ordem moral. A intervenção punitiva só se legitima para assegurar a ordem externa. A incriminação só se justifica quando está em causa um bem ou um valor social importante. Não é mais possível admitir incriminações que resultem de certa concepção moral da vida, da validade [em] geral duvidosa, sustentada pelos que têm o poder de fazer a lei. Trata-se de reduzir ao mínimo o direito penal, reservando-o para a tutela jurídica de valores sociais indiscutíveis.¹⁵⁻¹⁶

E, conforme lembra com muita precisão RENÉ ARIEL DOTTI, “o Direito Processual Penal bem como o seu respectivo sistema não poderiam ficar à margem dessa corrente de direito penal (e do

¹⁴. Cf., também, MARTINS, José Salgado. Direito penal. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 14: “A consequência do ato ilícito civil é, ordinariamente, de caráter patrimonial; destina-se a reparar o prejuízo causado, a restabelecer a situação anterior à lesão, ou a nulificar, para os efeitos civis, o ato antijurídico. O ilícito penal produz consequência peculiar à sua natureza: a sanção de caráter pessoal, ou, em linguagem mais corrente, a pena, se bem que possa produzir, concomitantemente, as consequências atribuídas ao ilícito civil”.

¹⁵. FRAGOSO, Heleno Cláudio. Ciência e experiência do direito penal. In: Revista de Direito Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1979, n. 26, p. 15-16.

¹⁶. LUISI, Luiz. Os princípios constitucionais penais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 25: “(...) que só se legitima a criminalização de um fato se a mesma constitui meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção se revelam suficientes para a tutela desse bem, a criminalização é incorreta. Somente se a sanção penal for instrumento indispensável de proteção jurídica é que a mesma se legitima”.

processo penal) mínimo”.¹⁷

Daí a idéia de uma “ciência penal total”, que englobasse o direito penal, o direito processual penal e as ciências auxiliares, como a criminologia e a política criminal. A idéia da *gesamte Strafrechtswissenschaft* foi inicialmente disseminada por FRANZ VON LISZT, em 1881, para servir de programa da *Internationale Kriminalistische Vereinigung*.¹⁸

(...) o crime constitui (...) o objeto de um conjunto de disciplinas -- as *ciências criminais* em sentido amplo -- onde, além da criminologia, ganham particular relevo o *direito penal* e a *política criminal*. Foi ao tentar englobar este conjunto de disciplinas numa unidade coerente e harmoniosa que v. Liszt criou o designativo, que se tornaria justamente célebre, de “ciência global (total, universal, integral, ou conjunta) do direito penal” (...).

Por esta forma quis ele acentuar que a consideração solipsista tradicional do direito penal e da sua ciência normativa -- a chamada *dogmática* jurídico-penal ou ciência jurídico-penal em sentido estrito -- era manifestamente impotente para lograr o controle e domínio do inteiro problema do crime ou do fenômeno da criminalidade. Para tanto importava dar atenção autônoma às novas disciplinas da *criminologia* -- como ciência das causas do crime e dos efeitos das penas, baseada na análise da realidade empírica -- e da *política criminal* -- como “conjunto sistemático dos princípios fundados na investigação científica das causas do crime e dos efeitos das penas, segundo os quais o Estado deve levar a cabo a luta contra o crime por meio da pena e das instituições com esta relacionadas” (...). Mas autonomia, em todo o caso, apenas relativa, dentro do quadro

¹⁷. DOTTI, René Ariel. A reforma do processo penal. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, n. 714, p. 499.

¹⁸. BARATTA, Alessandro. Criminologia e dogmática penal. Passado e futuro do modelo integral da Ciência Penal. In: Revista de direito penal. Rio de Janeiro: Forense: Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro, 1982, v. 31, p. 25.

fundamentalmente unitário da referida ciência global do direito penal.¹⁹

Autores modernos, como JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e MANUEL DA COSTA ANDRADE, admitem que o conceito de *ciência penal total* proposto por FRANZ VON LISZT se perdeu para sempre, mas crêem que seja possível obtê-lo a partir de premissas diferentes.²⁰

Outros, como ALESSANDRO BARATTA e ENRIQUE BACIGALUPO,²¹ são pessimistas em relação a semelhante projeto, principalmente se mantidas as bases teóricas de cada um dos “ramos” da assim denominada *ciência penal total*. Eis o que escreve o citado criminólogo italiano:

Atualmente não existem ainda as condições para a realização de um modelo integrado; a ciência jurídica atual pode unicamente integrar-se com a criminologia de ontem e só a ciência jurídica de amanhã pode chegar a integrar-se com a criminologia e as ciências sociais de nossos dias. (...)

Defendemos a opinião de que a estrutura dogmática e ideológica da ciência jurídico-penal é o fator principal que impede sua integração com as ciências sociais. Uma profunda reflexão, isenta de preconceitos, bem como uma renovação igualmente profunda dessas estruturas, pareceria ser condição suficiente para um novo modelo integrado de uma “ciência jurídico-penal geral”.²²

¹⁹. DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 93-94.

²⁰. DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. *Idem*, p. 94.

²¹. BACIGALUPO, Enrique. Derecho penal: parte general. Buenos Aires: Hamurabi, 1987, p. 61-69.

²². BARATTA, Alessandro. Criminologia e dogmática penal. Passado e futuro do modelo integral da Ciência Penal. In: Revista de direito penal. Rio de Janeiro: Forense: Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro, 1982, v. 31, p. 24 e 37.

Contudo, sob outros argumentos, o tema volta à baila. Não se trata mais de construí-la para melhor fundamentar uma defesa social,²³ mas sim porque se constata, na prática, que as ciências preocupadas com o crime, embora dotadas de métodos próprios, influenciam-se e se enformam reciprocamente, apesar das diferenças de que são dotadas. Assim, para dar apenas dois exemplos, a política criminal influencia, obviamente, a construção do ordenamento jurídico-penal, principalmente em face de determinada criminalidade e, ao mesmo tempo, é por ele influenciada; além disso, há tipos penais incriminadores evidentemente criados a partir da experiência processual penal, sobretudo no campo da atividade instrutória.

A ciência penal total, se de um lado relativiza a autonomia das ciências que a compõem, de outro acentua a função de cada uma delas.

Explica-se: no seio do direito penal há uma idéia sumamente equivocada, mas que granjeou foros de cidadania no seio da doutrina, de que é tarefa sua combater o crime ou, mais propriamente, a criminalidade.²⁴⁻²⁵

²³. Cf. BRUNO, Anibal. Direito penal. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 111-116.

²⁴. Cf. HUNGRIA, Nélon. A repressão penal. In: O Jornal de 18.9.46 e In: Comentários ao Código Penal. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1955, v. 1, t. 1, p. 55-56: “Somente utopistas impenitentes ou teóricos românticos podem acreditar, atualmente, no ideal de remodelação de criminosos pela simples suação pedagógica ou métodos puramente educacionais. O único recurso eficiente contra a maior expansão desse *pessimum genus* continua sendo, nas condições sociais vigentes, a inflexibilidade da repressão penal. Só o medo da pena ou a lembrança *física* de sua inexorável execução podem atenuar a endemia do crime numa sociedade moralmente arruinada”; DOTTI, René Ariel. Ambiente e qualidade de vida como velhos e novos fatores. In: Reforma penal brasileira, Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 75: “O esforço no combate à violência e à criminalidade, contra os comportamentos desviados e a anomia, deve ser

Contudo, uma ciência penal total, ao arvorar-se a “coordenação” das disciplinas que têm o crime como preocupação central, põe a nu, justamente, que cada uma delas tem objetivos diferentes. É à política criminal, e não ao direito penal, que cabe o objetivo de combater a criminalidade.

A *ciência penal total*, entre outras virtudes, demonstra que a questão do crime deve ser vista a partir de uma perspectiva unitária, conservando-se cada uma das funções das ciências que a compõem. Com isso, o fenômeno do crime, com todos os seus aspectos (criminoso, vítima, conseqüências do crime etc.) é objeto de uma abordagem mais ampla e de um questionamento constantemente permeável à interdisciplinariedade.

Até como conseqüência da abordagem anterior, é premissa metodológica do presente trabalho a recusa à denominada “Teoria Geral do Processo”.

encetado de maneira planejada e integral. Todos os fatores devem ser objeto de cuidadosos estudos pelos juristas e demais cientistas sem qualquer forma de discriminação. O controle *social penal* do delito é uma das primeiras metas em tal processo. Através dele será possível *levantar o véu* de um sistema primitivo e ainda inflado por *totens e tabus* que muito comprometem a investigação material dos problemas e envilecem o magistério punitivo”; MARTINS, José Salgado. Direito penal. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 19: “O Direito Penal constitui o setor jurídico, na luta contra a criminalidade”.

²⁵. A esse respeito e constituindo sua proposta fundamental, consta do “programa mínimo” da *Société Internationale de Défense Sociale*, criada em 1949, o seguinte: “I - *Princípios fundamentais do movimento*. 1. A luta contra a criminalidade deve ser reconhecida como uma das tarefas mais importantes que cabem à sociedade. (...) II - *Princípios fundamentais do direito criminal*. 1. Nesse enfoque, é preciso reconhecer que o verdadeiro fim do direito criminal não é outra coisa senão a proteção da sociedade e de seus membros contra a criminalidade. (...)” . In: NUVOLONE, Pietro. O sistema do direito penal. Trad. de Ada Pellegrini Grinover e notas de René Ariel Dotti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, v. 1, p. 261.

A tutela de urgência no processo penal brasileiro

Recusa essa que se pode dar de ao menos duas formas diferentes: pode-se recusá-la absolutamente, não admitindo sequer que uma “Teoria Geral do Processo” seja um objetivo a ser alcançado, ou pode-se recusar a versão que hoje se tem dela, baseada no conceito de *lide* elaborado por FRANCESCO CARNELUTTI.

A primeira atitude é, na doutrina brasileira do processo penal, capitaneada por JACINTO N. DE MIRANDA COUTINHO, que escreve:

O processo penal, sufocado por uma legislação fascista (copiada na maior parte do Código Rocco de 1930) e cientificamente cega, acaba por receber uma vestimenta (sistemática) costurada para um senhor mais rico, alto, velho e obeso. Entrou, desse modo, mas não serviu. Deixou à mostra pontos cruciais que não serão sanados, cobertos, tão-somente com uma nova legislação, um novo traçado. No fundo, o espírito faz parte da vestimenta e deve mudar junto, sob pena da alteração ser aparente e as falhas, em elementos essenciais, continuarem as mesmas.

Sem embargo disso, *per fas et nefas*, a teoria geral do processo civil, a cavalo na teoria geral do processo, penetra no nosso processo penal e, ao invés de dar-lhe uma teoria geral, o reduz a um primo *pobre* (CARNELUTTI), uma parcela, uma fatia da teoria geral. Em suma, teoria geral do processo é engodo; teoria geral do processo é a do processo civil, e, a partir dela, as demais.²⁶

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS é de mesmo parecer, ao considerar que a “Teoria Geral do Processo” é, ao mesmo tempo, um projeto impossível e inútil:

O tempo das grandes teorias gerais parece ser, para o pensamento jurídico, um tempo definitivamente passado (...), por nelas estar latente o perigo de quebrarem a relação, que cada vez se quer

²⁶. COUTINHO, Jacinto N. de Miranda. A lide e o conteúdo do processo penal. Curitiba: Juruá, 1989, p. 118-119.

A tutela de urgência no processo penal brasileiro

mais próxima e estreita, da ordem jurídica com a vida e a realidade social que ela procura servir.

No que toca ao processo, os resultados de uma teoria geral em nada conseguiriam esbater ou minorar as extensas divergências entre cada um dos principais tipos processuais, respeitantes ou à sua estrutura ou, sobretudo, aos seus fundamentos e princípios e às suas formas concretas de realização. Daí que o próprio CARNELUTTI (sempre tão propenso às grandes construções e teorias generalizadoras), tendo começado por ver no conceito de ‘lide’ o elemento comum a todos os tipos processuais, que só por si permitiria a construção de uma ‘teoria geral do processo’, tenha acabado por reconhecer em absoluto a profunda diversidade e autonomia, mesmo científica, do direito processual penal (...).²⁷

Há, por outro lado, uma posição que poderia ser considerada intermediária entre a radicalmente contrária a uma “Teoria Geral do Processo” e a que lhe é francamente favorável.

Neste trabalho recusa-se a “Teoria Geral do Processo”, com a seguinte obtemperação, mais na forma de uma indagação do que, propriamente, de uma afirmação taxativa:

Não seria a “teoria geral do processo”, na verdade, um ramo sem autonomia da “teoria geral do direito”? Parece que a resposta positiva a essa indagação se impõe. A assim chamada “teoria geral do processo” é, efetivamente, parte da “teoria geral do direito”, esta sim, com justos foros de cidadania científica.²⁸

E acrescenta-se o seguinte: embora hajam pesadas dúvidas

²⁷. DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito processual penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 54 e DIAS, Jorge de Figueiredo. Localização do direito processual penal no sistema jurídico. In: Revista interamericana de direito processual penal. Porto Alegre: Revista Jurídica, 1976, v. 3 e 4, p. 41-42.

²⁸. RAMOS, João Gualberto Garcez Ramos. Audiência processual penal: doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 428.

sobre a utilidade prática de uma “Teoria Geral do Processo” -- o que põe em cheque a razoabilidade de empregar-se tempo na tentativa de buscá-la -- não é completamente descartável a possibilidade dela ser efetivamente construída, desde que jamais sobre o conceito carneluttiano de *lide*.

Na doutrina do processo penal brasileiro, esse conceito é aceito às escâncaras por JOSÉ FREDERICO MARQUES²⁹ e, de forma menos declarada, por ROGÉRIO LAURIA TUCCI, que define o conteúdo do processo penal como um “conflito de interesses (*punitivo* e de *liberdade*) de alta relevância social”.³⁰

Contudo, esses mesmos processualistas penais não conseguem apresentar uma explicação razoável às objeções à idéia de uma *lide penal* feitas a FRANCESCO CARNELUTTI, algumas das quais retratadas na obra de JACINTO N. DE MIRANDA COUTINHO.³¹

Daí porque é inexplicável e injustificável a utilização do conceito de *lide penal* para explicar o fenômeno do processo penal. E,

²⁹. MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. 2. ed., Rio-São Paulo: Forense, 1965, v. 2, p. 11-12: “Verifica-se (...) que a prática de infração penal faz surgir uma lide de igual natureza, resultante do conflito entre o direito de punir do Estado e o direito de liberdade do réu. A pretensão punitiva encontra, no direito de liberdade, a resistência necessária para qualificar esse conflito como litígio, visto que o Estado não pode fazer prevalecer, *de plano*, o seu interesse punitivo. (...) A lide que se forma com o conflito de interesses resultante da prática de um fato, aparentemente delituoso, não pode ser solucionada com a prevalência imediata dos interesses estatais e conseqüente submissão do indigitado autor do delito às sanções previstas na lei penal. A autodefesa, como instrumento de composição de lides, está abolida na esfera da atividade penal do Estado”.

³⁰. TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1993, p.2-3.

³¹. COUTINHO, Jacinto N. de Miranda. A lide o conteúdo do processo penal. Curitiba, Juruá, 1989, p. 43.

de consequência, inaceitável a “Teoria Geral do Processo” nascida de semelhante conceito.

Seja como for, é importante registrar a manifestação de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, como conclusão a respeito do tema:

A conclusão pessimista (...) quanto à viabilidade de uma teoria geral do processo não deve porém obstar a que se reconheça (...) o altíssimo valor de uma *consideração comparatista* dos diversos tipos de processo, levada a cabo ou como hipótese geral de investigação, ou a propósito de singulares problemas processuais. Ela mostra com inexcedível clareza como os diferentes tipos de processo são, no fundo, determinados pela especificidade do objeto processual e como é este quem comanda a construção geral e a regulamentação concreta próprias de cada tipo de processo.³²

Essa questão da “Teoria Geral” teve muita relevância na maturação do presente trabalho e terá maior importância ainda na sua elaboração. Não será, como ocorre com muitos outros temas, mero exercício de vã filosofia.

Isso porque, ao estudar a tutela cautelar e a tutela antecipatória, procurando verificar se há casos desta última no processo penal brasileiro -- esse talvez, o objetivo principal do presente trabalho -- o autor cedo se advertiu que não é lícito procurar, através da construção de procedimentos novos, obter a condenação de alguém, através de *medida sumária antecipatória*, no processo penal brasileiro.

O *princípio do devido processo legal* (*due process of law*), o *princípio da ampla defesa* e, de certa forma, o *princípio do estado de inocência*, não

³². DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito processual penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 55 e DIAS, Jorge de Figueiredo. Localização do direito processual penal no sistema jurídico. In: Revista interamericana de direito processual penal. Porto Alegre: Revista Jurídica, 1976, v. 3 e 4, p. 42.

A tutela de urgência no processo penal brasileiro

admitem tal arquitetura no processo penal brasileiro.

Não é possível introduzir, através de um procedimento ou através de atos processuais, a tutela antecipatória da condenação no processo penal brasileiro. Ou, por outra: a antecipação “finalística” da sanção penal não é autorizada pela Constituição brasileira vigente, tendo em vista os princípios citados, feita a exceção ao inciso XLIII do seu artigo 5º.³³ É preciso utilizar o adjetivo “finalística” porque, tratando-se de prisão processual, há sempre forte dose de antecipação, tendo em vista o princípio da detração penal.

O que o autor percebeu, ao pesquisar as obras para a elaboração do trabalho -- e, decerto, compreenderá com maior profundidade à medida em que o trabalho avançar -- foi que, independentemente de alterações legislativas, a tutela antecipatória está presente no processo penal brasileiro. Há medidas processuais penais, perfeitamente entronizadas na compreensão dos seus aplicadores, que são rigorosamente antecipatórias. A identificação dessas medidas -- e sua separação das medidas cautelares -- é objetivo do presente trabalho. Além disso, o autor percebeu um terceiro gênero de medidas -- no que concerne à natureza jurídica: a das medidas de urgência baseadas no poder de polícia do Juiz.

Todas essas medidas, motivadas por uma situação de urgência, serão expostas e analisadas pelo autor.

As medidas de urgência do processo penal se dividem em cinco diferentes grupos. Há as *i*) medidas patrimoniais de urgência, *ii*) as medidas instrutórias de urgência e *iii*) a busca e apreensão, que

³³. “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

A tutela de urgência no processo penal brasileiro

tanto pode ser medida instrutória quanto patrimonial, razão pela qual mereceu um tratamento à parte. No campo da liberdade de locomoção do imputado, as medidas podem ser *iv)* privativas ou *v)* protetivas dessa liberdade.³⁴

O autor tem perfeito conhecimento de que a liberdade tem diversos aspectos. Há a liberdade de culto religioso, a liberdade de iniciativa, a liberdade de reunião, a liberdade sexual, a liberdade de cátedra, a liberdade de consciência, a liberdade de associação para fins lícitos, a liberdade de manifestação do pensamento, a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação etc...

Neste estudo, por economia, o autor tratará a “liberdade de locomoção do imputado” com a expressão “liberdade do imputado”.

Ainda sobre o tema.

Conforme escreve GRACILIANO RAMOS, “liberdade completa ninguém desfruta: começamos oprimidos pela sintaxe e acabamos às voltas com a Delegacia de Ordem Política e Social, mas, nos estreitos limites a que nos coagem a gramática e a lei, ainda nos podemos mexer”.³⁵

Portanto, sabe o autor que, assim como ninguém consegue ter liberdade completa, também não é possível privar-se toda a liberdade de um indivíduo. Se, preso, o indivíduo conseguir andar dois passos em torno de um ponto, se conseguir pensar, ou sonhar, ou mesmo

³⁴. Cf., a propósito das espécies de medida de urgência, COLOMER, Juan-Luis Gomez. El proceso penal alemán: introducción y normas básicas. Barcelona: Bosch, 1985, p. 117-118. Esse autor noticia que na legislação processual alemã há a previsão de medidas cautelares que atingem a integridade corporal do indivíduo; relaciona as seguintes: extração de sangue, encefalogramas, punções pulmonares etc...

³⁵. RAMOS, Graciliano. Memórias do cárcere. 29. ed., Rio de Janeiro-São Paulo: Record, 1994, v. 1, parte 1, cap. 1, p. 34.

piscar os olhos, sua liberdade não terá sido completamente suprimida. Logo, toda a medida coercitiva permitida no ordenamento processual penal brasileiro só consegue restringir a liberdade do indivíduo. Contudo, há um certo nível de restrição que, na prática, equivale a uma privação da liberdade. Um indivíduo preso em um cubículo tem sua liberdade, na prática, suprimida. Por outro lado, o indivíduo em gozo de liberdade vinculada, com ou sem fiança, embora não esteja preso, está em situação de liberdade restringida.

Daí porque o autor sempre se referiu às medidas processuais penais de prisão como *privativas da liberdade*. Às medidas que servem de contraponto à prisão o autor dedicou a designação de *protetivas da liberdade*.

Também por economia, o autor muitas vezes mencionará a Constituição da República Federativa do Brasil, simplesmente, usando o vocábulo “Constituição”. Utilizará, eventualmente, as expressões “Constituição de 1988” e “Constituição vigente”. Referir-se-á a Constituições de outros países, mencionando-os; assim: Constituição estadunidense, Constituição italiana etc. Repita-se ainda uma vez: quando o vocábulo “Constituição” aparecer sozinho, refere-se o autor à Constituição brasileira promulgada em cinco de outubro de 1988.

Os leitores perceberão que o autor evitou utilizar abreviaturas, como CPP (para “Código de Processo Penal”), CP (para “Código Penal”), LEP (para “Lei de Execução Penal”), art. (para “artigo”) CF (para “Constituição Federal” que, na verdade, não é federal, mas nacional) etc. Fique claro que tal se deu por opção estilística do autor. No trabalho somente aparecerão tais abreviaturas em

A tutela de urgência no processo penal brasileiro

transcrições de trechos de autoria de outros escritores, dado que seria indevido modificá-los.

Estes os esclarecimentos metodológicos para o presente trabalho.

O autor espera que sejam um guia seguro para a leitura.

PARTE 1 - A TUTELA DE URGÊNCIA NA DOUTRINA

Capítulo 1 - A TUTELA DE URGÊNCIA NA DOCTRINA DO PROCESSO PENAL

0. Introdução

O processo penal brasileiro, embora tecnicamente ultrapassado e pleno de defeitos, dispõe de inúmeras medidas e providências de urgência, até porque seria virtualmente impossível concebê-lo sem essa espécie de instrumental.

Por conta disso, a doutrina processual penal brasileira se viu desde seus albores na contingência de analisar esses fenômenos jurídicos. De fato, contam-se, dentre as obras doutrinárias do processo penal brasileiro, diversas que tratam da matéria da tutela processual de urgência.

Já JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR tratava do tema, em páginas nas quais se vislumbra soberbo exercício de lógica formal, além de forte influência do sistema de provas legais. Paga a pena reproduzi-las:

O delito supõe o delinqüente. O espírito do juiz, em frente do fato do delito, passa por todos os estados da mente: em primeiro lugar, a *ignorância*; em segundo lugar, a *dúvida*; em terceiro lugar, a *suspeita*; em quarto lugar, a *opinião*; em quinto lugar, a *certeza*. A queixa, a denúncia, o corpo do delito -- transformam a *ignorância* em *dúvida*; o flagrante delito, a confissão extrajudicial, ou os depoimentos de duas testemunhas -- transformam a *dúvida* em *suspeita*; a reiteração judicial dos depoimentos, confissão judicial e outros veementes indícios -- transformam a *suspeita* em *opinião*; a *prova plena* transforma a *opinião* em *certeza*. Enquanto o estado de *dúvida* permanece, o juiz está indeciso, não se manifesta; mas, no momento em que surge a *suspeita*, há uma adesão do espírito, vai principiando uma decisão do

juízo, para colocar o acusado em estado de *prevenção*. E, se esta *suspeita* produz o assentimento da mente, há uma *opinião*, manifesta-se um grau mais forte na decisão, pelo qual o juiz se inclina a crer ou não na *acusação*.

A prisão preventiva não é uma pena, porque a pena não pode ser imposta sem a *certeza* do delito e de quem seja o delinqüente, isto é, sem uma decisão final, que produza firmeza do juízo. Por isso, no processo criminal há atos decisórios de *prevenção*, de *acusação* e de *juízo*.¹

O trato da matéria, contudo, nas primeiras obras doutrinárias brasileiras e mesmo largo tempo depois desse início, permaneceu disperso e assistemático, contando com quase nenhuma contribuição verdadeiramente original.

À parte as críticas, procedentes ou não, às medidas de urgência, os autores do processo penal brasileiro de antanho, embora conscientes da nota diferenciadora de determinadas medidas urgentes em face de outras não-urgentes, ou delas entre si, não trouxeram contribuição definitiva para sua sistematização.

Ela acabou por vir, aparentemente por influência de dois fatores: o primeiro deles, o fato do Código de Processo Penal de 1941 ter tratado, no mesmo título IX do Livro I, diversas formas de prisão e de liberdade vinculada e, no capítulo VI do Título VI do Livro I, do que denominou “medidas assecuratórias”, agrupando o que lhe parecia semelhante; o segundo fator, o onipresente influxo da doutrina processual civil, já na época mais avançada a respeito desse e de outros temas do processo.

Mesmo depois da edição do Código de Processo Penal de 1941, diversos autores continuaram tratando do tema de forma

¹. ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. O processo criminal brasileiro. Rio de Janeiro: Laemmert, 1901, v. 1, p. 338.

exegética, até o surgimento da obra de JOSÉ FREDERICO MARQUES,² que é o primeiro momento na doutrina processual penal em que se fala de um *processo penal cautelar*, tema que será adiante retomado, quando forem tratadas das premissas metodológicas do presente trabalho.

JOSÉ FREDERICO MARQUES ensina primeiramente que, no processo penal brasileiro, há medidas cautelares *jurisdicionais* e medidas cautelares *administrativas*, com a diferença de que enquanto naquelas há um controle jurisdicional prévio de legalidade, nestas há a mesma espécie de controle, feito, entretanto, posteriormente à efetivação da medida.³

Segundo o mesmo autor, as *medidas cautelares* ou visam à reparação do dano causado pelo delito ou se destinam a atuar estritamente no campo da *persecutio criminis*:

Nesta última hipótese, ou são providências coercitivas contra o *status libertatis* do réu, e se destinam a tutelar o interesse punitivo do Estado consubstanciado na provável condenação do réu; ou, então, visam impedir danos à liberdade do réu, como providências de contracautela, com o escopo de garantir o *status libertatis* em face do poder coercitivo-cautelar do Estado [Há, também, as medidas cautelares probatórias (...)].⁴

Das primeiras dá, como exemplos, as diversas formas de prisões processuais provisórias e, das segundas, as formas de liberdade vinculada.⁵

². MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1965, v. 4, p. 13-110.

³. MARQUES, José Frederico. *Idem*, p. 16.

⁴. MARQUES, José Frederico. *Ibidem*, p. 19.

⁵. MARQUES, José Frederico. *Ibidem*, p. 19.

Contudo, conforme ver-se-á adiante, essa classificação peca por pelo menos dois fatores: não considera as cautelas instrutórias, que também servem à persecução penal e, principalmente, generaliza um efeito que nem todas as medidas de urgência têm.

Isso porque o referido autor amplia o conceito de *medida cautelar*, para o fim de abarcar, nele, todas as medidas de urgência previstas no processo penal brasileiro. Contudo, conforme ver-se-á adiante, nem todas as medidas de urgência previstas no ordenamento processual penal brasileiro são *cautelares*. Algumas são rigorosamente *antecipatórias* e, outras, pela absoluta falta de referência ao direito material discutido no processo penal condenatório (em outras palavras: à persecução penal) são meras *medidas administrativas*, tomadas pela autoridade judiciária, e baseadas no seu *poder de polícia*.

Melhor, então, é classificar as medidas de urgência (e não as *medidas cautelares*, que constituem uma parte delas) pelo objeto ao qual estão conectadas. As medidas de urgência (*cautelares*, *antecipatórias* ou baseadas no *poder de polícia*) podem ser “*pessoais*”, *instrutórias* ou *patrimoniais*. As primeiras cuidam do *status libertatis* do imputado, e o fazem seja para protegê-lo, seja para restringi-lo. Poderiam ser chamadas, por conveniência terminológica, medidas de urgência de natureza pessoal: contudo, não têm natureza pessoal; obviamente, têm natureza jurídica e como tal devem ser tratadas. Daí porque serão chamadas de *medidas de urgência protetivas* ou *privativas da liberdade do imputado*.

As segundas se referem ao conjunto das provas a serem examinadas pela autoridade judiciária: estão predestinadas à proteção desse conjunto probatório, procurando, com isso, viabilizar um melhor conhecimento a respeito dos fatos em virtude dos quais se pretende aplicar uma norma de natureza penal. São medidas de

urgência referentes à atividade instrutória, ou *medidas instrutórias de urgência*.

As terceiras, por fim, pretendem compensar ou ao menos minimizar os prejuízos econômicos causados pela infração penal ao ofendido, dando-lhe instrumentos com os quais poderá garantir o princípio da responsabilidade patrimonial. São medidas de urgência referentes ao ressarcimento do dano, ou *medidas patrimoniais de urgência*.

A *busca e apreensão*, por servir a qualquer dessas finalidades, mereceu, nesta primeira parte, um item e, na segunda parte, um capítulo, ambos especiais, com a finalidade de melhor e mais precisamente analisá-la.

JOSÉ FREDERICO MARQUES inclui a *restituição das coisas apreendidas* entre as *medidas cautelares*,⁶ com o que obteve o apoio de ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS.⁷

Entretanto, não haverá qualquer preocupação neste trabalho com a restituição das coisas apreendidas. Em primeiro lugar, porque essa restituição é claramente *satisfativa* e jamais *cautelar*: o legítimo dono de uma coisa apreendida durante investigação policial ou durante processo penal condenatório não a tem de volta dada uma situação de perigo, mas simplesmente porque ela lhe pertence. Inexplicável que os autores citados tenham-na classificado como

⁶. MARQUES, José Frederico. *Ibidem*, p. 20: “Cumpra registrar (...) que as medidas cautelares destinadas à tutela do ressarcimento civil dos danos causados pelo crime são as seguintes: a) o seqüestro; b) a hipoteca legal; c) a restituição de coisas apreendidas”.

⁷. BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 394: “A restituição das coisas apreendidas na fase investigatória (...) importa num julgamento no qual o juiz exercita uma verdadeira jurisdição cautelar, embora *a posteriori* da apreensão da coisa pela polícia. Tanto assim, que o primeiro elemento a ser examinado no pedido restitutivo é se as coisas não mais interessam ao processo (art. 118, do C.P.P.)”.

medida cautelar.

Em segundo lugar, porque à restituição de coisas apreendidas não é essencial o requisito da urgência. A não ser acidentalmente, o bem apreendido precisa ser, com urgência, devolvido a seu legítimo dono. O presente trabalho se preocupa com a tutela de urgência no processo penal. Daí porque a restituição das coisas apreendidas não será sequer objeto de estudo.

Esse são os critérios utilizados na divisão dos itens do presente trabalho.

1. As medidas privativas da liberdade do imputado

JOSÉ FREDERICO MARQUES escreve o seguinte a respeito do que denomina, genericamente, de “prisão cautelar”:

A prisão cautelar tem por objeto a garantia imediata da tutela de um bem jurídico para evitar as conseqüências do *periculum in mora*. Prende-se para garantir a execução ulterior da pena, o cumprimento de futura sentença condenatória. Assenta-se ela num juízo de *probabilidade*: se houver probabilidade de condenação, a providência cautelar é decretada a fim de que se não frustre a sua execução e cumprimento. A prisão preventiva, a prisão em flagrante e a prisão por pronúncia são os exemplos clássicos de prisão cautelar.⁸

No mesmo tom generalizador pronuncia-se ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS:

O estudo das medidas cautelares, dentre as quais avultam as de natureza pessoal, não pode prescindir, no seu início, de algumas

⁸. MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1965, v. 4, p. 23-24.

considerações sobre a prisão em geral, visto que as prisões que antecedem o julgamento representam a parte mais importante de tais medidas cautelares, e a imposição destas atrita com o “jus libertatis”, tornando melindrosa a regulamentação jurídica do instituto.⁹

E, de igual maneira, embora de forma ainda mais clara e acentuada, afirma JULIO FABBRINI MIRABETE que “a *prisão processual*, também chamada de *provisória*, é a prisão cautelar, em sentido amplo, incluindo a prisão em flagrante (...), a prisão preventiva (...), a prisão decorrente de pronúncia (...), a prisão resultante de sentença penal condenatória (...) e a prisão temporária (...)”.¹⁰

No mesmo sentido, isto é, dando a todas as formas de prisão processual a natureza jurídica de *medidas cautelares*, têm-se os magistérios de WEBER MARTINS BATISTA,¹¹ PAULO LÚCIO NOGUEIRA,¹² ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO,¹³ VICENTE

9. BARROS, Romeu Pires de Campos. Processo penal cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 62.

10. MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo penal. São Paulo: Atlas, 1991, p. 343.

11. BATISTA, Weber Martins. Liberdade provisória: modificações da Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977. 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1985, p. 11: “Sendo uma providência cautelar, a prisão provisória tem como uma de suas características principais a instrumentalidade, denominada ‘instrumentalidade hipotética e qualificada’, ou de segundo grau; hipotética, porque o resultado que pretende garantir, por ser futuro, é incerto; qualificada, porque tutela, instrumentalmente, a função jurisdicional (...)”.

12. NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Curso completo de processo penal. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1990, p. 209: “A *prisão* ou *custódia* antes do julgamento (prisão em flagrante, preventiva ou por pronúncia) é também chamada de *cautelar*”.

13. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Presunção de inocência e prisão cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 58: “Dentre as cautelas penais, a mais freqüente e também de maior gravidade é, sem dúvida, a prisão (...)”.

GRECO FILHO,¹⁴ RENÉ ARIEL DOTTI¹⁵ e ROGÉRIO LAURIA TUCCI,¹⁶ entre outros.¹⁷

Uma posição intermediária é protagonizada por ADA PELLEGRINI GRINOVER¹⁸ e FERNANDO DA COSTA TOURINHO

¹⁴. GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 232-233: “A prisão processual tem natureza cautelar (...) ou seja, visa a proteger bens jurídicos envolvidos no processo ou que o processo pode, hipoteticamente, assegurar (...)”.

¹⁵. DOTTI, René Ariel. Princípios do processo penal. In: Fascículos de ciências penais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, a. 6, v. 6, n. 1, p. 107: “A *presunção de inocência* não se pode opor às medidas cautelares de prisão (em flagrante, temporária, preventiva, em decorrência de pronúncia ou de sentença condenatória recorrível) (...)”.

¹⁶. TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 338: “Insta (...) a que esboçemos os conceitos e alinhemos os casos de *prisão provisória e de liberdade provisória* previstos nas leis processuais penais, para que possamos especificar as características dessas *cauteladas* [*Cautela e contracautela*, respectiva e certamente] constitucionalmente determinadas. (...) *Prisão provisória* é a efetuada no transcorrer da persecução penal, precedentemente ao proferimento de sentença definitiva, (...) ou até que ela se torne irrecorrível”.

¹⁷. Cf. FERNANDES NETO, Tycho Brache. A fundamentação do despacho de prisão preventiva. In: Revista Interamericana de Direito Processual. Porto Alegre: Revista Jurídica, 1976, ns. 1 e 2, p. 43; BARAÚNA, José Roberto. Lições de processo penal. 2. ed., São Paulo: José Bushatsky, 1979, p. 147; SOUZA, Sebastião Pereira de. Prisão constitucional: ordem judicial. In: Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, 1988, n. 304, p. 203; BENETTI, Sidnei Agostinho. Prisão provisória: direitos alemão e brasileiro. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, n. 669, p. 274; SANGUINÉ, Odone. Prisão provisória e princípios constitucionais. In: Fascículos de Ciências Penais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992, a. 5, v. 5, n. 2, p. 107; KARAM, Maria Lúcia. Prisão e liberdade processuais. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais e Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1993, n. 2, p. 84-86; TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Prisão provisória. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, 1994, n. 122, p. 88.

¹⁸. GRINOVER, Ada Pellegrini. A nova lei processual penal. In: COSTA JÚNIOR, Paulo José da e GRINOVER, Ada Pellegrini. A nova lei penal e a nova lei processual

FILHO.¹⁹ Esses dois autores sustentam, ou sustentaram, que todas as formas de prisão processual, à exceção de uma, são puramente *cautelares*. A exceção é feita à prisão decorrente de sentença condenatória recorrível que, já afirmaram, é um misto de *medida cautelar* e de execução provisória da pena aplicada.

Por fim, ressalte-se a posição pioneira de AFRANIO SILVA JARDIM, que finalmente assume a natureza satisfativa da prisão após a sentença condenatória recorrível.²⁰

Sobre esse tema será feita uma análise detalhada adiante.

Assim, pode-se afirmar que a maior parte dos processualistas penais brasileiros, sem fazer distinções de relevo, prega a *natureza cautelar* de todas as formas de prisão processual, a saber: a *prisão preventiva*, a *prisão em flagrante*, a *prisão decorrente de pronúncia*, a *prisão decorrente de sentença condenatória recorrível* e a *prisão temporária*.

É possível detalhar esses entendimentos. É o que se procurará fazer nas linhas que se seguem.

1.1. A prisão preventiva

A doutrina do processo penal posterior ao advento da Lei n.

penal: comentários à Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 103.

¹⁹. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 11. ed., São Paulo: Saraiva, 1989, v. 3, p. 438: “A prisão decorrente de sentença condenatória recorrível nem chega a ser precautória nem prisão sanção. É um misto de sanção e cautela”. Esse trecho foi suprimido da 18ª edição, de 1997.

²⁰. JARDIM, Afranio Silva. A prisão em decorrência de sentença penal condenatória recorrível. In: Direito processual penal: estudos e pareceres. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 389-409.

5.349, de três de novembro de 1967, que, entre outras providências, deu nova redação ao artigo 312 do Código de Processo Penal, para eliminar a chamada “prisão preventiva obrigatória”, é, majoritariamente, do entendimento de que a prisão preventiva facultativa, também denominada de prisão preventiva *stricto sensu*,²¹ seja qual for sua motivação, é sempre e sempre *cautelar*.

Quanto aos autores que escreveram antes da edição da dita lei, Lei n. 5.349, de três de novembro de 1967 é preciso ter um cuidado. É que esses autores não afirmavam que toda a prisão processual é cautelar por diversas razões. Em primeiro lugar, porque o termo “cautelar” não estava, então, consagrado pelo uso; em segundo, porque os pressupostos da prisão preventiva, então expostos no artigo 313 do Código de Processo Penal, não valiam para justificar a manutenção da prisão em flagrante; e, em terceiro, por causa da existência, no ordenamento jurídico de então, da “prisão preventiva obrigatória”, que prescindia dos pressupostos da tutela cautelar para ser decretada. Daí, ressalvada a expressiva e relevante exceção de JOSÉ FREDERICO MARQUES, ser problemático citar autores antigos para transcrever-lhes as opiniões acerca da natureza jurídica da prisão preventiva.

Em 1965, apesar de ainda estar em vigor a chamada “prisão preventiva obrigatória”, JOSÉ FREDERICO MARQUES escreve, enfaticamente, que “a prisão preventiva é a mais genuína das formas de prisão cautelar”.²²

Posteriormente à dita lei, multiplicam-se os pronunciamentos

²¹. Cf. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 463.

²². MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1965, v. 4, p. 43.

no sentido da natureza *cautelar* de toda e qualquer forma de prisão preventiva. É nesse sentido o magistério de ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS.²³

Também o é o de HÉLIO TORNAGHI, que escreve o seguinte a respeito do tema:

A prisão preventiva faz parte de um sistema de providências que visam a assegurar o bom andamento do processo e a execução da sentença. Poderia até dizer-se: providências que se destinam a garantir provisoriamente a ordem jurídica até que outras, definitivas, possam ser tomadas; tais cautelas não existem apenas no Direito processual, mas também no Direito substantivo.²⁴

Em idêntico sentido seguem as lições de JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR,²⁵ WEBER MARTINS BATISTA,²⁶ SÉRGIO M. DE MORAES PITOMBO,²⁷ AFRANTO SILVA JARDIM,²⁸ JULIO FABBRINI

²³. BARROS, Romeu Pires de Campos. Processo penal cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 184: “A prisão preventiva é medida cautelar típica”.

²⁴. TORNAGHI, Hélio. Curso de processo penal. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, v. 2, p. 90.

²⁵. ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. O processo criminal brasileiro. Rio de Janeiro: Laemmert, 1901, v. 1, p. 338: “A prisão preventiva é uma cautela que consiste na detenção do indiciado, antes do julgamento e logo que se manifesta contra ele a suspeita de criminalidade”.

²⁶. BATISTA, Weber Martins. Liberdade provisória: modificações da Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 11: “A prisão provisória só deve ser decretada, ou mantida -- como está no texto da lei, ao tratar da prisão preventiva, que é uma das modalidades da prisão cautelar -- se os elementos colhidos convencerem de que ‘há prova da existência do crime’ e ‘indícios suficientes de autoria’”.

²⁷. PITOMBO, Sérgio M. de Moraes. Prisão temporária e crise urbana. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, n. 603, p. 293: “Toda prisão processual penal é *cautelar*: seja em flagrante delito, preventiva, por efeito de decisão

MIRABETE,²⁹ VICENTE GRECO FILHO³⁰ e ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO,³¹ entre outros.³²

Da pesquisa efetuada para o presente estudo, não se encontrou nenhuma manifestação dissonante. De apenas uma

interlocutória de pronúncia, em virtude de sentença condenatória apelável ou por motivo de evasão do réu”.

²⁸. JARDIM, Afrânio Silva. Visão sistemática da prisão provisória no Código de Processo Penal. In: Direito processual penal: estudos e pareceres. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 362-363: “A natureza cautelar da prisão preventiva. Extinta a obrigatoriedade da decretação da prisão preventiva pela Lei n. 5.349/67, ficou bastante evidente a natureza de medida cautelar que possui tal provimento coercitivo no processo penal pátrio”.

²⁹. MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo penal. São Paulo: Atlas, 1991, p. 367: “(...) é uma medida cautelar [refere-se à prisão preventiva], constituída da privação da liberdade do indigitado autor do crime e decretada pelo juiz durante o inquérito ou instrução criminal face a existência de pressupostos legais, para resguardar os interesses sociais de segurança”.

³⁰. GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 232-233 e 242-243: “A prisão processual tem natureza cautelar (...) ou seja, visa a proteger bens jurídicos envolvidos no processo ou que o processo pode, hipoteticamente, assegurar. (...). A prisão preventiva é a prisão processual, decretada para garantir a ordem pública, por necessidade da instrução criminal e para a segurança da aplicação da pena”.

³¹. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Presunção de inocência e prisão cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 64: “(...) no sistema brasileiro vigente (...) a custódia cautelar pode derivar (...) da decretação de prisão preventiva; nesses casos, a prisão depende de prova da existência de fato típico e indícios de autoria (*fumus boni iuris*), desde que a medida seja necessária para garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal”.

³². Cf. MAZZILLI, Hugo Nigro. Prisão processual. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, n. 597, p. 263; NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Curso completo de processo penal. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1990, p. 221 e AQUINO, José Carlos G. Xavier de e NALINI, José Renato. Manual de processo penal. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 225.

subdivisão permitiu-se a doutrina do processo penal. À prisão preventiva decretada por *conveniência da instrução criminal*, JOSÉ FREDERICO MARQUES destinou o conceito de providência *cautelar instrumental*; a prisão preventiva decretada sob o fundamento de que há risco de que o acusado, uma vez condenado, não se conforme com a pena aplicada e fuja do distrito da culpa, JOSÉ FREDERICO MARQUES conceituou como providência *cautelar final*:

Se o réu, por permanecer solto, está influenciando danosamente na instrução do processo, procurando aliciar testemunhas falsas, ou ameaçando pessoas que possam contra si depor; ou ainda se houver perigo de fuga que o impeça de comparecer a juízo, a fim de levar esclarecimentos úteis à instrução da causa [o perigo de fuga atinge, aqui, o processo, e não o cumprimento da pena (...)] a prisão preventiva poderá ser decretada “por conveniência da instrução criminal”; teremos então providência cautelar *instrumental* (...). Mas se tudo indica que o réu, temeroso do resultado do processo, fuja do distrito da culpa, ou então, provável seja essa fuga, por não apresentar garantias suficientes à justiça, visto lhe ser indiferente a vida errante dos perseguidos pelos órgãos da repressão penal, a prisão preventiva terá cabimento “para assegurar a aplicação da pena”: teremos, então, providência cautelar *final*”.³³⁻³⁴

³³. MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1965, v. 4, p. 49.

³⁴. Cf., em sentido análogo, GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Presunção de inocência e prisão cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 70-71: “A prisão como cautela *instrumental*. (...) trata-se agora de evitar que o acusado, permanecendo em liberdade, possa furtar-se ao comparecimento a atos instrutórios em que sua presença seja indispensável ao esclarecimento dos fatos (pense-se, por exemplo, no reconhecimento pessoal), ou, ainda, consiga destruir provas de acusação, intimidar testemunhas ou, de qualquer outro modo, perturbar o correto desenvolvimento das atividades judiciais. (...) A prisão como cautela *final* (...). A terceira das finalidades atribuídas por nosso legislador ordinário à prisão preventiva é a de ‘assegurar a aplicação da lei penal’, ou seja, evitar

Em todo o caso, não há, nas obras da doutrina do processo penal brasileiro pesquisadas para o presente estudo, dissensão acerca da *natureza cautelar da prisão preventiva*, seja qual for a hipótese que a ensejar.

1.2. A prisão em flagrante

Quando analisa o ato mesmo da prisão em flagrante, autorizado pelo inciso LXI do artigo 5º da Constituição³⁵ e pelo artigo 301 do Código de Processo Penal³⁶ -- ainda não cuidando, portanto, da medida jurisdicional de manter a prisão após o controle de sua legalidade -- JOSÉ FREDERICO MARQUES afirma ter a “prisão em flagrante destacado aspecto de medida cautelar. Com a captura (...) do réu, (...) garantida fica a colheita imediata de provas e elementos de convicção sobre a prática do crime”.³⁷

FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, por sua vez, afirma a mesma natureza jurídica para a prisão em flagrante, sublinhando, além disso, que se trata de uma *forma administrativa* de tutela *cautelar*:

Inobstante se trate de medida cautelar, o ato de prender em flagrante não passa de simples ato administrativo levado a efeito,

que, diante da possível fuga do acusado, pelo temor da condenação, venha a ser frustrada a futura execução da sanção punitiva (...)”.

³⁵. “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”.

³⁶. “Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”.

³⁷. MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1965, v. 4, p. 62.

grosso modo, pela Polícia Judiciária, incumbida que é de zelar pela ordem pública. Pouco importa a qualidade do sujeito que efetive a prisão. É sempre um ato de natureza administrativa. Se for o particular, ainda assim continua sendo um ato administrativo, e o cidadão estará exercendo um direito subjetivo público de natureza política.³⁸

No mesmo sentido, enfatizando a *natureza administrativo-cautelar* da prisão em flagrante, pronunciam-se JULIO FABBRINI MIRABETE,³⁹ ROGÉRIO LAURIA TUCCI⁴⁰ e FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO.⁴¹

Entre os autores italianos, é comum definição do *arresto in flagranza* (prisão em flagrante) como algo menos que uma *medida cautelar*. ARTURO SANTORO, por exemplo, define a prisão realizada pela polícia como uma *medida cautelar provisória*, enquanto a manutenção do imputado em cárcere, após sua prisão pela polícia,

³⁸. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 424.

³⁹. MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo penal. São Paulo: Atlas, 1991, p. 354: “A prisão em flagrante é um ato administrativo, (...) uma medida cautelar de natureza processual que dispensa ordem escrita e é prevista expressamente pela Constituição Federal (...)”.

⁴⁰. TUCCI, Rogério Lauria. Flagrante delito. In: Ciência Penal. Belo Horizonte-Rio de Janeiro: Forense, 1979, n. 1, p. 75: “É corrente, na doutrina processual penal, que a prisão em flagrante delito representa, paralelamente à coação cautelar pessoal por excelência, a expressão mais viva da notícia do crime ao agente estatal da persecução penal”.

⁴¹. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 423-424: “A prisão em flagrante inclui-se entre as prisões cautelares de natureza processual. (...) preso o cidadão em flagrante, torna-se mais fácil a colheita das provas a respeito da materialidade e autoria e, de conseguinte, não haverá maiores dificuldades em se atingir a verdade material”.

seria uma *medida cautelar* propriamente dita.⁴² Para FRANCO CORDERO, o *arresto in flagranza* (assim como o *fermo di indiziato in reato*, equivalente à *prisão temporária*, existente no Brasil) é uma *subcautela*. Explica o referido autor porque qualifica esses institutos dessa maneira:

*Arresto in flagranza e fermo (...) preludono a eventuali misure coattive sulla persona, delle quali garantiscono l'esecuzione: sono dunque cautele mediate; ed essendovi svolti poteri non giurisdizionali, hanno effetti labili, misurati a ore: convalidati o no, decadono, eventualmente sommersi nella misura disposta dal giudice a richiesta del pubblico ministero.*⁴³

GILBERTO LOZZI escreve que o *arresto in flagranza* e o *fermo di indiziato in reato* são “*misure restrittive della libertà personale che costituiscono sostanzialmente una anticipazione delle misure cautelari disposte dal giudice e che, per questa ragione, possono definirsi misure precautelari*”.⁴⁴

A explicação desse entendimento é que, na Itália, a prisão em flagrante não se prolonga no tempo. Para que o imputado continue encarcerado, muda o *título* da prisão. Malgrado essa diferença normativa, outro autor italiano, LEONARDO FILIPPI, concede ao

⁴². SANTORO, Arturo. Manuale di diritto processuale penale. Turim: UTET, 1954, p. 487.

⁴³. CORDERO, Franco. Procedura penale. Milão: Giuffrè, 1991, p. 448. Tradução livre: “Prisão em flagrante e *fermo* prelidam eventuais medidas coativas sobre a pessoa, cujas execuções garantem: são, portanto, cautelares mediatas; sendo produto de poderes não-jurisdicionais, têm efeitos frágeis, limitados a horas: convalidados ou não, decaem, eventualmente submersos na medida determinada pelo Juiz a requerimento do Ministério Público”.

⁴⁴. LOZZI, Gilberto. Lezione di procedura penale. 2. ed., Turim: G. Giappichelli, 1995, p. 216. Tradução livre: “medidas restritivas da liberdade pessoal que constituem substancialmente uma antecipação das medidas cautelares dispostas pelo juiz e que, por essa razão, possam ser definidas medidas pré-cautelares”.

arresto in flagranza a natureza de *medida cautelar*.⁴⁵

Quanto à natureza jurídica da decisão jurisdicional de manter a prisão em flagrante, após o controle de sua legalidade, pronuncia-se AFRANIO SILVA JARDIM:

A natureza cautelar da prisão em flagrante.

Difícil era enquadrar tal espécie de prisão dentre as chamadas medidas cautelares penais. Até o ano de 1977, preso o agente em razão de flagrante, deveria necessariamente assim aguardar o julgamento, salvo nos casos em que o código permitia livrar-se solto ou que, através do instituto da fiança, quando cabível, fosse deferida a sua liberdade provisória. (...) após a reforma da Lei n. 6.416/77, passou ela [refere-se à manutenção da prisão em flagrante] a depender do efetivo *periculum in mora*. Em outras palavras, a sua manutenção ficará condicionada a um criterioso juízo de necessidade, tornando visível a sua condição de verdadeira medida cautelar.⁴⁶

Entendem que é *cautelar* a decisão de manter a prisão em flagrante, em caráter preventivo, depois que o controle jurisdicional de sua legalidade formal e substancial resultar positivo, ADA PELLEGRINI GRINOVER,⁴⁷ GERALDO BATISTA DE SIQUEIRA,⁴⁸

⁴⁵. FILIPPI, Leonardo. L'arresto in flagranza nell'evoluzione normativa. Milão: Giuffrè, 1990, p. 54-64.

⁴⁶. JARDIM, Afranio Silva. Visão sistemática da prisão provisória no Código de Processo Penal. In: JARDIM, Afranio Silva. Direito processual penal: estudos e pareceres. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 366-367.

⁴⁷. GRINOVER, Ada Pellegrini. A nova lei processual penal. In: COSTA JÚNIOR, Paulo José e GRINOVER, Ada Pellegrini. A nova lei penal e A nova lei processual penal: comentários à Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 103.

⁴⁸. SIQUEIRA, Geraldo Batista de. Audiência do Ministério Público no auto de prisão em flagrante: Lei n. 6.416. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos

WEBER MARTINS BATISTA,⁴⁹ PAULO LÚCIO NOGUEIRA,⁵⁰ ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO,⁵¹ SÉRGIO DE OLIVEIRA MÉDICI⁵² e FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO.⁵³

Tribunais, 1984, n. 579, p. 279 e *in*: Estudos de direito e processo penal. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 160-161: “Recebido o auto de prisão em flagrante, a autoridade judiciária deverá prover a jurisdição de cognição cautelar, pronunciando-se acerca dos requisitos formais da custódia, mantendo-a ou relaxando-a (...)”.

⁴⁹. BATISTA, Weber Martins. Liberdade provisória: modificações da Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 60: “Tal como já acontecia com a prisão preventiva, em sentido estrito, a prisão em flagrante não será mantida ‘se não for indispensável para garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal’ (...)”.

⁵⁰. NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Curso completo de processo penal. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1990, p. 215: “Ultimamente, a subsistência do flagrante só ocorre quando presentes os *requisitos da prisão preventiva*, de acordo com a nova redação do parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal, dada pela Lei n. 6.416, de 1977 (...)”.

⁵¹. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Presunção de inocência e prisão cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 64: “(...) no sistema brasileiro vigente (...) a custódia cautelar pode derivar do flagrante (...); nesses casos, a prisão depende de prova da existência de fato típico e indícios de autoria (*fumus boni iuris*), desde que a medida seja necessária para garantir da ordem pública, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal”.

⁵². MÉDICI, Sérgio de Oliveira. Aspectos da prisão em flagrante. *In*: Fascículos de Ciências Penais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, a. 6, v. 6, n. 3, p. 51: “(...) não se pode negar a cautelaridade da prisão em flagrante, a única das prisões cautelares que se efetiva sem mandado judicial”.

⁵³. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 423-424: “A prisão em flagrante inclui-se entre as prisões cautelares de natureza processual. (...) se o encarceramento do cidadão for necessário (e ele o será se presente uma das condições para a decretação da prisão preventiva), continuará preso, em face do *periculum libertatis*”.

1.3. A prisão decorrente de pronúncia

Dispõe o § 1º do artigo 408 do Código de Processo Penal⁵⁴ que uma consequência da decisão de pronúncia é a prisão do réu pronunciado. Se estiver ele preso quando da prolação da medida, a consequência será sua manutenção na prisão; se estiver solto, será providenciada sua captura. Uma vez preso, salvo no caso das infrações afiançáveis, será mantido nessa condição até o julgamento pelo Tribunal do Júri.

É o que ensina VICENTE DE PAULO VICENTE DE AZEVEDO:

Nos processos da competência do júri, à instrução criminal segue-se a pronúncia do acusado. Da pronúncia deve o réu ser intimado pessoalmente. Acontece que quase todos os crimes da competência do júri são inafiançáveis; segue-se daí que intimação pessoal da pronúncia corresponde à prisão. Prisão por culpa formada corresponde, portanto, à prisão em consequência da pronúncia.⁵⁵

Na análise da prisão decorrente de pronúncia, a doutrina do processo penal brasileiro se divide. Para alguns autores, como JOSÉ FREDERICO MARQUES, a prisão decorrente da pronúncia -- também dita: prisão decorrente da formação da culpa -- tem *natureza cautelar*:

A prisão em virtude de pronúncia também se filia à prisão cautelar. (...). No entanto, sua duração é permitida em espaço de tempo bem dilatado pelas normas processuais em vigor, sendo que antigamente, quando o assunto vinha focalizado, de modo imediato e direto, por

⁵⁴. “Na sentença de pronúncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu, recomendá-lo-á na prisão em que se achar, ou expedirá as ordens necessárias para sua captura”. Essa redação foi determinada pela Lei n. 9.033, de dois de maio de 1995.

⁵⁵. AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de. Curso de direito judiciário penal dado na Faculdade Paulista de Direito. São Paulo: Saraiva, 1958, v. 2, p. 113.

mandamentos constitucionais, o próprio texto de tais normas admitia a legalidade da permanência sob custódia quando houvesse culpa formada.

A sentença de pronúncia -- como todas as decisões cautelares, se assenta no *fumus boni juris*. Por ser provável a condenação do indiciado é que o juiz o pronuncia.

(...) Mas a pronúncia não resulta de apreciação sumária e de plano, com base em elementos de convicção muitas vezes até extrajudiciais (como ocorre, *v. gratia*, na prisão preventiva), e sim, de todo um procedimento especial para exame da imputação contida na denúncia, e que se denomina de formação da culpa, ou de instrução preliminar (...).

Essa a razão pela qual o réu pode ficar legitimamente detido, embora não haja, ainda, sentença condenatória que o declare infrator da lei penal.⁵⁶

Para esses autores, a natureza *cautelar* da prisão decorrente da pronúncia tem, por assim dizer, caráter autônomo. Explique-se: a pronúncia é cautelar em si mesma, independentemente da utilização de requisitos de qualquer outra medida de urgência. Essa “autonomia” decorre da legitimidade que tal espécie de prisão apresenta. Para esses autores, obviamente, nenhuma irregularidade -- nem de ordem constitucional, nem de ordem lógica -- há no fato de a pronúncia ter como consequência natural a prisão do réu.

JULIO FABBRINI MIRABETE também dá à prisão decorrente de pronúncia caráter autônomo. E o faz para defendê-la da imputação de inconstitucionalidade:

A *prisão processual*, também chamada de provisória, é a prisão cautelar, em sentido amplo, incluindo (...) a prisão decorrente de pronúncia. (...).

⁵⁶. MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1965, v. 4, p. 83-84.

Ao pronunciar o réu, o juiz “recomenda-lo-á na prisão em que se achar, ou expedirá as ordens necessárias para sua captura” (art. 408, § 1º, *in fine*). A prisão decorrente da pronúncia constitui, portanto, efeito natural e necessário que deriva desse ato judicial, como tem se decidido no Supremo Tribunal Federal (...). Não a obsta o princípio do estado de inocência consagrado no artigo 5º, inc. LVII, da Constituição Federal de 1988. A Carta Magna não veda a decretação de qualquer espécie de prisão provisória, entre elas a decorrente da pronúncia, e não autoriza indiscriminadamente a liberdade do acusado durante a ação penal. Quando se refere no artigo 5º à prisão em flagrante ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente (inc. LXI) e à liberdade provisória, quando a lei a admitir (inc. LXVI), a evidência permite o recolhimento à prisão durante o processo quando houver previsão legal.⁵⁷

Manifesta esse entendimento ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO,⁵⁸ entre outros.⁵⁹

De outro lado, baseados, principalmente, na redação atual do § 2º do artigo 408 do Código de Processo Penal,⁶⁰ -- precisamente o dispositivo que deu origem à Lei n. 5.941, de 22 de novembro de 1973 -- posicionam-se os autores que não dão à prisão decorrente da

⁵⁷. MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo penal. São Paulo: Atlas, 1991, p. 464.

⁵⁸. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Presunção de inocência e prisão cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 64: “(...) têm natureza acautelatória as prisões decorrentes da pronúncia (...), que se subordinam a requisito de ordem subjetiva, ou seja, ao fato de não ser o réu primário ou não possuir bons antecedentes”.

⁵⁹. Cf. BARAÚNA, José Roberto. Lições de processo penal. 2. ed., São Paulo: José Bushatsky, 1979, p. 157 e NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Curso completo de processo penal. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1990, p. 209.

⁶⁰. “Se o réu for primário e de bons antecedentes, poderá o juiz deixar de decretar-lhe a prisão ou revogá-la, caso já se encontre preso”.

pronúncia, isoladamente considerada, a natureza *cautelar*. Fazem-no através do seguinte raciocínio: a prisão pode ser uma consequência da pronúncia, mas não exclusivamente; para ser legítima, é mister que com ela ocorram quaisquer dos requisitos necessários à decretação da prisão preventiva.

VICENTE GRECO FILHO sintetiza essa posição da seguinte maneira:

A pronúncia por crime inafiançável (...) não sendo concedido o regime aberto, deveria acarretar a ordem de prisão. Todavia, o art. 408, § 2º (...) autoriza(...) a não-expedição do mandado de prisão se o acusado for primário e de bons antecedentes.

Isso significa que, se o acusado não for primário e de bons antecedentes, há presunção da necessidade da prisão, mas (...) essa presunção não é absoluta, mormente após a consagração da presunção de inocência na Constituição da República.

Em sentido oposto, se o acusado é primário e de bons antecedentes, tem direito à liberdade. Os textos legais utilizam o termo “pode”, mas se presentes os pressupostos não há discricionariedade na decisão do juiz, apesar da existência de alguns pronunciamentos judiciais em contrário. O que se precisa observar é que a primariedade e os bons antecedentes não são os requisitos únicos para a concessão da liberdade para se aguardar o julgamento pelo júri, no caso de pronúncia, ou o julgamento da apelação, no caso de sentença condenatória.

Além da primariedade e dos bons antecedentes, é necessário que não exista motivo para a preventiva, porque se a liberdade ofender a ordem pública ou colocar em risco a aplicação da pena não será deferida. (...).

A recíproca é verdadeira? Ou seja, estando o réu solto até a pronúncia ou a sentença terá necessariamente o direito à liberdade se for primário e de bons antecedentes?

Entendemos que não necessariamente. Em duas situações, mesmo tendo estado solto até a pronúncia ou a sentença, é caso da prisão

por força delas: primeiro, na hipótese de o motivo de preventiva surgir com a pronúncia (...) ou a partir dela, como ocorre, por exemplo, se nasce o risco de tornar-se o acusado foragido ou se passa ele a ameaçar os jurados: em segundo lugar, nas hipóteses legais que exigem o recolhimento à prisão para recorrer, naqueles crimes a que a Constituição impõe maior rigor, como o de tráfico de entorpecentes, racismo e os considerados hediondos.⁶¹

São desse parecer ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS,⁶² WEBER MARTINS BATISTA,⁶³ HERMÍNIO ALBERTO MARQUES PORTO,⁶⁴ AFRANIO SILVA JARDIM⁶⁵ e FERNANDO DA COSTA

⁶¹. GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 246-247.

⁶². BARROS, Romeu Pires de Campos. Processo penal cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 266: “(...) o que se pode dizer da prisão em virtude de sentença de pronúncia, é que esta é também uma cautela de natureza pessoal, somente imposta no caso de absoluta necessidade, desde que ocorra o *periculum in mora*. Mas, se o réu pronunciado já se encontra preso (em virtude de flagrante ou prisão preventiva) impõe-se nova cognição cautelar, em consideração à prova colhida durante o sumário de culpa, no sentido de averiguar a persistência dos motivos que ocasionaram a medida, devendo isso constar da fundamentação da sentença de pronúncia”.

⁶³. BATISTA, Weber Martins. Liberdade provisória: modificações da Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977. 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1985, p. 11.

⁶⁴. PORTO, Hermínio Alberto Marques. Júri: procedimento e aspectos do julgamento: questionários. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 87-92: “Tendo sido, durante a instrução antecedente à decisão de pronúncia, ou na fase do inquérito, decretada a prisão preventiva, (...) e, tendo sido revogada a medida, nada justifica, (...) salvo se presentes elementos novos, a imposição, na pronúncia, de prisão cautelar”.

⁶⁵. JARDIM, Afranio Silva. Visão sistemática da prisão provisória no Código de Processo Penal. In: JARDIM, Afranio Silva. Direito processual penal: estudos e pareceres. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 373: “Após a reforma a que acabamos de nos referir [trata-se da implementada pela Lei n. 5.941/73] a prisão resultante de pronúncia ganhou maior identidade com as medidas cautelares (...)”.

TOURINHO FILHO.⁶⁶

1.4. A prisão decorrente de sentença condenatória recorrível

A Teoria Geral dos Recursos afirma que é inerente ao sistema que o recurso de apelação tenha *efeito suspensivo*,⁶⁷ pois é o recurso posto pelo ordenamento como remédio à decisão final, que põe termo à incerteza sobre o caso, possibilitando a execução do norma jurídica concreta. Pela mesma razão, *a contrario sensu*, o *efeito suspensivo* é negado aos recursos interpostos das decisões interlocutórias: porque elas não possibilitam, de regra, a execução das providências pedidas pelo autor ou pelo réu.

Nos primeiros anos após a edição do Código de Processo Penal de 1941, jamais se discutiu a legitimidade da prisão decorrente da sentença condenatória recorrível. Principalmente, jamais se viu dificuldade em conciliar o fato de que a apelação da sentença

⁶⁶. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Prática de processo penal. 16. ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 144: “A nós parece que o pronunciado, tenha ou não bons antecedentes, seja ou não primário, tem o direito de aguardar em liberdade o julgamento pelo Tribunal do Júri, a não ser que seu recolhimento à prisão seja necessário. E ele o será, se presente estiver uma das condições que autorizam a prisão preventiva”.

⁶⁷. Cf., a respeito da expressão “efeito suspensivo”, a advertência de MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 166-167 “*Efeito suspensivo*: Consiste este efeito, que não se confunde com o acima indicado [refere-se ao *efeito devolutivo*, comum a todos os recursos, “desde que admissíveis”] em fazer *subsistir* o óbice à manifestação da eficácia da decisão. A interposição não faz *cessar* efeitos que já se estivessem produzindo: apenas *prolonga* o estado de ineficácia em que se encontrava a decisão, pelo simples fato de estar sujeita à impugnação através do recurso. A denominação “efeito suspensivo”, por isso, apesar de tradicional, é a rigor inexata”.

condenatória tinha efeito suspensivo, como regra, embora esse efeito não existisse para as principais conseqüências da sentença. ANTÔNIO LUIZ DA CÂMARA LEAL, por exemplo, escreve sobre o assunto, sem levantar qualquer polêmica:

A sentença condenatória, posto que recorrível, e embora a apelação tenha efeito suspensivo (art. 597), produzirá desde logo os seus efeitos:

- a) em relação à prisão, a que fica o réu sujeito;
- b) em relação ao lançamento do nome do réu no rol dos culpados;
- c) em relação à aplicação provisória de interdições de direitos e medidas de segurança;
- d) em relação à suspensão condicional da pena.

Por isso, condenado o réu, embora apele da sentença, deverá ser preso se o crime for afiançável, ou se não prestar fiança, quando afiançável; conservando-se na prisão, se já estiver preso, enquanto não prestar fiança, sendo esta permitida. E seu nome será lançado no rol dos culpados, em livro especialmente destinado a esse fim.⁶⁸

O seguinte trecho de VICENTE DE PAULO VICENTE DE AZEVEDO, escrito no final da década de 50, demonstra a paz então reinante na doutrina do processo penal brasileiro a respeito do tema:

A principal conseqüência da apelação em relação à sentença é evitar que ela passe em julgado e, em conseqüência, firme coisa julgada no crime, seguindo-se a execução. *Mas, embora não definitiva, a sentença apelada produz seus efeitos, o que é curial, uma vez que traduz manifestação da justiça.*

Nos processos da competência do juiz singular o réu pode permanecer em liberdade até a prolatação da sentença. Se esta for condenatória, é expedido o mandado de prisão e, cumprido o mandado, o réu é intimado da sentença, começando a fluir o prazo

⁶⁸. LEAL, Antônio Luiz da Câmara. Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro. Rio de Janeiro-São Paulo: Freitas Bastos, 1942, v. 3, p. 27-28.

para a interposição da apelação.

São efeitos da sentença condenatória recorrível ser o réu preso, ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis, enquanto não prestar fiança; ser o seu nome lançado no rol dos culpados (...).⁶⁹⁻⁷⁰

Essa placidez da doutrina do processo penal brasileiro dos albores do Código de Processo Penal de 1941 é explicável, em parte, tendo em vista um raciocínio analógico. Se havia a prisão provisória com culpa formada, nada mais natural que se sustentasse a legitimidade da prisão decorrente da condenação recorrível. Afinal, o juízo decorrente de uma pronúncia é menos seguro e menos profundo do que o juízo que decorre de uma sentença condenatória. Se a prisão é perfeitamente válida para a culpa formada, com muito mais razão o será para a condenação, ainda que recorrível.

O panorama começou a mudar quando os autores do processo penal brasileiro passaram a se preocupar com a análise da natureza jurídica da prisão que se seguia à condenação recorrível. Antes disso, porém, vê-se que INOCÊNCIO BORGES DA ROSA como que havia intuído a discussão que posteriormente ocorreria, afirmando que “a prisão, em virtude de sentença condenatória, é preventiva, enquanto a sentença não tiver passado em julgado;

⁶⁹. AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de. Curso de direito judiciário penal dado na Faculdade Paulista de Direito. São Paulo: Saraiva, 1958, v. 2, p. 319-320 [o grifo não consta do original].

⁷⁰. Cf., outrossim, ROSA, Inocência Borges da. Comentários ao Código de Processo Penal. 3. ed., atualizada por Angelito A. Aiquel. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 426: “A prisão, em virtude de sentença condenatória, é preventiva, enquanto a sentença não tiver passado em julgado; esgotados os recursos ordinários, converte-se em definitiva”.

esgotados os recursos ordinários, converte-se em definitiva”.⁷¹

ADA PELLEGRINI GRINOVER, por exemplo, escreveu o seguinte:

A prisão provisória, de natureza cautelar (...) assume em nosso ordenamento jurídico três modalidades: a prisão em flagrante, a prisão preventiva e a prisão em consequência de pronúncia. Já a prisão em virtude de sentença condenatória recorrível liga-se ao problema da execução provisória da sentença, nem por isso perdendo sua natureza acautelatória.⁷²

FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, por sua vez, escrevendo pouco depois da promulgação da Constituição brasileira de 1988, após salientar o caráter *cautelar* de toda forma de prisão processual, afirmou que “a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível nem chega a ser precautória nem prisão-sanção. É um misto de sanção e cautela”.⁷³

Contudo, é AFRANIO SILVA JARDIM quem, embora ainda aceitando a natureza *cautelar* da prisão preventiva, da prisão em flagrante e da prisão decorrente de pronúncia⁷⁴ -- acatando, portanto, a parte mais relevante das lições da doutrina majoritária -- propõe uma solução diversa e juridicamente mais coerente quanto à

⁷¹. ROSA, Inocêncio Borges da. *Idem*, p. 426.

⁷². GRINOVER, Ada Pellegrini. A nova lei processual penal. In: COSTA JÚNIOR, Paulo José da e GRINOVER, Ada Pellegrini. A nova lei penal e a nova lei processual penal: comentários à Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 103.

⁷³. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 11. ed., São Paulo: Saraiva, 1989, v. 3, p. 438. O trecho transcrito foi suprimido da 18ª edição, de 1997.

⁷⁴. JARDIM, Afranio Silva. Visão sistemática da prisão provisória no Código de Processo Penal. In: Direito processual penal: estudos e pareceres. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 353-388.

prisão decorrente de sentença condenatória recorrível. Escreve ele, à guisa de conclusão de um estudo que fez a respeito do tema:

- a) A prisão em decorrência de sentença penal condenatória recorrível não apresenta as características essenciais às medidas cautelares;
- b) Tal prisão, sendo efeito da sentença condenatória que aprecia o mérito da pretensão punitiva, tem a indisfarçável natureza de tutela satisfativa, ainda que submetida a condição resolutive.⁷⁵⁻⁷⁶

Sua posição é, até o momento, virtualmente isolada dentro da doutrina do processo penal brasileiro, embora seja, conforme ver-se-á adiante, a mais coerente.

Dentre os processualistas penais brasileiros modernos, há diversos que sustentam a natureza *cautelar* da prisão decorrente de sentença condenatória recorrível.

Há diferenças, obviamente, entre o pensamento de cada um deles. Para ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, por exemplo, “têm natureza acautelatória as prisões decorrentes (...) da sentença

⁷⁵. JARDIM, Afrânio Silva. A prisão em decorrência de sentença penal condenatória recorrível. In: Direito processual penal: estudos e pareceres. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 408.

⁷⁶. Expressamente contrário a essa opinião manifesta-se GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 232-233, nota 2: “Afrânio da Silva Jardim, no trabalho A prisão em decorrência de sentença penal condenatória recorrível, *Direito processual penal*, cit., p. 390-409, sustenta que a prisão por sentença condenatória recorrível não tem natureza cautelar, mas é satisfativa, como antecipação da execução. A despeito, porém, dos argumentos apresentados e da finalidade da proposta, qual seja, a de se antecipar o regime penitenciário (aliás, posição coincidente com a que sustentamos em Congresso de Direito Penitenciário na década de 70), a idéia da antecipação da execução nos parece incompatível com a presunção de inocência instituída pela Constituição de 1988. Cremos que, sem prejuízo de se pensar em tratamento penitenciário antecipado, como se fosse prisão pena, é possível continuar sustentando sua natureza cautelar (...)”.

condenatória recorrível, que se subordinam a requisito de ordem subjetiva, ou seja, ao fato de não ser o réu primário ou não possuir bons antecedentes”.⁷⁷

JULIO FABBRINI MIRABETE, entende que a prisão decorrente da sentença condenatória recorrível é *cautelar* desde que se refira a acusado primário e de bons antecedentes. Nesse caso, haverão de conjugar os requisitos da tutela *cautelar* para decretar-lhe a prisão.

(...) não obstante o reconhecimento da primariedade e dos bons antecedentes do réu condenado, pode o juiz negar a liberdade provisória desde que demonstre base segura para tal decisão, como reconhecendo que está caracterizada, *v.g.*, a periculosidade do agente e evidenciadas as graves conseqüências do crime (...) ou que exista qualquer das hipóteses que autorizariam a decretação da prisão preventiva.⁷⁸

Já ROGÉRIO LAURIA TUCCI,⁷⁹ LEÔNIDAS RIBEIRO SCHOLZ,⁸⁰

⁷⁷. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Presunção de inocência e prisão cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 64.

⁷⁸. MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. São Paulo: Atlas, 1991, p. 621.

⁷⁹. TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 414: “(...) a vigente Carta Magna de nossa República Federativa (...) permite, não só a *prisão em flagrante delicto*, com as cautelas especificadas nos incs. XI, XLIX, LVI, LVIII, LXII, LXIII e LXIV do mesmo art. 5º, bem como a *temporária* e a *preventiva*, desde que calcadas em ordem escrita e fundamentada de órgão jurisdicional competente (...); e, (...) conseqüentemente, essa é a única interpretação que se coaduna com o enunciado da Súmula n. 09 do Superior Tribunal de Justiça, a saber: ‘A exigência de prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência’”.

⁸⁰. SCHOLZ, Leônidas Ribeiro. A sentença penal condenatória e a prisão do acusado. In: Fascículos de ciências penais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, ano 4, v. 4, n. 1, p. 33: “(...) a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, ante a consagração constitucional expressa da presunção de inocência ou, se se preferir, do estado de não-culpabilidade, pouco importa, não pode ser concebida senão como

ODONE SANGUINÉ⁸¹ e JOSÉ ANTONIO PAGANELLA BOSCHI,⁸² sustentam que a prisão decorrente da condenação do réu é sempre *cautelar*, no sentido, segundo esse entendimento, de que está sempre submetida à ocorrência de qualquer das hipóteses autorizadas da prisão preventiva.

1.5. A prisão temporária

Nas obras da doutrina do processo penal brasileiro, pesquisadas para o presente estudo, a maior parte das manifestações foi no sentido da natureza cautelar da *prisão temporária*.

Escreveu JULIO FABBRINI MIRABETE que se trata de “medida acauteladora, de restrição da liberdade de locomoção, por tempo determinado, destinada a possibilitar as investigações a respeito de

medida de natureza cautelar. Como tal, sujeita-se, para legitimar-se, aos correspondentes requisitos e pressupostos, formais e substanciais, além de não poder alçar-se à condição de admissibilidade do recurso do sentenciado”.

⁸¹. SANGUINÉ, Odone. Prisão provisória e princípios constitucionais. In: Fascículos de ciências penais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992, ano 5, v. 5, n. 2, p. 120: “Se o imputado estava solto, em princípio, terá o direito de permanecer em liberdade, mesmo (...) condenado por sentença recorrível, em virtude do princípio de presunção de inocência. Dissemos em princípio porque, mesmo primário e de bons antecedentes, se o juiz verificar qualquer hipótese legítima de prisão cautelar (...) seria cabível a prisão provisória, mas com finalidade cautelar, por outros fundamentos legais”.

⁸². BOSCHI, José Antonio Paganella. O trânsito em julgado da sentença criminal condenatória. In: Fascículos de ciências penais: sentença penal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, ano 6, v. 6, n. 4, p. 27: “(...) qualquer ordem de prisão -- desvestida do caráter da cautelaridade -- para o cumprimento da sanção reconhecida na sentença condenatória não só viola o princípio da presunção de inocência como também acarreta o potencial risco de constrangimento não reparável patrimonialmente”.

crimes graves, durante o inquérito policial”.⁸³

Embora não mencione a natureza cautelar, essa qualidade exsurge do seguinte trecho de VICENTE GRECO FILHO:

(...) a idéia da prisão temporária é exatamente a utilidade para as investigações e a necessidade, imposta pela ordem pública, de imediata e eficaz reação social à prática de crimes repulsivos. Se inexistirem essas situações não há razão de sua decretação. (...) Pode-se dizer que a prisão temporária é uma antecipação da prisão preventiva; tem requisitos menos rigorosos que ela, mas não será decretada se manifestamente não se decretaria aquela.⁸⁴

FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO também se manifesta no sentido da natureza cautelar da *prisão temporária*, embora afirme que se trata de medida “supinamente inconstitucional”.⁸⁵⁻⁸⁶

⁸³. MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo penal. São Paulo: Atlas, 1991, p. 374.

⁸⁴. GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. São Paulo: Saraiva, 1991, p. Atlas, 1991, p. 241.

⁸⁵. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 390-391: “Ao lado da prisão em flagrante, da prisão preventiva, da prisão resultante de pronúncia e da prisão resultante de sentença penal condenatória recorrível, instituiu-se, após o advento da liberal Constituição de 1988, outra modalidade de prisão: a ‘prisão temporária’. Como se trata de prisão decretada antes da sentença condenatória, ela se inscreve na modalidade de ‘prisão cautelar’, mesmo sem o *fumus boni juris* e até mesmo o *periculum in mora*... Toda e qualquer prisão somente poderá ser decretada pelo Juiz [SIC]. E esta 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 condenatória, elevado a dogma constitucional, não faz sentido restringir-se a liberdade ambulatoria do cidadão sem a demonstração de sua real necessidade. Sob esse aspecto, ela é supinamente inconstitucional”.

⁸⁶. Cf., no mesmo sentido, CASCALDI, Rui. Prisão temporária: inconstitucionalidade. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, n. 667, p. 257-261.

Há outras manifestações doutrinárias no sentido da *natureza cautelar da prisão temporária*.⁸⁷

Para uma outra parte da doutrina brasileira do processo penal, a natureza cautelar da *prisão temporária* não emerge automaticamente, mas depende de certas operações hermenêuticas.

Para JOSÉ LIBERATO DA COSTA PÓVOA e MARCO ANTHONY STEVENSON VILLAS BOAS, por exemplo, a natureza cautelar da *prisão temporária* é meramente acidental; isto é, pode ela ser cautelar, desde que se conjuguem os requisitos dessa forma de tutela. Quando esses requisitos estão ausentes e mesmo assim a lei permite a decretação da medida, “deixa de caracterizar-se como medida cautelar e passa para o rol dos remédios jurídicos odiosos, despido de fundamento científico e humanístico”.⁸⁸

Concluem, então, que “a prisão temporária é uma medida judicial provisória e de cunho administrativo, pois apesar de ser decretada judicialmente, seu caráter é nitidamente inerente a um

⁸⁷. Cf. SPONHOLZ, Oto Luiz e BRENDA, Antonio Acir. Aspectos processuais da reforma da lei de segurança nacional. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, 1978, n. 59, p. 150; GONÇALVES, Alexandre Fernandes. A prisão temporária e seus aspectos controversos. In: R. Dout. Jurisp. Brasília: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, 1991, n. 37, p. 82; MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. Prisão temporária. In Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, n. 680, p. 325-327; RIBEIRO, Diulas Costa. Prisão temporária: (Lei 7.960, de 21.12.89): um breve estudo sistemático e comparado. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, n. 707, p. 271-275; MOISÉS, Jurandir J. Poder de polícia e prisão temporária. In: Bahia Forense. Salvador: Tribunal de Justiça, 1991, n. 34, p. 39-41; CRUZ, Rogerio Schietti Machado. Sessenta dias de prisão temporária. É razoável? In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, n. 718, p. 353 e AQUINO, José Carlos G. Xavier de e NALINI, José Renato. Manual de processo penal. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 226.

⁸⁸. PÓVOA, José Liberato da Costa e BOAS, Marco Anthony Steveson Villas. Prisão temporária. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 40.

poder de polícia administrativa balizado pelo juiz”.⁸⁹

Defende ponto de vista semelhante ANTONIO SCARANCE FERNANDES, para quem a natureza cautelar da *prisão temporária* depende de uma interpretação restritiva das normas que a instituíram. Escreve ele:

Considerando-se (...) que a prisão temporária só é decretada por juiz de direito, uma interpretação restritiva da Lei 7.960 coloca-a como forma de prisão cautelar, que se justificaria, em determinados casos, ante a urgência de certas providências para a eficiência da investigação policial.⁹⁰

Nas obras pesquisadas, localizaram-se diversas manifestações no sentido de que a *prisão temporária* tem, apenas eventualmente, natureza cautelar.⁹¹

⁸⁹. PÓVOA, José Liberato da Costa e BOAS, Marco Anthony Steveson Villas. *Idem*, p. 40.

⁹⁰. FERNANDES, Antonio Scarance. Prisão temporária e “fermo”: estudo comparativo. In: Justitia. São Paulo: Procuradoria-Geral de Justiça e Associação Paulista do Ministério Público, 1992, n. 157, p. 26 e in: Fascículos de Ciências Penais: penas e prisões. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992, a. 5, v. 5, n. 3, p. 83. O autor afirmou que a *prisão temporária* “só é decretada por juiz de direito”, o que é um equívoco: a prisão temporária pode, obviamente, ser decretada por Juiz Federal.

⁹¹. Cf. CASCALDI, Rui. Prisão temporária: inconstitucionalidade. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, n. 667, p. 257-261; CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. Prisões cautelares: o uso e o abuso. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, n. 703, p.267-269 e ANDRÉ, Patrícia dos Santos. Prisão temporária: medida cautelar para crimes leves? In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, n. 691, p. 396-398.

2. As medidas protetivas da liberdade do imputado

Segundo uma parte da doutrina processual penal, também pertencem ao gênero das medidas cautelares protetivas da liberdade do imputado todas as formas de *liberdade vinculada*, com ou sem fiança.

Baseado em TULLIO DELOGU e PIERO CALAMANDREI, advoga esse ponto de vista JOSÉ FREDERICO MARQUES, com os seguintes argumentos:

A liberdade provisória é medida de contracautela porque destinada a eliminar os danos ao direito de liberdade que poderiam originar-se da prisão cautelar. (...) Apresentando *caráter instrumental negativo*, em relação às medidas cautelares consubstanciadas na prisão provisória, ela se reveste, outrossim, da natureza de, *medida instrumental positiva*, como afirmação do *jus libertatis*. (...).

E por ser providência cautelar para assegurar a liberdade do réu, tem este o direito à tutela jurisdicional sobre a pretensão fundada na exigência de predominância de sua liberdade contra as medidas cautelares que o Estado possa exigir a fim de garantir o êxito do processo condenatório. Tal pretensão de liberdade tem por base, justamente, a exigibilidade do direito (d)e defender-se, o réu, solto, sendo que o *habeas corpus* constitui a garantia processual de maior relevo dentre as que se destinam a impedir lesões ao *status libertatis* assegurado pela liberdade provisória.⁹²

No mesmo sentido manifestam-se ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS,⁹³ ROGÉRIO LAURIA TUCCI⁹⁴ e WEBER MARTINS BATISTA⁹⁵

⁹². MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1965, v. 4, p. 115-116.

⁹³. BARROS, Romeu Pires de Campos. Processo penal cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 286: “(...) ela ocorre para evitar a prisão provisória ou a substituindo, afastando os efeitos prejudiciais dessa medida, melhor preservando o *status libertatis* do

e CÉLIO DE ARRUDA JÚNIOR.⁹⁶

Para esse primeiro grupo de autores, a *liberdade vinculada* tem natureza *cautelar*. Essa cautelaridade se manifesta como *contracautelaridade*, isto é, a *liberdade vinculada* é um “espelho” da prisão provisória, uma medida com a mesma natureza jurídica e destinada a obter a mesma finalidade da outra, com menos danos à pessoa do imputado.

Para uma outra parte dos processualistas penais brasileiros, não há esse rigor conceptual, e a *liberdade vinculada* é definida como um sucedâneo de quase todas as formas de *prisão provisória*. Esses autores não fazem menção a uma natureza jurídica cautelar da *liberdade vinculada*, não significando que a neguem.

JOSÉ ANTONIO PIMENTA BUENO⁹⁷ e GALDINO SIQUEIRA,⁹⁸

indiciado ou acusado, mas *assegurando*, por outra forma, o *processo de conhecimento condenatório a que está preordenada*” [o grifo não consta do original].

⁹⁴. TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 345: “(...) consubstancia-se em medida preventiva, *contracautelar*, concedida pela legislação processual penal ao suposto ou indigitado agente de atuação ou omissão tida como infringente de preceituação do direito material, ou seja, enquadrada no modelo legal (fato típico, antijurídico e culpável), e assecuratória de sua liberdade pessoal, física, numa parte ou em todo o transcorrer do procedimento instaurado para apurá-la”.

⁹⁵. BATISTA, Weber Martins. Liberdade provisória: modificações da Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977. 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1985, p. 41: “É a liberdade provisória uma medida cautelar em prol da liberdade pessoal do réu ou indiciado, no curso de procedimento -- como ensina Frederico Marques -- admitida para *fazer cessar* prisão legal do acusado, ou *para impedir* a detenção deste em casos em que o *carcer ad custodiam* é permitido”.

⁹⁶. ARRUDA JÚNIOR, Célio de. A liberdade provisória vinculada sem fiança face à Lei n. 6.416, de 1977. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, n. 28, p. 123-128.

que escreveram antes da vigência do atual Código de Processo Penal, estão entre esses autores. Quanto a estes, pode-se afirmar que desconheciam o próprio questionamento acerca de uma tutela cautelar, razão pela qual sequer consideraram tal hipótese.

Dentre os demais doutrinadores, que escreveram já sob a égide do Código de Processo Penal vigente, podem-se contar VICENTE DE PAULO VICENTE DE AZEVEDO,⁹⁹ E. MAGALHÃES NORONHA,¹⁰⁰ AFRANIO SILVA JARDIM,¹⁰¹ PAULO LÚCIO

⁹⁷. BUENO, José Antonio Pimenta. Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro. Edição anotada, atualizada e complementada por José Frederico Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959, p. 372: “Fiança é a permissão dada ao réu, em certos crimes, de conservar a sua liberdade, para no gozo dela tratar de seu livramento, mediante uma caução legal”.

⁹⁸. SIQUEIRA, Galdino. Curso de processo criminal brasileiro. 2. ed., São Paulo: Livraria Magalhães, 1930, p. 150: “Como temperamento necessário da prisão preventiva, as legislações modernas adotaram o instituto da liberdade provisória, já existente na Grécia e em Roma, isto é, a liberdade, mediante caução ou não, concedida ao indiciado para se ver processar”.

⁹⁹. AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de. Curso de direito judiciário penal. São Paulo: Saraiva, 1958, v 2, p. 120: “Desde que o direito penal tomou a orientação de considerar a privação da liberdade não como castigo, mas como meio de correção, de emenda do delinqüente; desde que a prática ensinou que a prisão por breve espaço de tempo é um mal, mal a evitar por toda forma, -- orientou-se o esforço dos penalistas no sentido de reduzir ao mínimo a prisão processual. Surge então o instituto da liberdade provisória”.

¹⁰⁰. NORONHA, E. Magalhães. Curso de direito processual penal. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1971, p. 171: “É a liberdade provisória temperamento ao rigor da custódia preventiva”.

¹⁰¹. JARDIM, Afranio Silva. Visão sistemática da prisão provisória no Código de Processo Penal. In: Direito processual penal: estudos e pareceres. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 379: “A liberdade provisória é um sucedâneo da prisão em flagrante válida e cria uma liberdade restrita, por isto que vinculada aos deveres processuais expressos no código”.

NOGUEIRA,¹⁰² e VICENTE GRECO FILHO,¹⁰³ entre outros.¹⁰⁴

Esses autores não afirmam a função cautelar da liberdade vinculada. Pode-se dizer, outrossim, que não “generalizam” a função cautelar para todas as formas de liberdade vinculada.

É o que ocorre, por exemplo, com JULIO FABBRINI MIRABETE.¹⁰⁵ Do pensamento desse autor tratar-se-á logo adiante.

Há, ainda, um terceiro grupo de autores, como FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO e HÉLIO TORNAGHI, para os quais a *liberdade vinculada, com ou sem fiança*, é um sucedâneo à prisão provisória e também uma *medida cautelar*. Aquele, por exemplo, raciocina que, “sendo a liberdade provisória um sucedâneo da prisão

¹⁰². NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Curso completo de processo penal. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1990, p. 241: “A liberdade provisória existe para evitar que o simplesmente acusado fique preso durante a instrução, aguardando julgamento (...)”.

¹⁰³. GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 247: “A liberdade provisória é a situação substitutiva da prisão processual. É o contraposto da prisão processual. Ou seja, se, de maneira antecedente, há fundamento para a prisão provisória, esta não se efetiva ou se relaxa se houver uma das situações de liberdade provisória”.

¹⁰⁴. Cf. FREITAS, Oscar Xavier de. A prisão em flagrante e a liberdade na nova lei. In: Justitia. São Paulo: Procuradoria-Geral da Justiça e Associação Paulista do Ministério Público, 1977, v. 97, p. 27-29; BARAÚNA, José Roberto. Lições de processo penal. 2. ed., São Paulo: José Bushatsky, 1979, p. 164.

¹⁰⁵. MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo penal. São Paulo: Atlas, 1991, p. 383: “Sabido que é um mal a prisão do acusado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, o direito objetivo tem procurado estabelecer institutos e medidas que assegurem o desenvolvimento regular do processo com a presença do imputado sem o sacrifício da custódia, que só deve ocorrer em casos de absoluta necessidade. Tenta-se assim conciliar os interesses sociais, que exigem a aplicação e a execução da pena ao autor do crime, e os do acusado, de não ser preso senão quando considerado culpado por sentença condenatória transitada em julgado. (...) Perante o direito pátrio vigente, esse instituto é a *liberdade provisória*, que substitui a custódia provisória, atual ou iminente, com ou sem fiança (...)”.

provisória, logo seu fundamento repousa na circunstância de que ela também assegura a presença do réu ao processo, sem o vexame, a humilhação ou mesmo o sacrifício do cárcere”.¹⁰⁶

É o que ocorre com HÉLIO TORNAGHI que, em primeiro lugar, define-a como “ato cautelar pelo qual se produz um estado de *liberdade vinculada* para os fins do processo penal”.¹⁰⁷ Para, depois, rematar:

A liberdade provisória é uma situação do acusado; situação paradoxal em que ele é, ao mesmo tempo, livre e vinculado. Livre de locomover-se, mas vinculado a certas obrigações que o prendem ao processo, ao juízo e, eventualmente, a um lugar determinado pelo juiz. (...). O instituto da liberdade provisória funda-se na *vantagem de substituir a prisão provisória* por outra providência que logre assegurar a presença do acusado *sem o sacrifício do encarceramento*.¹⁰⁸

Em todos os autores do processo penal brasileiro que não afirmam a natureza cautelar da liberdade vinculada, de forma genérica -- repita-se ainda uma vez -- ela também não é peremptoriamente negada. Pode-se dizer que não a aprofundam, e nisso reside a diferença entre eles e os que a afirmam.

¹⁰⁶. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 500.

¹⁰⁷. TORNAGHI, Hélio. Manual de processo penal. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, v. 2, p. 845 e ss. *apud* BARROS, Romeu Pires de Campos. Processo penal cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 288-289.

¹⁰⁸. TORNAGHI, Hélio. Curso de processo penal. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, v. 2, p. 102.

2.1. A liberdade independente de fiança

Nas obras pesquisadas para este trabalho, não há registro de autores que tenham se preocupado com a natureza jurídica da liberdade independente de fiança, ao menos separadamente das demais formas de liberdade processual.

É lícito pensar, pois, que esses autores, a respeito dos casos da ocorrência das infrações penais arroladas no artigo 321, inciso I, do Código de Processo Penal,¹⁰⁹ e no artigo 61 da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995,¹¹⁰ tenham-na como sucedâneo à prisão provisória, como *medida cautelar* ou como tendo ambos os caracteres.

2.2. A liberdade vinculada com fiança

A doutrina do processo penal brasileiro, que fora reticenciosa ao afirmar, genericamente, a natureza *cautelar* da liberdade vinculada *in genere*, é mais explícita ao afirmá-la, quando trata da *liberdade vinculada com fiança*.

Para JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA, que a caracteriza como um meio de *coação indireta*, “a fiança é um meio coativo de garantir a participação do réu na instrução, preliminar ou

¹⁰⁹. “Ressalvado o disposto no artigo 323, III e IV [refere-se ao imputado que já tenha sido definitivamente condenado por outro crime doloso e ao imputado vadio] o réu livrar-se-á solto, independentemente de fiança (...) no caso de infração, a que não for, isolada, cumulativa ou alternativamente, cominada pena privativa de liberdade”.

¹¹⁰. “Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 1 (um) ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial”.

definitiva, e na execução criminais”.¹¹¹

Segundo EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, a fiança é “uma caução, caução real e não garantia pessoal, consistente na entrega de valores”.¹¹² Quanto à sua finalidade -- que se confunde e ajuda a definir a natureza jurídica -- remata: “finalidade precípua da fiança é assegurar, ao juízo, a presença do acusado, quando se realizarem atos do inquérito, da instrução criminal ou do julgamento, e a sua imediata sujeição à pena que lhe for, porventura, aplicada”.¹¹³

Aqui, já está mais presente a idéia de *contracautela*, medida substitutiva da cautela principal e que, por razões de ordem lógica, conserva a mesma natureza daquela. Essa concepção fica clara no magistério de JOSÉ FREDERICO MARQUES:

A fiança criminal (...) é espécie de que a liberdade provisória constitui o gênero. Trata-se, pois, de contracautela destinada a impedir que a dilação do processo condenatório cause dano ao *ius libertatis*, de par com o caráter de sub-rogado cautelar da liberdade provisória”.¹¹⁴

JULIO FABBRINI MIRABETE, ao falar da liberdade vinculada, não afirmara sua natureza cautelar.¹¹⁵ Menciona-a, todavia, quando trata da *liberdade vinculada com fiança*. E o faz para sublinhar a natureza

¹¹¹. ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. Uma carta de seguro, em S. Paulo, concedida em 1872. In: Revista da Faculdade de Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1939, n. 35 (fascículo 1), p. 165.

¹¹². ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal brasileiro anotado. 3. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. 3, p. 487-488.

¹¹³. ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Idem*, p. 487-488.

¹¹⁴. MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1965, v. 4, p. 128-129.

¹¹⁵. MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo penal. São Paulo: Atlas, 1991, p. 383.

contracautelar da fiança:

A fiança é um direito subjetivo constitucional do acusado, que lhe permite, mediante caução e cumprimento de certas obrigações, conservar sua liberdade até a sentença condenatória irrecorrível. É um meio utilizado para obter a liberdade provisória: se o acusado está preso, é solto; se está em liberdade, mas ameaçado de custódia, a prisão não se efetua. É uma contracautela à prisão provisória, pois a substitui, destinada a impedir que a dilação do inquérito policial e do processo condenatório cause dano ao *jus libertatis* do indiciado ou réu e a assegurar a sua presença no processo e o pagamento de custas, do dano e da pena [de] multa.¹¹⁶

Afirmam a natureza cautelar da fiança, entre outros, INOCÊNCIO BORGES DA ROSA,¹¹⁷ PAULO LÚCIO NOGUEIRA¹¹⁸ e HÉLIO TORNAGHI.¹¹⁹

¹¹⁶. MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Idem*, p. 389.

¹¹⁷. ROSA, Inocêncio Borges da. Comentários ao Código de Processo Penal. 3. ed., atualizada por Angelito A. Aiquel. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 437: “A fiança tem os seguintes fins: 1º) admitir que o acusado se defenda, no gozo de sua liberdade; 2º) garantir a importância provável das custas do processo, até final julgamento; 3º) assegurar a indenização do dano e da multa, se o acusado for condenado”.

¹¹⁸. NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Curso completo de processo penal. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1990, p. 244: “A fiança visa assegurar a presença do acusado durante a tramitação do processo, já que sempre que for intimado deverá comparecer, assim como garantir o ressarcimento do dano e pagamento da multa, se condenado (CPP, art. 336) (...)”.

¹¹⁹. TORNAGHI, Hélio. Curso de processo penal. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, v. 2, p. 110: “A fiança, no Direito brasileiro, funciona não apenas como substitutivo da prisão provisória, mas, ainda, como sucedâneo da pena e como garantia do pagamento das custas e do dano patrimonial. Isso se deduz do estudo sistemático da lei. Em outras palavras: a fiança visa a assegurar a presença do acusado no processo, mediante sacrifício menor que o da prisão; mas também se destina ao pagamento de custas, ressarcimento do dano e pena de multa (art. 336). E serve ainda para não deixar fugir

Peculiar é o entendimento de ANTONIO SCARANCE FERNANDES a respeito do tema:

A fiança é referida muitas vezes como uma contracautela. O réu ou suspeito, preso em flagrante, seria colocado em liberdade mediante o pagamento de determinada importância, que assim faria cessar a cautela consistente na prisão provisória (...). Seria, portanto, contracautela porque caberia para afastar a cautela decorrente da prisão. Seria cautela originária quando atingisse o réu solto (...). Assim não nos parece. Não vemos muita razão para se falar em fiança como contracautela.

A fiança tem caráter cautelar, semelhante, em sua essência, à natureza das demais medidas cautelares relativas à liberdade do réu.¹²⁰

Esse autor raciocina com o princípio da *presunção de inocência* -- que, portanto, entende aplicar-se à questão do *status libertatis* do imputado -- para concluir que a liberdade é o estado normal do indiciado ou do acusado da prática de crime: daí ser a fiança uma cautela ao encarceramento. Voltar-se-á a tratar do assunto na segunda parte do presente trabalho, embora não se vislumbre grande relevância na mudança de foco da análise proposta por ANTONIO SCARANCE FERNANDES. Sublinhe-se, além disso, o equivocado entendimento que do princípio da *presunção de inocência* tem esse autor. Esse tema também será desenvolvido na segunda parte do presente trabalho.

totalmente impune o condenado à pena privativa de liberdade, se, fugindo, ele se furta ao cumprimento dela (art. 344)".

¹²⁰. FERNANDES, Antonio Scarance. A fiança criminal e a Constituição Federal. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, n. 670, p. 255-256.

2.3. A liberdade vinculada sem fiança

Valem aqui as mesmas observações feitas no item 2.1., acima. Nas obras pesquisadas, não se perceberam tratamentos diferenciados com relação à natureza jurídica da liberdade sem fiança, seja no caso da liberdade vinculada pela fiança, seja no caso da liberdade vinculada pelo compromisso escrito tomado ao imputado.

3. As medidas instrutórias de urgência

Para encetar um exame das medidas instrutórias de urgência, deve-se, primeiramente, tomar o magistério de JOSÉ FREDERICO MARQUES, para quem “as providências cautelares podem advir de processo de igual nome, ou resultar de atividade de ordem administrativa”.¹²¹

Para esse autor -- que, portanto, divide as medidas cautelares em *jurisdicionais* e *administrativas*¹²² -- é possível falar em medidas cautelares que não partem de ordem judicial, na medida em que “pode haver controle jurisdicional *a posteriori* para exame de sua adequação à lei e à ordem jurídica”.¹²³

Essas medidas, substancialmente assecurativas da atividade instrutória, prescindem de pronunciamento judicial para sua execução, embora correspondam a uma pretensão material à segurança.

Faz parte, outrossim, da concepção desse autor, a idéia de que

¹²¹. MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1965, v. 4, p. 16.

¹²². MARQUES, José Frederico. *Idem*, p. 16.

¹²³. MARQUES, José Frederico. *Ibidem*, p. 16.

o provimento cautelar caminha *pari passu* com a *ação cautelar*, presente no caso das *providências cautelares administrativas* e nas *providências cautelares jurisdicionais*, salvo quando ocorre o fenômeno da *jurisdição sem ação*, nos casos de concessão *ex officio* da *medida cautelar*.¹²⁴ Por fim, integra o pensamento desse jurista a concepção de que há um *processo penal cautelar*, ocorrente sempre que se tratar de providência cautelar de ordem jurisdicional.¹²⁵

Dentre as *medidas cautelares instrutórias jurisdicionais*, a doutrina do processo penal aponta ao menos duas: o depoimento *ad perpetuam rei memoriam*¹²⁶ e a *busca e apreensão* de elementos de prova decretada pela autoridade judiciária.¹²⁷

Mais adiante, tratar-se-á de cada uma delas, na visão da doutrina do processo penal brasileiro.

3.1. O inquérito policial

A natureza *cautelar* do inquérito policial é colocada em relevo por JOSÉ FREDERICO MARQUES:

¹²⁴. MARQUES, José Frederico. *Ibidem*, p. 16.

¹²⁵. MARQUES, José Frederico. *Ibidem*, p. 16.

¹²⁶. Artigo 225 do Código de Processo Penal: “Se alguma testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento”.

¹²⁷. Para, por exemplo, atender ao mandamento do inciso XI do artigo 5º da Constituição, que dispõe: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

(...) a violação da ordem jurídica através da prática de ilícito penal faz nascer para o Estado o *jus puniendi* e, concomitantemente, o *jus perseguendi*, uma vez que aquele é de coação indireta e só através do processo pode ser exercido.

Mas a dilação temporal, que a isto obrigam as vias processuais, dá a certos atos da *persecutio criminis* a natureza de verdadeira atividade cautelar. É o que ocorre (...) com a *investigação policial* e com as medidas procedimentais de *busca e apreensão* quando anteriores à constituição da instância.¹²⁸

HÉLIO TORNAGHI não afirma a natureza cautelar do inquérito policial, limitando-se a descrevê-lo como um procedimento “inquisitório, escrito e sigiloso”.¹²⁹ Contudo, percebeu essa natureza em algumas diligências a serem realizadas no bojo do inquérito policial, ao escrever: “*Providências cautelares* - Em sua função de auxiliar da Justiça, toma a polícia providências destinadas a resguardar a prova das infrações penais. Tais medidas estão minuciosamente apontadas nos ns. I a IX do art. 6º do Código de Processo Penal”.¹³⁰

JULIO FABBRINI MIRABETE limita-se a descrever o inquérito policial e a dar sua finalidade mais saliente, que é a de fornecer base para o exercício da ação penal:

Inquérito Policial é todo procedimento policial destinado a reunir elementos necessários à apuração da prática de uma infração penal e de sua autoria. Trata-se de uma instrução provisória, preparatória, informativa, em que se colhem elementos por vezes difíceis de obter

¹²⁸. MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1965, v. 4, p. 17.

¹²⁹. TORNAGHI, Hélio. Instituições de processo penal. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 2, p. 140.

¹³⁰. TORNAGHI, Hélio. *Idem*, p. 152.

na instrução judiciária, como auto de prisão em flagrante, exames periciais etc.

(...) Não é o inquérito “processo” (...) mas procedimento administrativo informativo, destinado a fornecer ao órgão da acusação o mínimo de elementos necessários à propositura da ação penal.¹³¹

Da mesma maneira VICENTE GRECO FILHO, que sublinha a finalidade de obtenção da justa causa para a ação penal:

O inquérito policial é uma peça escrita, preparatória da ação penal, de natureza inquisitiva.

Sua finalidade é a investigação a respeito da existência do fato criminoso e da autoria.

(...) A finalidade investigatória do inquérito cumpre dois objetivos: dar elementos para a formação da *opinio delicti* do órgão acusador, isto é, a convicção do órgão do Ministério Público ou do querelante de que há prova suficiente do crime e da autoria, e dar o embasamento probatório suficiente para que a ação penal tenha justa causa.¹³²

De fato, é virtualmente impossível, com boa-fé, afirmar que a doutrina do processo penal brasileiro, em sua maioria, nega ou simplesmente não sustenta a natureza cautelar do inquérito policial. Seria necessário, para fazê-lo com um mínimo de honestidade intelectual, estudar *todos* os escritos doutrinários existentes no Brasil a respeito do tema, o que seria impraticável. A verdade é que essa cautelaridade pode ter sido intuída por alguns, principalmente ao tratarem de diligências do inquérito policial.

ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO

¹³¹. MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo penal. São Paulo: Atlas, 1991, p. 74-75.

¹³². GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 81-82.

CINTRA e CÂNDIDO R. DINAMARCO, por exemplo, incluem a perícia complementar do artigo 168 do Código de Processo Penal entre as medidas cautelares instrutórias, indo mesmo mais adiante, chegando a dar natureza de verdadeiro processo penal cautelar a essa medida.¹³³ Parecem ter se baseado, para emitir esse ponto de vista, no magistério de ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS que, de maneira mais precisa que aqueles, escreveu:

A perícia como forma de examinar fatos que tenham importância para o processo, nem sempre atinge a sua total finalidade através de um só exame. A natureza transeunte do fato; a evolução de determinados ferimentos tem importância para o enquadramento do fato em determinada figura típica, ou no agravamento da infração penal. Tal como ocorre nas diversas modalidades de lesões corporais, que poderão ser leves, graves ou gravíssimas (Cód. Penal, art. 129 e §§ 1º, 2º e 3º). Estas ocorrências é que motivam a perícia complementar, sendo tanto a primeira perícia quanto a segunda, providência cautelar devido a sua função assecurativa, facultando ao juiz no momento da valoração da prova, a reconstrução fática de todos os acontecimentos.¹³⁴

O fato, porém, é que a natureza cautelar do inquérito policial como um todo somente é salientada por poucos autores, como JOSÉ FREDERICO MARQUES. Os demais autores, se não a negam, ao menos não a afirmam com destaque.

Ainda dentro do tema da natureza jurídica do inquérito

¹³³. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1984, p. 282: “A doutrina processual penal tem reconhecido a existência de processos cautelares (...) na perícia complementar do art. 168 (...)”.

¹³⁴. BARROS, Romeu Pires de Campos. Processo penal cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 462.

policial, interessante posicionamento assumiu JACINTO N. DE MIRANDA COUTINHO, para quem a decisão de arquivamento do inquérito policial é providência cautelar, ao concluir:

Em resumo (...) o chamado despacho de arquivamento do inquérito policial é, em verdade, uma decisão jurisdicional, um ato que obsta o seguimento do processo e produz a chamada coisa julgada *rebus sic stantibus*; (...) tal reconhecimento (decisão) é ato de natureza cautelar, seja como conclusão de processo cautelar, quando o MP requer o arquivamento, seja como conclusão antecipada de processo de conhecimento, quando o Juiz não recebe a denúncia ou a queixa.¹³⁵

Far-se-á, adiante, uma apreciação crítica a respeito desses entendimentos doutrinários.

3.2. O auto de prisão em flagrante

Ao contrário do que ocorre com o inquérito policial, cuja natureza cautelar somente é afirmada por poucos autores, sendo JOSÉ FREDERICO MARQUES o exemplo mais importante, a natureza cautelar-administrativo-instrutória do auto de prisão em flagrante é afirmada em diversas oportunidades pela doutrina do processo penal brasileiro.

Inicie-se pelo próprio JOSÉ FREDERICO MARQUES que nota que, com a prisão em flagrante, “garantida fica a colheita imediata

¹³⁵. COUTINHO, Jacinto N. de Miranda. A natureza cautelar da decisão de arquivamento do inquérito policial. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, n. 70, p. 56.

de provas e elementos de convicção sobre a prática do crime”.¹³⁶

Essa mesma conclusão pode ser extraída do magistério de EDUARDO ESPÍNOLA FILHO:

Deve assinalar-se ser, sempre, indispensável a lavratura do auto de flagrante, ainda quando, pelas declarações do condutor, das testemunhas, do indigitado ofendido e do preso, entenda a autoridade policial que este não praticou infração penal alguma; em tal caso (...) o que, apenas, se não justifica é fazer a autoridade recolher o autuado à prisão. Mas, a autuação em flagrante, eis que houve a prisão, é uma providência inevitável (...) porque o art. 17 proíbe terminantemente arquivar a autoridade inquéritos (...); depois, porque, então, terá havido uma arbitrariedade, uma ilegalidade da parte de quem efetuou prisão injustificável, e, sendo caso de promover a apuração de sua responsabilidade, o auto de prisão em flagrante será um elemento valioso, documentando-lhe o ilícito proceder.¹³⁷

FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, seguindo na mesma trilha, afirma que “preso o cidadão em flagrante, torna-se mais fácil a colheita das provas a respeito da materialidade e autoria, e, de conseguinte, não haverá maiores dificuldades em se atingir a verdade material”.¹³⁸

HÉLIO TORNAGHI, embora não registre função cautelar ao auto de prisão em flagrante, releva sua *eficácia probatória*, dizendo que “a flagrância é talvez a mais eloqüente prova da *autoria* de um

¹³⁶. MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1965, v. 4, p. 62.

¹³⁷. ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de processo penal brasileiro anotado. 3. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. 3, p. 347-348.

¹³⁸. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 423.

crime”.¹³⁹

Para VICENTE GRECO FILHO, “duas são as justificativas para a existência da prisão em flagrante, a reação social imediata à prática da infração penal e a captação, também imediata, da prova”.¹⁴⁰

Por fim, JULIO FABBRINI MIRABETE também reconhece essa finalidade cautelar, escrevendo que “a possibilidade de se prender alguém em flagrante delito é um sistema de auto defesa da sociedade (...) tendo também o sentido de salutar providência acautelatória da prova da materialidade do fato e da respectiva autoria”.¹⁴¹

É, porém, ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS quem, na doutrina do processo penal brasileiro, mais detalhadamente analisa a função cautelar-instrutória do auto de prisão em flagrante:

Não é mais forma de iniciar a ação penal (...), o flagrante, mas tem função probatória, sendo ainda a mais eficaz dentre as cautelas de natureza pessoal, uma vez que ela é exercitada no momento em que a prova da infração penal mais necessita ser assegurada. Devido a isso (...) este ato interessa e auxilia o processo nestas marcantes finalidades: a) como ato de prova; b) como medida cautelar assecurativa (...) da prova *in faciendo* da figura típica da infração penal (...).¹⁴²

Esses são os pronunciamentos doutrinários acerca da natureza jurídica do auto de prisão em flagrante. A esse tema voltar-se-á

¹³⁹. TORNAGHI, Hélio. Curso de processo penal. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, v. 2, p. 49.

¹⁴⁰. GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 236.

¹⁴¹. MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo penal. São Paulo: Atlas, 1991, p. 354.

¹⁴². BARROS, Romeu Pires de Campos. Processo penal cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 144.

adiante, na segunda parte do presente estudo.

3.3. A produção antecipada de prova

Nas obras pesquisadas para o presente trabalho, embora muitas delas não tratem diretamente do tema, não se encontrou disputa acerca da *natureza cautelar* das diligências *ad perpetuam rei memoriam*, de que o depoimento testemunhal é um exemplo saliente.

ROMEUI PIREZ DE CAMPOS BARROS chega a afirmar que “a natureza cautelar desta inquirição preventiva de testemunha não pode ser posta em dúvida, uma vez que com ela se antecipa o momento normal da produção da prova testemunhal (...) correspondendo a uma ‘instrução preventiva no curso da causa’”.¹⁴³

EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, sem negar a natureza cautelar dessa medida, vê nela, notadamente em uma das hipóteses do artigo 225 do Código de Processo Penal (testemunha que há de se ausentar) uma regra também fundada na conveniência da própria testemunha, “que quer viajar e disso não deve, legitimamente, ficar impedida, pela simples circunstância de ser testemunha em processo criminal”.¹⁴⁴

4. A busca e apreensão

Há, de fato, uma enorme dificuldade em encaixar a *busca e*

¹⁴³. BARROS, Romeu Pires de Campos. *Idem*, p. 447.

¹⁴⁴. ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo penal brasileiro anotado. 3. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1995, v. 3, p. 138.

apreensão dentro da teoria das medidas de urgência do processo penal brasileiro. Isso porque ela tem as mais variadas finalidades. Destina-se a prender criminosos, a resgatar vítimas, a apreender provas, a apreender bens destinados ao ressarcimento do dano, entre outras finalidades, razão pela qual seu ajuste “topológico” nessa teoria é assaz dificultoso.

Esse problema se percebe nitidamente ao analisar as obras doutrinárias a respeito do tema.

Sustentam a natureza cautelar-instrutória da *busca e apreensão* E. MAGALHÃES NORONHA¹⁴⁵ e JULIO FABBRINI MIRABETE.

Este último, tratando do tema, escreve o seguinte:

A busca é a diligência destinada a encontrar-se a pessoa ou coisa que se procura e a apreensão é a medida que a ela se segue. Para a nossa lei, é ela meio de prova, de natureza acautelatória e coercitiva, consubstanciado no apossamento de elementos instrutórios, quer relacionados com objetos, quer com as pessoas do culpado e da vítima, quer, ainda, com a prática criminosa que tenha deixado vestígios.¹⁴⁶

Quanto à *busca e apreensão*, e dado que ela implica conseqüências econômicas, ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS a inclui entre as cautelares patrimoniais:

A classificação das medidas cautelares que se procurou adotar (...), forçou uma construção mais ampla das cautelas patrimoniais, entre estas incluindo-se medidas assecurativas da prova, mas que não deixam de apresentar efeitos patrimoniais como a apreensão de

¹⁴⁵. NORONHA, E. Magalhães. Curso de direito processual penal. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1971, p. 91: “(...) iniciaremos (...) a exposição das provas pela medida cautelar da busca e apreensão, o que bem se compreende, pois é ela providência que se destina a evitar o perecimento daquelas (...)”.

¹⁴⁶. MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo penal. São Paulo: Atlas, 1991, p. 304.

coisas relacionadas com o crime e a busca e apreensão. É certo que estas poderiam ser classificadas entre as cautelas referentes aos meios de prova. Todavia, o efeito patrimonial resultante dessas medidas não deixa de ser o mais relevante, visto que importa na retirada da coisa do patrimônio de alguém, ficando a mesma apreendida, por vezes, até a finalização do processo principal, sem contar a função de precautela exercida por tais medidas.¹⁴⁷

Essa solução não pareceu a melhor para autores como PAULO LÚCIO NOGUEIRA,¹⁴⁸ FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO¹⁴⁹ e VICENTE GRECO FILHO¹⁵⁰ que, tendo em vista a natureza múltipla da busca e apreensão, evitaram se abandonar a veleidades classificatórias.

5. As medidas patrimoniais de urgência

Por fim, o processo penal brasileiro contempla medidas de urgência de cunho *patrimonial* que objetivam a garantia, para a pessoa do ofendido ou de seus sucessores, da reparação do dano causado pela infração penal praticada.

¹⁴⁷. BARROS, Romeu Pires de Campos. Processo penal cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 390.

¹⁴⁸. NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Curso completo de processo penal. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1990, p. 163: “É a busca, realmente, uma medida acautelatória, liminar, destinada a evitar o perecimento das coisas: as buscas constituem diligências que podem ser realizadas *antes e durante* o inquérito, *durante* a instrução ou mesmo na fase de execução, para prender o condenado”.

¹⁴⁹. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 351-372.

¹⁵⁰. GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 211.

São elas o *seqüestro dos proventos* (móveis e imóveis) *do crime*, a *especialização da hipoteca penal*, o *arresto prévio* e o *arresto subsidiário*.

5.1. O seqüestro dos proventos do crime

A primeira das medidas de urgência de *cunho patrimonial* é o seqüestro dos proventos do crime. Há dois tipos de *seqüestro*, o dos bens *imóveis* e o dos bens *móveis*, sendo o primeiro regulado pelos artigos 125¹⁵¹ a 131 e 133 do Código de Processo Penal e o segundo, pelos artigos 132¹⁵² e 133 do mesmo diploma.

A natureza cautelar dessas medidas é aceita, dentre outros, por HÉLIO TORNAGHI,¹⁵³ JOSÉ FREDERICO MARQUES,¹⁵⁴ ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS,¹⁵⁵ PAULO LÚCIO NOGUEIRA,¹⁵⁶ JULIO

¹⁵¹. “Caberá o seqüestro dos bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro”.

¹⁵². “Proceder-se-á ao seqüestro dos bens móveis se, verificadas as condições previstas no art. 126, não for cabível a medida regulada no Capítulo XI do Título VII deste Livro”.

¹⁵³. TORNAGHI, Hélio. Instituições de processo penal. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 5, p. 110: “As providências assecuratórias de que trata o Código de Processo Penal entrosam num sistema de cautelas adotadas por vários ramos do Direito, tanto substantivo quando processual. (...) o seqüestro (...) e tantas outras são precauções que a lei enseja, quer para assegurar a satisfação de obrigações, quer para garantir a execução de sentenças”.

¹⁵⁴. MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1965, v. 4, p. 20: “(...) as medidas cautelares destinadas à tutela do ressarcimento civil dos danos causados pelo crime são (...) o seqüestro (...)”.

¹⁵⁵. BARROS, Romeu Pires de Campos. Processo penal cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 391: “(...) no Capítulo VI [do título VI, do Livro I], arts. 125 a 144, com a denominação de ‘medidas assecuratórias’, estão regulamentados o seqüestro, (...),

FABBRINI MIRABETE,¹⁵⁷ VICENTE GRECO FILHO¹⁵⁸ e FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO.¹⁵⁹

5.2. A especialização da hipoteca penal e o arresto prévio

A segunda medida assecuratória tratada pelo Código de Processo Penal é a *especialização da hipoteca penal*, que o faz nos artigos 134¹⁶⁰ e 135.

A natureza cautelar dessa medida é sustentada, dentre outros,

medidas cautelares estas que, a rigor doutrinário, seriam cautelares patrimoniais, uma vez que se destinam a assegurar ao ofendido a reparação do [dano causado pelo] ilícito penal”.

¹⁵⁶. NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Curso completo de processo penal. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1990, p. 127: “As *medidas assecuratórias* ou cautelares visam assegurar direitos do ofendido ou dos lesados pelo crime. (...) As medidas cautelares previstas são: o *seqüestro* (...)”.

¹⁵⁷. MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo penal. São Paulo: Atlas, 1991, p. 228: “Cuida o Código de Processo Penal de assegurar os direitos do ofendido (...). Institui, por isso, (...) medidas cautelares (...). São elas o *seqüestro*, (...)”.

¹⁵⁸. GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 163: “O seqüestro é medida assecuratória, fundada no interesse público e antecipativa do perdimento dos bens como efeito da condenação, no caso de bens produto do crime ou adquiridos pelo agente com a prática do fato criminoso”.

¹⁵⁹. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 31-32: “A estas providências, que visam a acautelar os interesses do prejudicado com a infração penal, o CPP denomina medidas assecuratórias. (...) Quais as medidas assecuratórias adotadas no nosso diploma processual penal? O seqüestro de imóveis ou móveis (...)”.

¹⁶⁰. “A hipoteca legal sobre os imóveis do indiciado poderá ser requerida pelo ofendido em qualquer fase do processo, desde que haja certeza da infração e indícios suficientes da autoria”.

por HÉLIO TORNAGHI,¹⁶¹ JOSÉ FREDERICO MARQUES,¹⁶² ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS,¹⁶³ PAULO LÚCIO NOGUEIRA,¹⁶⁴ JULIO FABBRINI MIRABETE,¹⁶⁵ VICENTE GRECO FILHO¹⁶⁶ e FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO.¹⁶⁷

¹⁶¹. TORNAGHI, Hélio. Instituições de processo penal. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 5, p. 110: “As providências assecuratórias de que trata o Código de Processo Penal entrosam num sistema de cautelas adotadas por vários ramos do Direito, tanto substantivo quanto processual. (...) a hipoteca (...) e tantas outras são precauções que a lei enseja, quer para assegurar a satisfação de obrigações, quer para garantir a execução de sentenças”.

¹⁶². MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1965, v. 4, p. 20: “(...) as medidas cautelares destinadas à tutela do ressarcimento civil dos danos causados pelo crime são (...) a hipoteca legal (...)”.

¹⁶³. BARROS, Romeu Pires de Campos. Processo penal cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 391: “(...) no Capítulo VI [do título VI, do Livro I], arts. 125 a 144, com a denominação de ‘medidas assecuratórias’, estão regulamentados (...) [a] hipoteca legal, medidas cautelares estas que, a rigor doutrinário, seriam cautelas patrimoniais, uma vez que se destinam a assegurar ao ofendido a reparação do [dano causado pelo] ilícito penal”.

¹⁶⁴. NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Curso completo de processo penal. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1990, p. 127: “As *medidas assecuratórias* ou cautelares visam assegurar direitos do ofendido ou dos lesados pelo crime. (...) As medidas cautelares previstas são: (...) a *hipoteca legal* (...)”.

¹⁶⁵. MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo penal. São Paulo: Atlas, 1991, p. 233: “A segunda medida cautelar prevista para assegurar a reparação do dano causado pelo crime é a *hipoteca legal* (...)”.

¹⁶⁶. GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 166: “As outras (...) medidas assecuratórias (...) que são a especialização da hipoteca legal (...) têm por finalidade acautelar a reparação civil do dano causado pelo delito, em favor do ofendido ou seus antecessores”.

¹⁶⁷. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 31-32: “A estas providências, que visam a acautelar os interesses do prejudicado com a infração penal, o CPP denomina medidas assecuratórias. (...)”

Quanto ao *seqüestro prévio*, previsto pelo artigo 136 do Código de Processo Penal,¹⁶⁸ na verdade se trata ele de um arresto prévio, preparatório da medida de especialização da hipoteca penal, conforme adiante será explicado. A respeito da nomenclatura, vale conferir os ensinamentos de ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS, também válidos para o arresto a ser tratado no item seguinte:

Conquanto o Código de Processo Penal não use no capítulo pertinente às medidas assecuratórias, a palavra “arresto”, outra solução não se encontra senão a de reconhecer como casos de “arresto” e não de “seqüestro”, as medidas cautelares previstas nos arts. 136 e 137. É que o objetivo usado por tais normas não é assegurar determinados bens do indiciado ou réu, mas sim os necessários para garantir a futura indenização pelo fato ilícito penal, praticado por aquele, tendo a segunda dessas medidas finalidade supletiva e complementar (...).¹⁶⁹

Dentro da doutrina do processo penal brasileiro entendem-no *medida cautelar* HÉLIO TORNAGHI,¹⁷⁰ JOSÉ FREDERICO MARQUES,¹⁷¹

Quais as medidas assecuratórias adotadas no nosso diploma processual penal? (...) a hipoteca legal (...).”

¹⁶⁸. “O seqüestro do imóvel poderá ser decretado de início, revogando-se, porém, se no prazo de 15 (quinze) dias não for promovido o processo de inscrição da hipoteca legal”.

¹⁶⁹. BARROS, Romeu Pires de Campos. Processo penal cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 428.

¹⁷⁰. TORNAGHI, Hélio. Instituições de processo penal. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 5, p. 110: “As providências assecuratórias de que trata o Código de Processo Penal entrosam num sistema de cautelas adotadas por vários ramos do Direito, tanto substantivo quando processual. (...) o arresto (...) e tantas outras são precauções que a lei enseja, quer para assegurar a satisfação de obrigações, quer para garantir a execução de sentenças”.

ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS,¹⁷² PAULO LÚCIO NOGUEIRA,¹⁷³ JULIO FABBRINI MIRABETE,¹⁷⁴ VICENTE GRECO FILHO¹⁷⁵ e FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO.¹⁷⁶

Ainda quanto ao *arresto prévio* do artigo 136 do Código de Processo Penal, são lapidares as lições de ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS:

¹⁷¹. MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1965, v. 4, p. 20: “(...) as medidas cautelares destinadas à tutela do ressarcimento civil dos danos causados pelo crime são (...) o seqüestro (...)”.

¹⁷². BARROS, Romeu Pires de Campos. Processo penal cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 391: “(...) no Capítulo VI [do título VI, do Livro I], arts. 125 a 144, com a denominação de ‘medidas assecuratórias’, estão regulamentados (...) [o] arresto (...), medidas cautelares estas que, a rigor doutrinário, seriam cautelas patrimoniais, uma vez que se destinam a assegurar ao ofendido a reparação do [dano causado pelo] ilícito penal”.

¹⁷³. NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Curso completo de processo penal. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1990, p. 127: “As *medidas assecuratórias* ou cautelares visam assegurar direitos do ofendido ou dos lesados pelo crime. (...) As medidas cautelares previstas são: (...) o *arresto* (que é indevidamente chamado de seqüestro dada a origem italiana do nosso direito, onde referido termo também designa o arresto)”.

¹⁷⁴. MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo penal. São Paulo: Atlas, 1991, p. 228: “Cuida o Código de Processo Penal de assegurar os direitos do ofendido (...). Institui, por isso (...), medidas cautelares (...). São elas (...) o *arresto* (inadvertidamente denominado também como seqüestro) (...)”.

¹⁷⁵. GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 166: “As outras (...) medidas assecuratórias (...) que são (...) o *arresto* (...) têm por finalidade acautelar a reparação civil do dano causado pelo delito, em favor do ofendido ou seus antecessores”.

¹⁷⁶. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 31-32: “A estas providências, que visam a acautelar os interesses do prejudicado com a infração penal, o CPP denomina medidas assecuratórias. (...) Quais as medidas assecuratórias adotadas no nosso diploma processual penal? (...) o *arresto*”.

O arresto de que trata o art. 136, nada mais é que uma pré-cautela relativa à hipoteca legal, visto que é concedido mediante um limite temporal, e desde que não se proceda à inscrição imobiliária, dentro do prazo de 15 dias, será a medida revogada. A sua finalidade é restrita a evitar o perigo que poderá advir com a não inscrição da hipoteca legal.¹⁷⁷

Assim, resumindo, os entendimentos pesquisados são no sentido de reconhecer natureza jurídica cautelar tanto à *hipoteca penal* quanto ao *arresto prévio*. Há conveniência metodológica em tratar dessas duas medidas conjuntamente, pelos motivos esclarecidos no parágrafo anterior, embora o próprio ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS não os tenha observado e, com isso, tenha tratado separadamente as medidas e, pior, tratado conjuntamente os arrestos previstos nos artigos 136 e 137 do Código de Processo Penal.

5.3. O arresto subsidiário dos bens móveis

Há, por fim, instituído pelo artigo 137 do Código de Processo Penal,¹⁷⁸ o *arresto subsidiário* dos bens móveis do imputado. Trata-se também de um *arresto*, e não de um *seqüestro*, como quer o Código, pelas mesmas razões aplicáveis ao *arresto prévio*. O adjetivo *subsidiário* lhe é dado por HÉLIO TORNAGHI.¹⁷⁹

¹⁷⁷. BARROS, Romeu Pires de Campos. Processo penal cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 429.

¹⁷⁸. “Se o responsável não possuir bens ou os possuir de valor insuficiente, poderão ser seqüestrados bens móveis suscetíveis de penhora, nos termos em que é facultada a hipoteca legal dos [i]móveis”.

¹⁷⁹. TORNAGHI, Hélio. Curso de processo penal. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, v. 1, p. 239.

Quanto à sua natureza jurídica, entendem-no *medida cautelar* HÉLIO TORNAGHI,¹⁸⁰ JOSÉ FREDERICO MARQUES,¹⁸¹ ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS,¹⁸² PAULO LÚCIO NOGUEIRA,¹⁸³ JULIO FABBRINI MIRABETE,¹⁸⁴ VICENTE GRECO FILHO¹⁸⁵ e FERNANDO DA

¹⁸⁰. TORNAGHI, Hélio. Instituições de processo penal. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 5, p. 110: “As providências assecuratórias de que trata o Código de Processo Penal entrosam num sistema de cautelas adotadas por vários ramos do Direito, tanto substantivo quando processual. (...) o arresto (...) e tantas outras são precauções que a lei enseja, quer para assegurar a satisfação de obrigações, quer para garantir a execução de sentenças”.

¹⁸¹. MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1965, v. 4, p. 20: “(...) as medidas cautelares destinadas à tutela do ressarcimento civil dos danos causados pelo crime são (...) o seqüestro (...)”.

¹⁸². BARROS, Romeu Pires de Campos. Processo penal cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 391: “(...) no Capítulo VI [do título VI, do Livro I], arts. 125 a 144, com a denominação de ‘medidas assecuratórias’, estão regulamentados (...) [o] arresto (...), medidas cautelares estas que, a rigor doutrinário, seriam cautelas patrimoniais, uma vez que se destinam a assegurar ao ofendido a reparação do [dano causado pelo] ilícito penal”.

¹⁸³. NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Curso completo de processo penal. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1990, p. 127: “As *medidas assecuratórias* ou cautelares visam assegurar direitos do ofendido ou dos lesados pelo crime. (...) As medidas cautelares previstas são: (...) o *arresto* (que é indevidamente chamado de seqüestro dada a origem italiana do nosso direito, onde referido termo também designa o arresto)”.

¹⁸⁴. MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo penal. São Paulo: Atlas, 1991, p. 228: “Cuida o Código de Processo Penal de assegurar os direitos do ofendido (...). Institui, por isso (...), medidas cautelares (...). São elas (...) o *arresto* (inadvertidamente denominado também como seqüestro) (...)”.

¹⁸⁵. GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 166: “As outras (...) medidas assecuratórias (...) que são (...) o arresto (...) têm por finalidade acautelar a reparação civil do dano causado pelo delito, em favor do ofendido ou seus antecessores”.

COSTA TOURINHO FILHO.¹⁸⁶

¹⁸⁶. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 31-32: “A estas providências, que visam a acautelar os interesses do prejudicado com a infração penal, o CPP denomina medidas assecuratórias. (...) Quais as medidas assecuratórias adotadas no nosso diploma processual penal? (...) o arresto”.

Capítulo 2 - A TUTELA DE URGÊNCIA NA DOUTRINA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL: a tutela cautelar e a tutela antecipatória

0. Introdução

Uma análise cuidadosa da doutrina processual penal brasileira acerca da tutela de urgência revela duas realidades decepcionantes. Revela, em primeiro lugar, que, para obter uma conceituação da tutela cautelar, ela se baseou integralmente na doutrina do processo civil.

Há, nesse passo, que identificar dois subproblemas. O primeiro decorre da suprema pobreza que há na atitude de “importar” uma conceituação de outro ramo do direito, mormente quando o conceito a ser importado é comum e igualmente importante para ambos. A “importação”, pois, revela-se apenas desnecessária e reveladora de certa preguiça intelectual. O segundo subproblema é o de que a doutrina do processo civil que serviu de base para essa “cópia” de conceitos revela-se agora, à luz de modernos questionamentos, insegura e incorreta. Importou-se, portanto, uma doutrina não boa para a tarefa a que se destinava.

Finalmente, a outra realidade que se revela, para decepção de quem se engaja num estudo sério a respeito, é a de que, além da doutrina do processo civil importada ter sido insegura e pouco correta, a doutrina brasileira do processo penal pouco se preocupou com a apreensão e desenvolvimento dos conceitos, aplicando mal o que já não se revelava inteiramente correto. O resultado, pois, é duplamente trágico.

No presente capítulo, pois, procurar-se-á identificar, em linhas

necessariamente gerais, as características da tutela de urgência no processo civil, para uma melhor análise do tema relativamente ao processo penal. Somente com um domínio dos conceitos no processo civil poder-se-á aferir sua utilidade ou não para o processo penal.

1. A tutela cautelar

Quais são as características essenciais da tutela cautelar? Quais são as características que permitem isolá-la das demais formas de tutela de urgência?

Essa tarefa, vista como simples pela doutrina do processo penal, é bastante mais complexa. De fato, tem sido objeto de enormes simplificações, que provocaram a advertência de OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA:

Embora haja uma notória preocupação doutrinária no sentido de obter-se uma conceituação rigorosamente científica do que seja a ação cautelar, dada a evidente importância que assumiu no mundo moderno a tutela jurisdicional preventiva, a verdade é que reina, ainda, entre os processualistas as maiores e mais radicais divergências no que concerne à concepção do que seja, realmente, a ação cautelar.

Ao mesmo tempo em que divergem os especialistas no conceituarem a ação cautelar -- quando não vão mais longe e chegam ao ponto de negar-lhes a própria existência -- ressentem-se suas concepções de graves defeitos, a ponto de comprometerem até mesmo o objetivo fundamental da investigação, dando-nos uma visão do problema de tal modo imprecisa ou errônea que, além de não significar qualquer progresso na busca do conceito procurado, ainda perturba a

investigação.¹⁸⁷

Essa advertência presidiu a pesquisa, realizada neste trabalho, tendente a encontrar um conceito preciso e útil da tutela cautelar

1.1. A tutela cautelar na visão de GIUSEPPE CHIOVENDA

Segundo a concepção consagrada de GIUSEPPE CHIOVENDA, o processo civil tem por obrigação fundamental dar a quem tem razão “tudo aquilo e precisamente aquilo que tem direito de conseguir”.¹⁸⁸

Daí justifica GIUSEPPE CHIOVENDA a existência das “meras ações cautelares”,¹⁸⁹ que também denomina “medidas provisórias

¹⁸⁷. SILVA, Ovídio A. Baptista da. A ação cautelar inominada no direito brasileiro. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 4.

¹⁸⁸. CHIOVENDA, Giuseppe. Dell'azione nascente dal contratto preliminare. In: Rivista di diritto commune, 1911 e, posteriormente, in: Saggi di diritto processuale civile, Roma, 1930, v. 1, p. 110, *apud* GRECO FILHO, Vicente. Direito processual civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1985, v. 3, p. 157 e *apud* MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: MP: Ministério Público do Estado do Paraná, 1980, n. 9, p. 85.

¹⁸⁹. CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Trad. de J. Guimarães Menegale. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1969, v. 1, p. 273, *apud* CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. A lide cautelar no processo civil. Curitiba: Juruá, 1992, p. 36: “(...) o poder jurídico de obter uma dessas medidas (assecuratórias) é, por si próprio, uma forma de ação (...); e é mera ação, que não se pode considerar como acessório do direito acautelado, porque existe como poder atual quando não se sabe se o direito acautelado existe (...) e uma vez que o réu não tem nenhuma obrigação de cautela antes do despacho do juiz”.

cautelares”,¹⁹⁰ no fato de não ser coerente deixar-se quem procurou o Poder Judiciário para obter um provimento, sujeito à possibilidade de, quando finalmente o processo chegar ao seu final, não ter a decisão de procedência de seu direito mais nenhuma utilidade prática.

Isso ocorre, segundo GIUSEPPE CHIOVENDA exemplifica, por várias razões, porque “o demandado, na certeza de que o julgamento ser-lhe-ia desfavorável, consumiu com seus bens”,¹⁹¹ ou porque, “independentemente de qualquer ação ou omissão da contra-parte, a situação sobre a qual a parte necessitara de proteção jurisdicional oferecia contornos de urgência ou de transitoriedade que a ausência de uma imediata decisão por parte do juiz significaria a frustração total do direito do demandante”.¹⁹²

A visão de GIUSEPPE CHIOVENDA, perfeitamente lógica em si, tinha em vista as situações relacionadas com o princípio da responsabilidade patrimonial e as medidas pressupostas a garanti-lo e permeou toda a doutrina futura acerca da tutela cautelar.

Enfim, CHIOVENDA procurou evidenciar que a função cautelar tem um conteúdo ou objeto próprio (na sua concepção, a própria ação cautelar); que este objeto tende à produção de medidas provisórias atípicas, vale dizer, não só medidas expressamente previstas pelo legislador, porque há uma necessidade geral ou indefinível de medidas cautelares para afastar o temor atual de um dano jurídico; que este efeito, quanto a obtenção de medidas cautelares, decorre de

¹⁹⁰. CHIOVENDA, Giuseppe. *Idem*, p. 36: “(...) a medida provisória corresponde à necessidade *efetiva e atual* de afastar o temor de um dano jurídico (...)”.

¹⁹¹. CHIOVENDA, Giuseppe. Principii di diritto processuale civile, 1965, p. 224-225 *apud* SILVA, Ovídio A. Baptista da. A ação cautelar inominada no direito brasileiro. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 4.

¹⁹². CHIOVENDA, Giuseppe. *Idem*, p. 4.

uma vontade da lei, que só é possível realizar no processo, porque inexistente para o réu uma obrigação de cautela; mas o réu deve sujeitar-se a este efeito-poder do autor, que se ampara pois no direito subjetivo e não decorre necessariamente de um direito subjetivo, enquanto a cautela não é acessório do direito acautelado.¹⁹³

Sua contribuição ao tema, por excessivamente ampla e imprecisa,¹⁹⁴ é, por esse motivo, contestada por OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA:

Chiovenda, contudo, ao denominá-las “medidas” e atribuir-lhes o caráter de “provisórias”, transpôs uma dificuldade sem enfrentá-la e, ao mesmo tempo, cometeu um engano, ambos de conseqüências funestas, dada a sua imensa autoridade de jurista genial.

(...) inconsciente ou conscientemente, afastou a afirmação de tratar-se, pelo menos algumas dessas medidas, de verdadeiras pretensões, preferindo denominá-las “meras ações” (...), ou o que é pior, indicando-as como simples e imprecisas “medidas”.¹⁹⁵

De fato, o defeito principal da concepção de GIUSEPPE CHIOVENDA a respeito da tutela cautelar parece ter sido a vinculação, que ensejou, entre esse provimento e as ações civis de

¹⁹³. CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. A lide cautelar no processo civil. Curitiba: Juruá, 1992, p. 37.

¹⁹⁴. Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. A ação cautelar inominada no direito brasileiro. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 4: “Chiovenda (...) dera sentido cautelar à execução provisória de sentença, colocando uma lente de aumento na ‘provisoriedade’ e no elemento preventivo que se contém -- especialmente no sistema processual italiano -- na execução provisória, esquecendo-se, todavia, de que a execução, ainda que provisória, é já execução”.

¹⁹⁵. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Idem*, p. 5. Cf., também, obra essa indicada pelo próprio OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Trad. de J. Guimarães Menegale. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1965, v. 1, p. 273.

conteúdo imediatamente patrimonial. Essa concepção corresponde, *mutatis et mutandis*, à que ensejou um processo de execução voltado à cobrança de créditos e não à realização de pleitos de diversa natureza.¹⁹⁶ Essa visão, de fato, prejudicou a evolução ulterior do conceito de tutela cautelar.

1.2. A tutela cautelar na visão de PIERO CALAMANDREI

O processualista PIERO CALAMANDREI foi, segundo opinião que parece ser consensual, o principal e primeiro sistematizador do estudo da tutela cautelar.¹⁹⁷ Foi ele quem deu passos adiante relativamente à concepção de GIUSEPPE CHIOVENDA, embora, como já ficou visto acima, sua evolução foi por este marcada e condicionada para sempre.

Para PIERO CALAMANDREI, primeiramente, não há diferença externa, estrutural, entre o “processo cautelar” e o processo de conhecimento e execução, ao menos diferença que pudesse justificar para ele tratamento doutrinário separado destes.¹⁹⁸

Quanto à nota desde logo característica da tutela cautelar ela é, para PIERO CALAMANDREI, a *instrumentalidade*, que também denomina *subsidiariedade*; logo, porém, advertiu-se de que *instrumental* é, por definição, o processo como um todo. Assim, logo completou

¹⁹⁶. Cf., a esse respeito, CHIARLONI, Sergio. Misure coercitive e tutela dei diritti. Milão: Giuffrè, 1980.

¹⁹⁷. SILVA, Ovídio A. Baptista da. A ação cautelar inominada no direito brasileiro. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 5.

¹⁹⁸. CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. A lide cautelar no processo civil. Curitiba: Juruá, 1992, p. 38.

sua concepção para afirmar que se trata de uma *instrumentalidade hipotética*, ou “*al quadrato*”.¹⁹⁹

(...) a denominação pode parecer, à primeira vista ou à primeira audiência, um pouco rebarbativa, mas na realidade ela reflete muito bem um aspecto da providência instrumental no sentido de que vista a assegurar a eficácia de outra providência jurisdicional, quer cognitiva, quer executória. Neste sentido, até se poderia dizer que a providência cautelar é instrumental em segundo grau. Se todo processo se caracteriza pela instrumentalidade, já que o processo é sempre instrumento de realização do direito substantivo, o processo cautelar será algo como o instrumento do instrumento. Será dotado de uma instrumentalidade ao quadrado, se me permitem. Essa instrumentalidade, Calamandrei a qualificava de hipotética. Por que hipotética? Porque a medida cautelar é concedida para a hipótese de que aquele que a pleiteia eventualmente tenha razão.²⁰⁰⁻²⁰¹

¹⁹⁹. CALAMANDREI, Piero. Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari. Pádua: CEDAM, 1936, p. 21-22 e 58-62.

²⁰⁰. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Estudos sobre o novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974 p. 236, *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela cautelar e tutela antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 73.

²⁰¹. Cf., a respeito, DINAMARCO, Cândido Rangel. Medidas cautelares na justiça do trabalho. In: Fundamentos do processo civil moderno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 350: “(...) o efeito que projeta o processo cautelar não se destina e não visa diretamente a uma situação da vida: ele se destina a servir a outro processo. Se tiver caráter satisfativo, a medida ‘cautelar’ não será verdadeiramente cautelar. Então nós vemos o que podemos chamar de instrumentalidade de segundo grau, instrumentalidade ao quadrado, como diz Calamandrei, porque a própria jurisdição, o próprio direito processual, qualquer processo, tem finalidade instrumental de servir ao direito material. A atuação da vontade concreta do direito material é, essa mesmo, a finalidade específica do processo. E no bojo do direito processual, no seio das instituições processuais em si mesmas, existe um processo que serve a outro processo e esse é o processo cautelar. Daí então Calamandrei falar nessa instrumentalidade de segundo grau (...)”.

Para OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, entretanto, a nota da *instrumentalidade*, registrada por PIERO CALAMANDREI, nada acrescenta ao conceito de tutela cautelar e, ao contrário, subtrai-lhe a característica da autonomia, pois a fere de morte.

(...) o que nos obriga a afastar definitivamente a idéia de *instrumentalidade* como critério de classificação para os provimentos cautelares é, justamente, o fato de serem instrumentais todas as provisões judiciais preventivas enquanto, prevenindo, servem de instrumento a uma situação acautelada. (...).

Dizer-se que uma coisa é instrumento de outra, de modo algum significa conceituá-la. Se dizemos que a caneta é instrumento que se destina a determinado fim, nada adiantamos sobre a natureza íntima do objeto. Tudo reduz-se a um problema lógico. E o equívoco reside na afirmação de Calamandrei de que as medidas cautelares não têm um fim em si mesmas, por serem instrumentos destinados a servir de proteção à seriedade da própria função jurisdicional. Dessa proposição -- que já continha uma petição de princípio -- conclui ele que tudo o que é instrumento não tem *substância!*²⁰²⁻²⁰³

Outra característica apontada pelo ilustre processualista toscano, como própria do provimento cautelar, é a *provisoriedade*, que

²⁰². SILVA, Ovídio A. Baptista da. A ação cautelar inominada no direito brasileiro. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 100.

²⁰³. Cf. o registro da redundância ínsita ao conceito de *instrumentalidade* em MARQUES, José Frederico. Tratado de direito processual penal. São Paulo: Saraiva, 1980, v. 1, p. 48: "A verdade (...) é que tão instrumental é a norma de processo, em face da norma do chamado direito material, como a norma deste em face da norma processual. As normas processuais têm por objeto regular o exercício da jurisdição pelas vias processuais, a fim de compor ou resolver um litígio. E para esse fim, o órgão jurisdicional, dentro do processo, usa da norma penal, ou de direito privado, ou de direito constitucional etc., como instrumento para resolver o litígio e dar a cada um o que é seu".

ele mesmo explica como sendo não uma qualidade sua, mas como uma “certa *limitazione nel tempo* degli effetti medesimi”²⁰⁴ desse provimento.

O desenvolvimento desse conceito é, em PIERO CALAMANDREI, confuso. Ele mesmo se encarrega de torná-lo imprestável, ao afirmar o seguinte:

*Giova intanto avvertire che il concetto di provvisorietà (e così quello, coincidente, di interinalità) è un po' diverso, e più ristretto, di quello di temporaneità. Temporaneo è, semplicemente, ciò che non dura sempre, ciò che, indipendentemente dal sopravvenire di altro evento, ha per sè stesso durata limitata: provvisorio è, invece, ciò che è destinato a durare fino a che non sopraggiunga un evento successivo, in vista ed in attesa del quale lo stato di provvisorietà permane nel frattempo (...). In questo senso, provvisorio equivale a interinale: ambedue le espressioni indicano ciò che è destinato a durare solamente in quel tempo intermedio che precede l'evento atteso.*²⁰⁵

Além disso, é preciso que se advirta, como fez OVIDIO A. BAPTISTA DA SILVA, que a *provisoriedade* não é uma característica do provimento cautelar, podendo ser encontrada em provimentos jurisdicionais como, por exemplo, as sentenças de conhecimento

²⁰⁴. CALAMANDREI, Piero. Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari. Pádua: CEDAM, 1936, p. 10. Tradução livre: “certa limitação no tempo dos efeitos mesmos”.

²⁰⁵. CALAMANDREI, Piero. *Idem*, p. 10. Tradução livre: “É útil, entretanto, advertir que o conceito de *provisoriedade* (e, assim também, aquele, coincidente, de *interinalidade*) é um pouco diverso, e mais restrito, daquele de *temporalidade*. *Temporário* é, simplesmente, aquele que não dura sempre, aquele que, independentemente da sobrevinda de outro evento, tem por ele mesmo duração limitada: *provisório* é, por outro lado, aquele que é destinado a durar até que sobrevenha um evento sucessivo, em vista e à espera do qual o estado de *provisoriedade* permanece existindo. Nesse sentido, *provisório* equivale a *interinal*: ambas as expressões indicam que é destinado a durar somente naquele tempo *intermediário* que precede o evento aguardado”.

pronunciadas com a cláusula *rebus sic stantibus*.²⁰⁶ Por isso a *provisoriedade*, enquanto conceito distintivo, é imprestável. LUIZ GUILHERME MARINONI, por exemplo, é taxativo ao afirmar que a tutela cautelar não é caracterizada pela *provisoriedade*, mas tão-somente pela *temporiedade*.²⁰⁷

Outro traço distintivo da tutela cautelar é a urgência, traduzida pela existência do que se denomina *periculum in mora*, que se traduz na “*esistenza di un pericolo di danno giuridico, derivante dal ritardo di un provvedimento giurisdizionale definitivo*”.²⁰⁸

Um exame da doutrina de PIERO CALAMANDREI a respeito da tutela cautelar revela um importante desvio conceptual. Tal desvio é ainda mais importante porque partido de alguém com a autoridade de PIERO CALAMANDREI, que acabou por influenciar o desenvolvimento ulterior da matéria.

De fato, por um desvio metodológico, a preocupação central de PIERO CALAMANDREI não foi com a conceituação da tutela cautelar -- pois a maioria das características por ele apontadas não a definem -- mas principalmente com sua caracterização como tutela acessória, ou não prevalente, sobretudo se cotejada com a tutela característica do processo de conhecimento. De fato, se vista externamente, a tutela cautelar não é nem poderia ser mais importante para o ordenamento jurídico do que a tutela definitiva.

²⁰⁶. CALAMANDREI, Piero. *Ibidem*, p. 10 e SILVA, Ovídio A. Baptista da. A ação cautelar inominada no direito brasileiro. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 33. O exemplo é dado pelo próprio CALAMANDREI.

²⁰⁷. MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela cautelar e tutela antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 77.

²⁰⁸. CALAMANDREI, Piero. Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari. Pádua: CEDAM, 1936, p. 15. Tradução livre: “*existência de um perigo de dano jurídico, derivante do retardo de um provimento jurisdicional definitivo*”.

Mas isso não é importante para a tarefa a que PIERO CALAMANDREI se dedicava. Com uma agravante, apontada por LUIZ GUILHERME MARINONI²⁰⁹ e pela sensibilidade da maioria dos profissionais do foro judicial: a idéia de subsidiariedade, somada à deficiência do ordenamento jurídico, fez durante muito tempo outras demandas urgentes utilizarem o instrumento da tutela cautelar para sua solução, que sempre ficava a depender, para sua estabilização jurídica, da existência de um inútil e burocratizante “processo principal”.

Assim, a doutrina desse eminente processualista civil italiano acaba por se tornar apenas e tão somente o ponto de partida para a conceituação da tutela cautelar.

1.3. A caracterização da tutela cautelar

Conforme visto anteriormente, a doutrina processual civil baseada em PIERO CALAMANDREI chegou com bastante eficiência à caracterização negativa da tutela cautelar, isto é, à delimitação do que ela *não pode ser*: não pode ser definitiva nem principal, por exemplo. Impende, agora, caracterizá-la, para que se saiba *o que é*, quais são, exatamente, os caracteres da tutela cautelar. A caracterização que se obtiver, modificada ou não para o processo penal, poderá lhe ser frutuosa. Essa utilidade verificar-se-á adiante.

²⁰⁹. MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela cautelar e tutela antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 17-21 e 75-79.

1.3.1. A urgência

A primeira característica, apontada por LUIZ GUILHERME MARINONI, é a da urgência, isto é, a tutela cautelar está preordenada para conjurar, imediatamente, uma situação de perigo atual e concreto para um direito.²¹⁰

O conceito de *perigo concreto* é fornecido pela doutrina penal. Há também um *perigo abstrato*. Essa forma de perigo, porém, não interessa para o presente estudo, porque, nesse caso, há presunção legal *iuris et de jure* de perigo que, portanto, não é real. Portanto, o conceito que efetivamente interessa é o de perigo concreto. Transcreva-se, por ser completa, a lição de HELENO CLÁUDIO FRAGOSO:

Dano é a alteração prejudicial de um bem: a destruição ou diminuição de um bem; o sacrifício ou restrição de um interesse jurídico. *Perigo* é a probabilidade de dano: não basta, para configurar o perigo, mera possibilidade de dano, pois a possibilidade abrange também o eventual e o raro. A idéia de perigo deve implicar na possibilidade de iminente superveniência de dano e se expressa na probabilidade.

Existem duas concepções sobre o conceito de perigo. Uma *subjetiva*, segundo a qual o perigo não tem existência concreta, sendo apenas fruto de nossa imaginação e de nossa incapacidade de conhecer todas as causas e condições dos fenômenos. Não existiriam acontecimentos *perigosos*, mas tão-somente necessários. À teoria subjetiva contrapõe-se a *objetiva*, que sustenta haver perigo objetivamente baseado na possibilidade de superveniência de dano. O perigo seria, assim, um *trecho da realidade*, com existência fundada na experiência comum. Não existem apenas fenômenos necessários ou não necessários, já que podemos afirmar ser um fenômeno

²¹⁰. MARINONI, Luiz Guilherme. *Idem*, p. 59.

possível ou provável, tendo em vista a potencialidade causal de seus antecedentes. Perigo é assim a *potência* (aptidão, idoneidade, capacidade) de um fenômeno para causar a perda ou a diminuição de um bem, o sacrifício ou a restrição de um interesse jurídico alheio (*Rocco*).

O debate entre as duas concepções está hoje ultrapassado. Reconhece a doutrina moderna que o perigo é constituído por um elemento objetivo e por um elemento subjetivo. Objetivamente, constitui perigo o conjunto das circunstâncias e condições em que se verifica o fato de que pode surgir o dano; subjetivamente, integra-o o juízo sobre o perigo, ou seja, o juízo que estabelece, com base na experiência, a probabilidade de superveniência de um dano. O perigo é, assim, uma realidade e uma abstração. O juízo deve ser feito de acordo com a chamada *prognose póstuma*, avaliando o sujeito *ex ante* as possibilidades do resultado temido. É evidente que o juízo deve ser feito pelo julgador, provindo da experiência comum e válida para todos.²¹¹

É preciso deixar claro que a nota da urgência, conquanto defina a tutela cautelar e seja indispensável para sua caracterização, não é suficiente, entretanto, para essa tarefa conceptual. É certo que há outras formas de tutela urgente que, nem por isso, têm natureza cautelar. LUIZ GUILHERME MARINONI dá os exemplos da tutela sumária antecipatória e do mandado de segurança.²¹²

²¹¹. FRAGOSO, Heleno. Lições de direito penal: a nova parte geral 10. ed., rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 173-174.

²¹². MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela cautelar e tutela antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 59.

1.3.2. A sumariedade procedimental

A tutela cautelar, porque voltada à tarefa de eliminar, o tão rapidamente possível, situações de perigo real, está sempre inserida em procedimento formalmente sumário. De fato, o procedimento construído para a inserção do provimento cautelar é sempre sumário, o que atende a um imperativo de lógica pragmática. É preciso, contudo, antes de seguir adiante, que se façam duas advertências da maior importância.

Em primeiro lugar, advirta-se que a *sumariedade procedimental* ou *formal* não é característica exclusiva da tutela cautelar. Haverão procedimentos sumários outros que, nem por isso, tornam-se cautelares, como é o caso do mandado de segurança, exemplo esse também fornecido por LUIZ GUILHERME MARINONI.²¹³

A outra advertência importante é a de que ao conceito de *sumariedade procedimental* não basta a redução de prazos, a simplificação dos termos e a adoção da oralidade, entre outras providências.

Sumariedade procedimental é, de fato, a adoção de um procedimento mais ágil. Contudo, não é suficiente que o procedimento seja ágil ou mais ágil para que seja sumário no sentido formal. A *sumariedade procedimental* se caracteriza, *in casu*, pela atenuação efetiva, pela postergação ou mesmo pela eliminação do direito de defesa por parte do réu.²¹⁴ O procedimento será tanto mais

²¹³. MARINONI, Luiz Guilherme. *Idem*, p. 61.

²¹⁴. Está claro que uma eliminação do direito de defesa seria inconstitucional, face ao inciso LIV (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”) e 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”) do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Contudo, a sumariedade no sentido formal precisamente nisso consiste. O que é permissível, em

sumário no sentido formal quanto menos garantista processualmente. O procedimento mais célere, mas inteiramente garantidor da ampla defesa não é sumário no sentido formal; na realidade, não passa ele de um procedimento ordinário sumarizado.²¹⁵

1.3.3. A sumariedade material

A *sumariedade material*, ao contrário da *sumariedade formal*, não opera com a redução da amplitude da defesa. Ambas pressupõem, está claro, a aceleração e agilização do procedimento. Contudo, a *sumariedade material* opera nos campos da atividade instrutória e da atividade decisória ou cognitiva.

Para esclarecer em que sentido a *sumariedade material* opera, é preciso conferir a lição de LUIZ GUILHERME MARINONI a respeito das direções que pode tomar a cognição:

A cognição pode ser referida a dois planos distintos: horizontal, que diz respeito à amplitude de conhecimento do juiz; e vertical, que pertine à profundidade da cognição do magistrado acerca da afirmação dos fatos.

No plano horizontal, portanto, a cognição vincula-se à lide carneluttiana, ou ao conflito de interesses. O processo terá cognição plena ou parcial, segundo se permita, ou não, o conhecimento de todo o conflito de interesses.

(...) A cognição no plano vertical diz respeito à intensidade de

face da Constituição, é a atenuação ou mesmo a postergação do exercício do direito de defesa, desde que feita de maneira proporcional ao caso penal e às penas em causa.

²¹⁵. Cf., a respeito das técnicas de sumarização do processo, *técnicas essas especificamente aplicáveis ao processo civil*, MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, 272 p.

relação entre o sujeito cognoscente e o objeto cognoscível, ou seja, ao grau de cognição do objeto. Nessa perspectiva, a cognição pode ser exauriente, sumária e superficial.²¹⁶

Feito esse esclarecimento, é possível seguir adiante, para afirmar que a sumarização no sentido material consiste na redução do campo de cognição do Juiz, seja no sentido horizontal...

Na verdade, todos os *processos sumários* -- e a técnica de “sumarização” precisamente nisso consiste -- operam um *corte* da totalidade do conflito, trazendo-o para o processo através de uma demanda que não o envolve em sua plenitude, de tal modo que determinados pontos ou questões litigiosas devem ficar “reservadas” para futuro exame em processo subsequente.²¹⁷

... seja no sentido vertical: “(...) enquanto no processo formalmente sumário a cognição pode ser exauriente, no processo materialmente sumário a cognição é, necessariamente, menos aprofundada no sentido vertical”.²¹⁸

É apenas através da soma da sumarização do procedimento, concretizada pela atenuação ou eliminação do direito de defesa do réu (*sumariedade formal*) com a sumarização da atividade instrutória e da atividade decisória (*sumariedade material*) que a verdadeira tutela cautelar pode se efetivar. A correta visão da cognição e dos níveis que pode alcançar no sentido da sua completude vertical e horizontal possibilitou o surgimento da denominada “tutela sumária

²¹⁶. MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela cautelar e tutela antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 21-22.

²¹⁷. SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de processo civil. 2. ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, v. 1, p. 97.

²¹⁸. MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela cautelar e tutela antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 61.

antecipatória”, que adiante será estudada em sua realização no processo penal brasileiro.

1.3.4. A aparência

Outra das características centrais da tutela cautelar é contentar-se ela com a *aparência* e não necessitar de *certeza* para realizar-se. É o que a doutrina convencionou denominar *fumus boni iuris*, que nada mais é do que a probabilidade de que determinada afirmação feita no processo venha a ser provada.²¹⁹

No processo de conhecimento, há a exigência da certeza para o juiz julgar. Quando julga uma demanda procedente ou improcedente, ele o faz com base em uma certeza. Trata-se da verdade real ou verdade formal que emana do processo, dependendo do caso, mas sempre aquela certeza da existência do direito que é o pressuposto do seu julgamento e que será o efeito do julgamento proferido e passado em julgado. Mas exatamente por causa do perigo da demora, não se pode, no processo cautelar, chegar a uma análise de profundidade. O juiz, na instrução sumária que se faz no processo cautelar, não passa da superfície, apreciando, apenas, o quesito da aparência da existência de um direito.²²⁰

LUIZ GUILHERME MARINONI adverte que se a situação superar a da mera aparência, isto é, se o autor exhibir provas pré-constituídas da existência de seu direito, a tutela que porventura lhe dê o Juiz não é, definitivamente, cautelar, nem será necessário o

²¹⁹. MARINONI, Luiz Guilherme. *Idem*, p. 62.

²²⁰. DINAMARCO, Cândido Rangel. Medidas cautelares na justiça do trabalho. In: Fundamentos do processo civil moderno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 351.

processo de cognição exauriente posterior ao dito provimento.²²¹⁻²²²

1.3.5. A temporariedade

A *temporariedade* é um traço característico da tutela cautelar. A *provisoriedade* não o é.

Entende-se por *temporariedade* a característica de que a tutela cautelar é deferida para remediar uma situação de perigo -- seja ao direito material que o processo visa garantir, seja ao próprio processo. Dessa maneira, nasce para durar um certo tempo, que é o tempo da tramitação do processo. Depois de cumprir essa sua função, é substituída por uma medida definitiva.

1.3.6. A incapacidade de gerar coisa julgada material

A tutela cautelar, segundo o magistério de GALENO LACERDA, não faz coisa julgada material...

(...) porque o juízo sobre as necessidades de segurança prévia não se estende à totalidade da lide, à existência ou não da relação jurídica material e do direito subjetivo alegado. (...). Como afirma Liebman, o objeto da decisão cautelar e sua natural variabilidade e temporariedade excluem a *duração* de eficácia que caracteriza a coisa

²²¹. MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela cautelar e tutela antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 62-63.

²²². Cf., a respeito do tema, CALAMANDREI, Piero. Verità e verossimiglianza nel processo civile. In: Studi sul processo civile. Pádua: CEDAM, 1957, . 6, p. 11-139.

julgada material.²²³

A lição de GALENO LACERDA é, de fato, correta, embora não abarque toda a explicação. É vero que a tutela cautelar não pode gerar a *coisa julgada material*, porque a lide correspondente não se estende à totalidade do conflito de interesses. Porque a tutela cautelar não se estende ou influencia, senão no plano fático, a lide, o conflito de interesses ou o caso penal. Ela possui um conteúdo próprio, um mérito, uma lide separada da lide principal. Essa é a idéia de ALCIDES ALBERTO MUNHOZ DA CUNHA, que sustenta a existência de uma lide cautelar:

A lide cautelar pode existir sem que a pretensão principal ou ideal se situe em estado de lide. Embora conexas, pelo vínculo da acessoriedade, tais pretensões tem objetos diferentes. (...).

O objeto da lide cautelar será sempre o bem jurídico da segurança da pretensão principal, enquanto se entenda que subsiste o estado de perigo (*periculum*) e de idealidade (*fumus*), em torno da pretensão que se quer preservar.²²⁴

A incapacidade de gerar a coisa julgada material ocorre, de fato, porque ela não se estende à totalidade do conflito de interesses, mas *também ocorre* porque a finalidade da tutela cautelar é diversa da finalidade do processo de conhecimento, conforme escreve CÂNDIDO R. DINAMARCO:

Entre fazer bem, porém tardiamente, e fazer talvez mal porém logo, façamos logo através do processo cautelar. A simples aparência do direito que se aprecia na cognição sumária basta para que as

²²³. LACERDA, Galeno. Comentários ao Código de Processo Civil: Lei n. 5.869, de onze de janeiro de 1973. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993, v. 8, t. 1, p. 227.

²²⁴. CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. A lide cautelar no processo civil. Curitiba: Juruá, 1992, p. 121.

medidas cautelares sejam concedidas, restando a tranqüilidade de que eventuais erros, eventuais distorções serão desfeitas, depois no processo principal. Por isso mesmo é que, em princípio, os julgamentos cautelares não passam em julgado, não adquirem a autoridade da coisa julgada material (o juiz não afirmou que o direito existe, o juiz simplesmente disse que parece existir o direito, existe uma aparência, um *fumus boni iuris*); ou então ele nega a medida cautelar dizendo que não há essa aparência do direito (e talvez o direito exista, mas ele não está aparente o suficiente para que a medida cautelar seja concedida).²²⁵

Para LUIZ GUILHERME MARINONI, porém, a questão da incapacidade da tutela cautelar gerar coisa julgada material está mal colocada: não há propriamente tal incapacidade, mas sim a proibição, veiculada pela lei processual civil, de renovação do pedido cautelar com base no mesmo fundamento pelo qual foi indeferida. Tal fenômeno não é confundível com coisa julgada material, mas sim com o princípio do *ne bis in idem*.²²⁶

Escreve, a respeito, OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA:

A proteção cautelar há de estar ligada a um interesse juridicamente relevante, *afirmado* -- e a tônica reside precisamente nessa mera afirmação do direito, pretensão, ação ou exceção carentes de proteção assecurativa -- por quem a postula. A essência, a nota distintiva desse tipo de tutela jurisdicional está na circunstância de não caber aí decisão sobre a existência ou não existência (eficácia de declaração capaz de produzir coisa julgada material) da situação acautelada, salvo se a parte, a seu libito, pretenda também litigar

²²⁵. DINAMARCO, Cândido Rangel. Medidas cautelares na justiça do trabalho. In: Fundamentos do processo civil moderno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 353.

²²⁶. MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela cautelar e tutela antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 69.

sobre essa relação, propondo demanda em que peça cognição mais intensa do juiz, capaz de declarar ou condenar, em processo subsequente onde a pretensão de direito material seja apreciada e decidida. A essencialidade do “*fumus boni iuris*”, como forma sumária de cognição, decorre dessa peculiaridade. A demonstração cabal do direito invocado pelo pretendente, ainda que isso não seja vedado, na ação cautelar, é de todo irrelevante, nesse momento. (...). Certamente a admissão do estado perigoso é fundamento para o provimento cautelar e, como tal, é constatação definitiva. Mas o estado perigoso, enquanto simples fato, não pode ser objeto de declaração e transitar em julgado.²²⁷

Não parece conveniente, porém dar uma resposta definitiva a respeito do tema. O fato é que uma das características da tutela cautelar mais é sua incapacidade de gerar a coisa julgada material, no sentido de que não define, no plano cognitivo, o caso a ser julgado no processo penal de conhecimento.

1.3.7. A referibilidade

Um dos conceitos mais importantes relativos à tutela cautelar e, ao mesmo tempo, um dos mais úteis para o processo penal é o da *referibilidade*.

Segundo LUIZ GUILHERME MARINONI, trata-se de uma característica da tutela cautelar e de uma nota distintiva entre ela e a tutela antecipatória: “Na tutela cautelar há sempre referibilidade a um direito acautelado. O direito referido é que é protegido (assegurado) cautelarmente. Se inexistente referibilidade, ou direito

²²⁷. SILVA, Ovídio A. Baptista da. A ação cautelar inominada no direito brasileiro. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 62-63.

referido, não há direito acautelado. Ocorre, neste caso, satisfatividade; nunca cautelaridade”.²²⁸

A *referibilidade* dá uma idéia de ligação estrita entre a situação de perigo e a proteção jurídica que se pede. Há *referibilidade* no sentido de que a tutela cautelar se refere, *exclusivamente*, à situação de perigo que se pretende remediar, não indo jamais além, para alcançar e dizer algo sobre a existência ou inexistência do direito que fundamentou a ação de conhecimento.

Segundo a lição de LUIZ GUILHERME MARINONI, vista acima, a proteção cautelar é exclusivamente referida à situação de perigo que a ensejou; se for além, para afirmar ou negar o direito que está em perigo, tratar-se-á de uma tutela satisfativa, ainda que sob as vestes de cautelar.

Para o processo penal, o conceito de *referibilidade* é importante, mas deve ser enriquecido, um tanto, porque, por força de injunção legal e constitucional, verifica-se com maior intensidade no plano processual. Há *referibilidade* no sentido sustentado pela doutrina do processo civil; de fato, a *medida cautelar* penal é *referível* a uma situação de perigo e dela não se afasta.

Contudo, ainda que o autor peça uma medida processual privativa da liberdade do imputado afirmando a existência de um direito à sentença condenatória e apresentando provas irretorquíveis da culpabilidade do imputado, não há a possibilidade do Juiz satisfazer, nesse momento, a pretensão de condenação.

A idéia de *referibilidade*, no sentido processual penal, está, pois, ainda mais ligada à idéia de *instrumentalidade hipotética* que no caso do processo civil. E isso não se dá por diferença ontológica, mas por

²²⁸. MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela cautelar e tutela antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 79.

mera vedação constitucional, que proíbe que alguém seja considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.²²⁹ Esse princípio reza que a consideração de culpado deve se seguir a um devido processo legal, onde o procedimento e os rituais têm importância vital.

Assim, pode-se afirmar que a tutela cautelar do processo penal é referível. Contudo, explica-se a referibilidade penal, porém e mais precisamente, como o liame existente entre a tutela e o caso penal que é objeto do processo penal de conhecimento.

A *medida cautelar* penal é referível *também* no sentido de que se liga exclusivamente ao processo de conhecimento no bojo do qual é requerida. A situação de perigo e a tutela correspondente se ligam *exclusivamente* ao caso penal e aos seus aspectos mais diretos, como a situação da vítima, das testemunhas, dos elementos sensíveis do fato criminoso etc... Se transcende o caso penal e suas ramificações mais diretas, não há que se falar em tutela cautelar.

Outra diferença importante: não é possível afirmar-se que, no processo penal, se não há *referibilidade*, há automaticamente tutela sumária antecipatória, como o faz LUIZ GUILHERME MARINONI em relação ao processo civil.²³⁰ Muitas vezes, como será visto adiante, pode inostrar a *referibilidade* e, mesmo assim, não ser o caso de tutela antecipatória, verificando-se um *tertius genus* que se situa entre as duas formas de tutela e com nenhuma se identifica e que pode ser

²²⁹. Artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

²³⁰. MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela cautelar e tutela antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 81: “A falta de referibilidade (...) é evidência da existência de satisfatividade. Se inexistir direito referível em uma pretensão que requer tutela urgente de cognição não exauriente, é porque a tutela é sumária antecipatória”.

sumariamente identificado como atuação própria de *polícia judiciária*. Essa idéia será retomada e desenvolvida adiante, quando se tratar de cada uma das medidas urgentes do processo penal.

1.3.8. A questão da fungibilidade

Outra característica importante da tutela cautelar, apontada para o processo civil, é a *fungibilidade* entre as medidas que a compõem.

No caso dessa característica, porém, que não é característica da tutela, mas das medidas que compõem o seu rol, deve ser feita uma ressalva: a importância do tema, para o processo penal, não é de longe a mesma do que a relacionada com o processo civil.

Isso porque, no processo penal, as medidas cautelares serão sempre e sempre, por tradição e dados os seus caracteres publicistas, decretáveis de ofício, por parte do Juiz, não existindo aí qualquer dúvida, nem sendo necessário fazer referência a um possível poder geral de cautela no processo penal. Por essa razão, a característica da fungibilidade não será objeto de preocupações no decorrer da presente análise.

2. A tutela antecipatória

O paralelismo entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória é, deveras, inevitável. Não somente pelas semelhanças que ambas apresentam entre si, mas também por causa das suas dessemelhanças, das características que as distinguem nitidamente, é mais do que

válido o método comparativo para extremá-las e conceituá-las.

Assim, como um espelho com duas faces, há dois critérios que servem, cada um, para conceituar e afastar da outra a tutela jurisdicional em exame.

O critério que afasta a ocorrência de tutela cautelar, para afirmar a existência de tutela antecipatória, é o da *satisfatividade*. Seria *satisfativa* a decisão jurisdicional que, no plano fático, atende a uma pretensão de direito material.

É preciso, porém, deixar claro que a nota da *satisfatividade* está, de algum modo e em graus diversos, presente mesmo em muitas das medidas cautelares.

As medidas processuais penais privativas da liberdade do imputado são um exemplo claro. Ao encarcerar um imputado -- antes de sua condenação, portanto -- seja qual for a razão pela qual se lhe decretou a prisão, antecipa-se inevitavelmente uma futura pena privativa de liberdade, dado o *princípio da detração*, positivado pelo artigo 42 do Código Penal.²³¹

O Marquês de BECCARIA, já na metade do Século XVIII, ao escrever seu famoso opúsculo, definia a prisão processual como uma pena que, por necessidade, deveria ser aplicada antes da declaração da existência do crime.²³²

²³¹. “Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior” [o artigo 41 do Código Penal refere-se a ‘hospital de custódia e tratamento psiquiátrico’ e a ‘outro estabelecimento adequado’].

²³². BECCARIA, Marquês de. Dos delitos e das penas. Trad. de Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, sem data, p. 21. Cf., também, GIARDA, Angelo. Lineamenti del regime carcerario dell'imputato in custodia preventiva. In: Rivista italiana di diritto e procedura penale. Milão: Giuffrè, 1979, a. 22, fasc. 2, abril-junho, p. 419.

Nem por isso, porém, todas as prisões provisórias do processo penal serão, somente por essa razão, *antecipatórias* da pretensão executória. Ou, antes: nem por isso têm todas as prisões processuais a característica de medidas antecipatórias.

Destarte, a *satisfatividade*, para configurar a tutela antecipatória, deve ser completa relativamente à pretensão material em discussão e, ademais, ser o escopo da medida de urgência em exame. Será antecipatória aquela medida preordenada à satisfação antecipada da pretensão de direito material e não aquela que, quase que acidentalmente, acaba por antecipá-la. Daí se poder referir que o fenômeno, nesse caso, é de *satisfatividade teleológica* e não meramente *consequencial*.

O outro critério que, por sua vez, afasta a ocorrência de tutela antecipatória, para afirmar a existência de tutela cautelar, é o da *referibilidade*.

A tutela cautelar, ao contrário da antecipatória, é referível sempre e sempre a uma situação de perigo, da qual não se afasta. Não será necessário repetir a advertência de que, no caso do processo penal, a falta de *referibilidade* apenas afasta a ocorrência de tutela cautelar, mas não implica, necessariamente, na ocorrência de tutela antecipatória, não sendo um critério suficiente para realizar dito diagnóstico.

**PARTE 2 - A TUTELA DE URGÊNCIA NO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO**

Capítulo 1 - AS MEDIDAS PRIVATIVAS DA LIBERDADE DO IMPUTADO

0. Introdução

0.1. Premissas metodológicas

O exame da natureza jurídica das medidas de urgência do processo penal brasileiro terá por fim identificar, dentre elas, as que podem ser consideradas como de natureza *cautelar*, as que, ao contrário, são *antecipatórias* e as que, não pertencendo a nenhuma dessas categorias, são simples *atos de polícia judiciária*.

Os critérios dessa análise já foram expostos na segunda parte deste trabalho; são cautelares as medidas que apresentarem *urgência, sumariedade formal, sumariedade material, referibilidade, aparência, temporariedade e incapacidade de gerar coisa julgada material*.

As que não apresentarem alguma dessas características serão, em princípio, *antecipatórias*. As que, além de não apresentarem as características acima citadas, não forem referidas ao caso penal em exame, serão meros atos de polícia judiciária situados, por conveniência ditada pela política criminal, em algum processo penal condenatório.

0.2. Princípios que regem a privação da liberdade do imputado

Dispõe o inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição que

“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Dois são os princípios aí estabelecidos.

O primeiro deles é o da *legalidade dos crimes e das penas*, a estabelecer que o crime e a pena que a ele corresponde não podem ser criados senão por lei formal. “O costume, a moral, a doutrina, a equidade, a jurisprudência, atuam tão-só na qualidade de meios inspiradores da elaboração jurídico-penal, de que é veículo próprio o texto legal escrito”, remata BASILEU GARCIA.²³³

Segundo LUIZ ALBERTO MACHADO, é um complemento necessário do *princípio da legalidade* o *princípio da tipicidade*, pois atende-se àquele “com um conceito material de crime (...), bastante amplo para enquadrar todos os tipos e, conseqüentemente, admitir a analogia”.²³⁴⁻²³⁵ Daí a necessidade de complementá-lo com a garantia de uma “legalidade típica” (*nullum crimen nulla poena sine legge stricta*) isto é, com a proibição do uso da analogia e de tipos penais abertos.

O segundo princípio positivado pelo inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição é o da *anterioridade da lei penal*. Isto é: não basta que a lei criadora de tipos penais e das respectivas penas seja-o no sentido formal, mas é preciso que esteja em vigor antes do fato criminoso. Decorre diretamente dele a *irretroatividade absoluta* da lei criadora de

²³³. GARCIA, Basileu. Instituições de direito penal. 4. ed., São Paulo: Max Limonad, 1972, v. 1, t. 1, p. 137.

²³⁴. MACHADO, Luiz Alberto. Direito criminal: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 49.

²³⁵. Cf. no mesmo sentido, LEÃO, Nilzardo Carneiro. Os princípios da liberdade individual, a Constituição Federal e o Código de Processo Penal. Recife: edição do autor, 1961, p. 6.

tipos penais e da lei penal que, tratando com tipos existentes, dá-lhes tratamento mais gravoso (*lex gravior*).

Complementam-no o *princípio da retroatividade incondicionada da lei penal descriminalizadora (abolitio criminis)*, estabelecido pelo artigo 2º, *caput*,²³⁶ e o *princípio da retroatividade incondicionada da lei penal favorável ao réu (lex mitior)* positivado pelo parágrafo único do mesmo artigo 2º²³⁷, sendo ambos do Código Penal.

Todos esses princípios são perfeitamente compreendidos pelos penalistas. Há, outrossim, consenso no sentido de que se tratam de princípios de direito penal, e não de direito processual penal. O processo penal é regido pelo *princípio do tempus regit actum*.²³⁸ É de clareza solar o artigo 2º do Código de Processo Penal: “A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”. A esse respeito, é de se recordar a lição de JOSÉ FREDERICO MARQUES:

A norma processual não tem efeito retroativo. A sua aplicação imediata decorre do princípio, válido para toda lei, de que, na ausência de disposições em contrário, não se aplica a norma jurídica a fatos passados, quer para anular os efeitos que já produziram, quer

²³⁶. “Ninguém pode ser punido por fato que a lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória”.

²³⁷. “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.

²³⁸. Cf., a propósito do tema, TUCCI, Rogério Lauria. Direito intertemporal e a nova codificação processual penal: subsídios para sistematização e aplicação do direito transitório no processo penal brasileiro. São Paulo: José Bushatsky, 1975, p. 4-5: “Duas são (...), e indubitavelmente, as regras fundamentais decorrentes da aplicação do princípio tempus regit actum: a) *irretroatividade* da nova lei processual penal (que se pode bem deduzir do enunciado anteriormente), de sorte que os atos realizados em conformidade com as disposições da antiga permaneçam válidos; e b) *imediatez* da nova lei processual, que passa a disciplinar o desenvolvimento restante do processo”.

para tirar, total ou parcialmente, a eficácia de efeitos ulteriores derivados desses fatos pretéritos. (...).

O erro dos que falam em lei processual retroativa está em que focalizam a aplicabilidade da norma, não em função do processo e, sim, relativamente ao crime que deste é objeto. (...).

A norma processual regula e disciplina os atos e atividades processuais, e não o direito de punir. Promulgada uma lei de processo, claro está que não pode atingir a relação jurídico-material em que se consubstancia o *jus puniendi*, visto que seu objeto é diverso. Também refogem à sua obrigatoriedade atos processuais anteriormente praticados. Só os atos que daí por diante forem praticados entrarão na órbita da lei nova.²³⁹

Logo, os referidos princípios se aplicam às *normas penais*, definidas por HELENO CLÁUDIO FRAGOSO como as “normas jurídicas que definem crimes e estabelecem sanções, bem como as condições de aplicação da sanção penal”.²⁴⁰

Contudo, em sede doutrinária admitiu-se, desde muitos anos, que, no que diz com a natureza jurídica, há como que uma “zona cinzenta” a separar as normas penais das normas processuais penais. Nessa área, é difícil identificar a natureza jurídica de cada uma das normas. É o que escreve JORGE DE FIGUEIREDO DIAS:

O direito penal substantivo visa a definição dos pressupostos do crime e das suas concretas formas de aparecimento, bem como a determinação, tanto em geral como em espécie, das conseqüências ou efeitos que à verificação de tais pressupostos se ligam – é dizer, das penas e das medidas de segurança --, bem como ainda das formas de conexão entre aqueles pressupostos e estas conseqüências.

²³⁹. MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. 2. ed., Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1965, v. 1, p. 44-45.

²⁴⁰. FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal: a nova parte geral. 10. ed., revista por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 73.

Ao direito processual penal cabe a regulamentação jurídica do modo de realização prática do poder punitivo estatal, nomeadamente através da investigação e da valoração judicial do comportamento do acusado do cometimento de um crime e da eventual aplicação de uma pena ou medida de segurança. (...)

É no entanto indiscutível que a nítida distinção traçada entre o direito penal e o direito processual perde muitas vezes sua clareza, quando se trata de saber se uma concreta norma ou instituto jurídico (*v.g.*, a prescrição, a queixa, a acusação particular) “pertence” ao direito penal ou ao direito processual penal.²⁴¹⁻²⁴²

Essa dificuldade é inegável. Não se pode aceitar, portanto, o critério topográfico e simplificador aparentemente adotado por PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, que afirma que todas as normas colocadas no Código Penal são penais.²⁴³ Há, evidentemente, no Código Penal, normas processuais penais.

Tome-se o exemplo das causas de extinção da punibilidade. Algumas delas se constituem em meros obstáculos ao andamento do processo criminal, como a prescrição, a decadência, a perempção, a renúncia ao direito de queixa e o perdão aceito, nos crimes de ação privada, o casamento da ofendida com o autor de crime contra os costumes etc. Não alteram a conformação jurídico-penal do fato, mas apenas evitam a tramitação do processo penal condenatório respectivo. Nessas hipóteses, seria perfeitamente fácil afirmar o

²⁴¹. DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito processual penal: lições do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias coligidas por Maria João Antunes. Coimbra: Faculdade de Direito, 1988-1989, p. 4 e 11.

²⁴². Cf., nesse sentido, TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei n. 7.209. de 11.7.1984. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1987, p. 38.

²⁴³. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Curso de direito penal. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1992, v. 1, p. 22.

caráter processual penal das normas, até porque a punibilidade não integra o conceito analítico de crime, em que pesem as opiniões contrárias de GIULIO BATTAGLINI²⁴⁴ e, mais recentemente, de GIORGIO MARINUCCI e EMILIO DOLCINI.²⁴⁵

Contudo, há outras causas, como a anistia e a *abolitio criminis*, “em que se extingue não a pena, mas sim o próprio crime”.²⁴⁶ Daí a dificuldade em definir exatamente qual a natureza das normas que estabelecem causas de extinção da punibilidade.

Há, de fato, uma “zona cinzenta”, que leva JORGE DE FIGUEIREDO DIAS a aconselhar que:

(...) a atribuição da norma ou do instituto ao direito penal ou antes ao processo penal não seja levada a cabo numa base puramente lógico-formal, conceitualista ou subsuntiva, mas por apelo a considerações teleológicas, axiológicas-normativas e político-

²⁴⁴. BATTAGLINI, Giulio. Direito penal: parte geral. Trad. de Paulo José da Costa Júnior e Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 1964, p. 122: “Face ao novo sistema, [refere-se ao estabelecido pelo Código Penal italiano de 1930] (...) a punibilidade adquire caráter de elemento próprio do delito, a ser acrescentado ao fato típico e à culpa”.

²⁴⁵. MARINUCCI, Giorgio e DOLCINI, Emilio. Corso di diritto penale. Milão: Giuffrè, 1995, v. 1, p. 271-272: “(...) lo schema di analisi del reato -- cioè la sua scomposizione in una serie di elementi disposti logicamente l'uno di seguito all'altro -- che meglio rispecchia la fisionomia che ogni reato possiede nel nostro ordinamento è quello che individua nel reato quattro elementi: - un fatto (umano) -- l'antigiuridicità del fatto; -- la colpevolezza del fatto antigjuridico; la punibilità del fatto antigjuridico e colpevole”. Tradução livre: “(...) o esquema de análise do crime -- isto é, a sua decomposição em uma série de elementos dispostos logicamente um seguido do outro -- que melhor respeita a fisionomia que todo crime possui em nosso ordenamento é aquele que identifica no crime quatro elementos: - um fato (humano) -- a antijuridicidade do fato; -- a culpabilidade do fato antijurídico; a punibilidade do fato antijurídico e culpável”.

²⁴⁶. FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal: a nova parte geral. 10. ed., revista por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 417.

criminais, que tomem em particular conta a razão e os efeitos da imputação à luz do caso concreto.²⁴⁷

Não parece que essa solução -- deixar que a conclusão sobre a natureza jurídica da norma dependa de valoração teleológica do seu aplicador -- seja a melhor. Redundará em afirmar que não há resposta lógico-jurídica para a questão da natureza jurídica das normas. Como o tema tem relevância prática inegável, realidade admitida pelo próprio JORGE DE FIGUEIREDO DIAS,²⁴⁸ a idéia de uma indeterminação nessa resposta ocasionará a adoção de soluções discrepantes -- sobre a eficácia das leis no tempo -- conforme se esteja diante de um caso ou de outro, ainda quando os critérios pudessem ser os mesmos, o que contribuirá para a desmoralização do sistema penal.

Além disso, possibilita o surgimento de teorias como as de AMÉRICO A. TAIPA DE CARVALHO. Esse autor português construiu uma teoria que, na prática, elimina a distinção entre normas de natureza penal e de natureza processual penal, ampliando artificialmente a já citada “zona cinzenta” para além dos exemplos citados, indo atingir as espécies de prova e os graus de recurso, por exemplo. Em outras palavras: quase todas as normas atinentes ao processo penal. Para o dito autor, processuais seriam apenas as regras relativas à forma de citação e intimação, à redação dos mandados judiciais, às formas de registro dos atos processuais, aos prazos de

²⁴⁷. DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito processual penal: lições do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias coligidas por Maria João Antunes. Coimbra: Faculdade de Direito, 1988-1989, p. 12.

²⁴⁸. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Idem*, p. 11.

notificação do imputado, e a outras formalidades de nonada.²⁴⁹

Essa visão implica na ampliação da “zona cinzenta” para quase todo o processo penal. As normas processuais, para o autor lusitano, ficariam reduzidas a muito poucas ou, quiçá, a nenhuma. Ora, essa ampliação conflita com toda a lógica jurídica, conforme se pode perceber da correta lição de ROGÉRIO LAURIA TUCCI:

(...) cumpre ao estudioso distinguir, para logo, entre norma de direito processual penal e preceito de direito penal material -- sujeitos evidentemente a regulamentações diversas. E, a seguir, verificando que se trata da primeira -- norma estritamente processual -- adequar sua aplicação aos processos pendentes, sob a inspiração do princípio *tempus regit actum*, com o temperamento eventualmente imposto pela observância da regras inseridas em *disposições transitórias*.

Só mesmo se, na sua essência, e dadas certas peculiaridades, tais normas se apresentarem como de direito penal material ou *mistas* [equivalentes à situação, numa zona neutra, de institutos de caracteres variados, e penais materiais e processuais penais a um só tempo (...)] deverá ser-lhes conferido tratamento diverso, em consonância, já agora, com a legislação penal codificada ou extravagante.²⁵⁰

O argumento de AMÉRICO A. TAIPA DE CARVALHO é, *data venia*, pueril: porque no direito processual penal “há normas que podem afetar os direitos individuais fundamentais”²⁵¹ ou, por outra,

²⁴⁹. CARVALHO, Américo A. Taipa de. Sucessão de leis penais. Coimbra: Coimbra Editora, 1990, p. 213.

²⁵⁰. TUCCI, Rogério Lauria. Direito intertemporal e a nova codificação processual penal: subsídios para sistematização e aplicação do direito transitório no processo penal brasileiro. São Paulo: José Bushatsky, 1975, p. 22.

²⁵¹. CARVALHO, Américo A. Taipa de. Sucessão de leis penais. Coimbra: Coimbra Editora, 1990, p. 210.

“há normas que dizem diretamente respeito aos direitos e garantias de defesa do argüido”,²⁵² justifica-se que, por isso, se lhes dirija a denominação de “normas processuais penais materiais”, enquanto que as que não digam respeito a esses direitos serão qualificadas de formais.²⁵³ E mais: justifica-se que as ditas “normas processuais penais materiais” tenham aplicação retroativa quando benéficas ao imputado.

Esquece-se o referido autor -- muito citado no Brasil, quando da edição das Leis ns. 9.099, de 26 de setembro de 1995 e 9.271, de dezessete de abril de 1996 -- de que o processo penal é, inteiramente, um assunto relacionado com os direitos e garantias individuais. Todo o processo penal condenatório, desde o seu começo até o seu final, atualiza ou posterga os direitos e garantias individuais. No primeiro caso, diz-se-o *devido*; no segundo, configura coação ilegal remediável por *habeas corpus*.

Não é lícito afirmar, com AMÉRICO A. TAIPA DE CARVALHO, que os prazos de notificação do imputado não se refiram aos seus direitos, mas sejam apenas uma “formalidade”. A forma de redação de um mandado também não é assunto imune a uma contestação procedente por parte do imputado, ao argumento de que foi por ela prejudicado. O procedimento e as regras a ele atinentes se constituem numa garantia do indivíduo frente ao Estado, conforme adverte, exemplarmente, NILZARDO CARNEIRO LEÃO:

O direito processual penal é tido como formal. As formas asseguradas pelo processo, como diz DE PINA, são uma garantia para os direitos individuais e a liberdade dos cidadãos. Em uma justiça para a qual não existam tramites previamente estabelecidos,

²⁵². CARVALHO, Américo A. Taipa de. *Idem*, p. 211.

²⁵³. CARVALHO, Américo A. Taipa de. *Ibidem*, p. 213.

onde o indivíduo fique de maneira arbitrária subordinado à sua ação, existe um perigoso sistema “incompatível com a noção de um Estado de Direito” (...).²⁵⁴

Daí porque é indefensável a idéia de que as normas do processo penal são quase todas mistas e as que não são mistas não o são porque encerram mera e desimportante “formalidade”. É uma generalização que apenas faz semear confusão no seio do direito processual penal. É exemplar a lição proferida por JOSÉ FREDERICO MARQUES:

Outra regra que não tem guarida em direito processual intertemporal é a da aplicação da lei mais branda e favorável ao réu, no caso de conflito de normas. Como explicou BERTAULD, se o acusado está inocente, a lei nova, ao que se presume, deve oferecer-lhe amplas garantias para defender-se cabalmente, pois do contrário seria ilegítima; se o réu não está inocente, é inconcebível que “a culpabilidade possa ter direitos adquiridos contra a sociedade em relação a uma lei defeituosa que lhe permitisse escapar à repressão” (...).

Portanto, se uma lei nova prejudicar os direitos da defesa, não será decorrência de preceitos sobre o conflito de normas no tempo, a sua não aplicação. Tal lei será juridicamente ilegítima, por inconstitucional, visto encontrar-se repelida pela disposição da Lei Basilar que assegura “aos acusados ampla defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela” (Constituição Federal [de 1946], art. 141, § 25). Essa lei será inaplicável não só aos processos pendentes, como a todos os que se iniciarem após sua

²⁵⁴. LEÃO, Nilzardo Carneiro. O ensino do direito judiciário penal. Recife: edição do autor, 1959, p. 9-10 e Princípios do processo penal. Recife: edição do autor, 1960, p. 17.

promulgação.²⁵⁵

A essa lição acrescenta-se a de ROGÉRIO LAURIA TUCCI, que formula o seguinte raciocínio: “(...) competindo ao Estado disciplinar, como melhor entender, a administração da justiça, é de presumir-se seja ela (a nova lei) mais perfeita do que a precedente, quer para proteção do interesse coletivo, quer também, nos Estados de Direito, para tutela dos direitos individuais”.²⁵⁶

Ao esquecimento de lições axiomáticas como estas não se podem permitir os juristas contemporâneos.

Contudo, considerada a preocupação que o tema suscita, há um aspecto, referente ao *princípio da legalidade dos crimes e das penas*, que deve ser considerado.

Disciplina o já referido artigo 42 do Código Penal o *princípio da detração penal*. Esse princípio, também muito conhecido dos penalistas, determina o desconto, na pena ou na medida de segurança finalmente aplicada ao réu condenado, o tempo em que ficou preso provisoriamente, durante o processo penal, ou o tempo em que ficou detido por prisão administrativa, no Brasil ou no estrangeiro.

Tem ele um efeito muito relevante no que diz com o processo penal condenatório.

Se o imputado responde a todo processo penal, ou a parte dele, sob prisão provisória -- em flagrante, preventiva, em virtude de pronúncia, em virtude de sentença penal condenatória recorrível, temporária -- e é finalmente absolvido, poder-se-ia concluir que sua

²⁵⁵. MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. 2. ed., Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1965, v. 1, p. 47-48.

²⁵⁶. TUCCI, Rogério Lauria. Direito intertemporal e a nova codificação processual penal: subsídios para sistematização e aplicação do direito transitório no processo penal brasileiro. São Paulo: José Bushatsky, 1975, p. 5.

prisão foi unicamente uma *medida cautelar*, ou antecipatória, ou ato de polícia judicial. Preso legal ou ilegalmente, o fato é que, absolvido o réu, não se disputa acerca da natureza processual penal de sua prisão.

Contudo, se o réu é finalmente condenado, o tempo que cumpriu à guisa de prisão provisória se transforma, por obra do *princípio da detração penal*, em pena privativa de liberdade, dado que a ela se integra.

Isso implica em que, quando um imputado está cumprindo prisão provisória, também está executando sua futura condenação, ao menos potencialmente. Isso porque a condenação é, no caso, sempre provável.

Em outras palavras: a prisão cumprida por um acusado, antes de sua condenação definitiva, tem natureza processual penal *e também* penal, na medida em que não se pode, logicamente, cindi-la. Também por exigência lógica, é de se concluir que a prisão provisória tem sempre essa natureza mista, ainda quando o acusado tenha sido absolvido.

É, pois, no preciso setor das medidas de urgência privativas da liberdade do imputado, que existe a chamada “zona cinzenta” relativa à natureza jurídica das respectivas normas.

O efeito acima descrito deriva, pois, do *princípio da detração penal*. Dele decorre que a prisão processual, por ser ao mesmo tempo prisão penal, sujeita-se aos princípios relacionados com esta, como o da *legalidade*, o da *anterioridade da lei penal*, da *retroatividade incondicionada* da *lex mitior* e da *abolitio criminis*, da *irretroatividade absoluta* da *lex gravior* e da lei criadora de tipos penais etc.

A prisão processual, em virtude desse princípio, *só pode ser decretada se prevista em lei formal, entrada em vigor antes do fato criminoso, e as alterações*

legais posteriores ao fato, se favoráveis ao imputado, não de ser a ele estendidas.

Outra consequência deveras relevante para a análise ora empreendida é a inaplicabilidade, no caso das medidas cautelares processuais penais privativas da liberdade, do assim chamado *poder geral de cautela*. Isso pela simples razão de que as medidas privativas da liberdade do imputado não de estar previstas em lei formal, sem a possibilidade de criação judicial ou de analogia.

O *poder geral de cautela*, aplicado às medidas cautelares privativas da liberdade do imputado, corresponderia à imposição, por obra da analogia, de uma pena criminal. É possível ir um pouco mais além nessa afirmação: qualquer cláusula, ainda que legal, dando ao juiz um poder genérico para decretar medidas processuais penais de urgência privativas da liberdade está rigorosamente vedada pelas razões acima expostas.

O *princípio da legalidade*, expresso com essa preocupação, está presente no artigo 191 do Código de Processo Penal português, ao determinar, no seu item 1, o seguinte: “A liberdade das pessoas só pode ser limitada, total ou parcialmente, em função de exigências processuais de natureza cautelar, pelas medidas de coação e de garantia patrimonial previstas na lei”.

Essa mesma consequência não está presente quando se tratam de medidas cautelares que não suprimem a liberdade do imputado. Não é correta, portanto, a generalização pretendida por ANTONIO SCARANCE FERNANDES, para quem todas as medidas cautelares processuais penais somente serão legítimas se “taxativamente previstas em lei, não se admitindo, por isso, interpretação extensiva”.²⁵⁷ Essa vedação está presente nas medidas cautelares

²⁵⁷. FERNANDES, Antonio Scarance. *A fiança criminal e a Constituição Federal*. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, n. 670, p. 256-257.

privativas da liberdade do imputado, pelas razões acima expostas, mas não há, rigorosamente, vedação para o “poder geral de cautela” se aplicado a quaisquer outras medidas cautelares. O mesmo raciocínio vale para a generalidade das medidas de urgência não-cautelares privativas da liberdade do imputado.

Com esse critério, embasado lógica e juridicamente, procura-se por fim à polêmica a respeito da natureza das normas processuais penais, que tanta confusão tem causado na doutrina brasileira nos últimos tempos.

Pelas mesmas razões acima expostas, aplicam-se às medidas de urgência do processo penal brasileiro privativas da liberdade do imputado o *princípio da humanidade da pena*,²⁵⁸ o *princípio da personalidade da pena*,²⁵⁹ e o *princípio da individualização da pena*.²⁶⁰⁻²⁶¹

Pode parecer estranho que o *princípio da individualização da pena* se aplique às medidas de urgência privativas da liberdade do imputado. O regime aberto não se coaduna com a prisão preventiva, por exemplo. Contudo, a aplicação é perfeitamente lógica. Se o imputado se encontra preso por tempo que já lhe permitiria executar sua pena em regime mais ameno do que o fechado, é sinal de que a

²⁵⁸. Incisos III [“ninguém será submetido a (...) tratamento desumano ou degradante”] e XLIX (“é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”) ambos do artigo 5º da Constituição.

²⁵⁹. Inciso XLV do artigo 5º da Constituição: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado (...)”.

²⁶⁰. Inciso XLVI do artigo 5º da Constituição: “A lei regulará a individualização da pena (...)”.

²⁶¹. Cf., a respeito do tema, sob o anterior ordenamento processual penal italiano, o ensaio de GIARDA, Angelo. *Lineamenti del regime carcerario dell'imputato in custodia preventiva*. In: *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milão: Giuffrè, 1979, a. 22, fasc. 2, abril-junho, p. 419-468.

prisão em regime mais rigoroso não é proporcional ao crime que cometeu. Assim, a aplicação do *princípio da individualização da pena* -- condicionado, é verdade, pelo trânsito em julgado da sentença para a acusação, que torna a pena imutável para mais -- é rigorosamente possível quando se tratam de medidas de urgência privativas da liberdade do imputado.

Outro princípio aplicável às medidas de urgência privativas da liberdade do processo penal brasileiro é o *princípio da judicialidade*, inserto no inciso LXI do artigo 5º da Constituição.²⁶²

Por ele entende-se que toda a prisão -- salvo as exceções contidas na lei ou na Constituição -- deverá ser decretada por Juiz. Isso decorre da idéia de que o Juiz, agente político do Estado que é, titulariza a legitimidade política dos membros da sociedade para privar um de seus membros da liberdade de locomoção.

Referido princípio foi adotado pelo atual Código de Processo Penal italiano, rompendo a regra anteriormente vigente, que dava ao Ministério Público o poder de baixar *ordine di cattura* do imputado. GLAUCO GIOSTRA qualifica essa modificação como *uma das mais significativas* da nova legislação processual penal italiana:

*Una delle scelte più significative del nuovo codice (...) è stata quella di sottrarre al pubblico ministero il potere di restringere la libertà personale della controparte. (...) nella nuova geografia del codice la libertà personale rientra a pieno ed esclusivo titolo nei territori della giurisdizione; (...) almeno sulla carta soltanto il giudice, quasi sempre il giudice per le indagini preliminari, decide in materia: il pubblico ministero può soltanto richiedere.*²⁶³

²⁶². “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”.

²⁶³. GIOSTRA, Glauco. Il giudice per le indagini preliminari e le garanzie della libertà personale. In: Rivista italiana di diritto e procedura penale. Milão: Giuffrè, 1994,

As duas exceções não circunstanciais ao *princípio da judicialidade* são constituídas pelo flagrante delito e pela prisão disciplinar dos militares sobre seus subordinados. Ambos se constituem em medidas tradicionais, as quais são mantidas pela maioria dos países civilizados.

A prisão em flagrante, embora seja uma exceção ao *princípio da judicialidade*, só o é até certo ponto, na medida em que o Juiz executa uma análise da legalidade da prisão posteriormente à sua realização.

Isso é possível dado o *princípio do imediato controle jurisdicional da prisão não decretada por juiz*,²⁶⁴ excepcionado somente no caso da prisão disciplinar militar, dada a lógica das relações militares.²⁶⁵

Também excepcionam o *princípio da judicialidade* fatores circunstanciais, como o *estado de defesa* e o *estado de sítio*. O primeiro, segundo a fórmula do artigo 136, *caput*, da Constituição, destinado a “preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidos por calamidades de grandes proporções na natureza”; o segundo, ainda segundo a Constituição, em seu artigo 137, decretável em caso de “comoção

a. 37, fasc. 4, outubro-dezembro, p. 1256. Tradução livre: “Uma das opções mais significativas do novo Código (...) foi aquela de subtrair do Ministério Público o poder de restringir a liberdade pessoal da parte contrária. (...) na nova geografia do Código a liberdade pessoal ingressa a pleno e exclusivo título no território da jurisdição. (...) ao menos no papel somente o juiz, quase sempre o juiz para as investigações preliminares, decide na matéria: o Ministério Público pode somente requerer”.

²⁶⁴. Incisos LXII [“a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente (...)”] e LXV (“a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”), ambos do artigo 5º da Constituição.

²⁶⁵. § 2º do artigo 142 da Constituição: “Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares”.

grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa” e de “declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira”.

Durante o estado de defesa, o *princípio da judicialidade* resta excepcionado, por força do § 3º, inciso I, do artigo 136, da Constituição. Autoriza essa regra que as prisões sejam decretadas pelo executor do estado de defesa; que, após a execução da medida, deve imediatamente providenciar que cheguem ao conhecimento da autoridade judicial competente, para exame de legalidade. Não há dispositivo semelhante expresso para o estado de sítio, embora a regra do controle jurisdicional posterior também nesse caso se justifique.

Correlato ao *princípio da judicialidade* e, também, ao *princípio do imediato controle jurisdicional da prisão processual não-decretada por juiz*, é o *princípio do habeas corpus*, estabelecido pelo inciso LXVIII do artigo 5º da Constituição.²⁶⁶ *Habeas corpus* esse que, também por determinação do inciso LXXVII do mesmo artigo, deve ser gratuito.²⁶⁷

Interessante observar que o *princípio do habeas corpus* não é excepcionado senão pelo § 2º do artigo 142 da Constituição, acima referido. Não há, por exemplo, exclusão do *habeas corpus* durante os *estados de sítio e de emergência*; até porque será possível que o executor das respectivas medidas aja com excesso mesmo dentro das normas ditadas e justificadas por qualquer das situações excepcionais. Ao estatuir, no número 2 da Seção IX do seu artigo 1º, que “o privilégio

²⁶⁶. “dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

²⁶⁷. “são gratuitas as ações de *habeas corpus* (...)”.

de *habeas corpus* não poderá ser suspenso, salvo em caso de rebelião ou invasão, quando tal for exigido pela salvação pública”,²⁶⁸ a Constituição estadunidense é, nesse ponto, menos liberal do que a brasileira.

O *princípio do devido processo legal (due process of law)*²⁶⁹ completa, obviamente, o *princípio da judicialidade*. Multifacetado, o *princípio do devido processo legal* também estabelece que, dentre os Juízes, apenas o competente tem legitimidade real para decidir acerca da prisão de uma pessoa.

Acerca do *princípio da legalidade processual*, escreve RENÉ ARIEL DOTTI:

O *princípio da legalidade do processo* (...) refere-se à exigência da *forma* pré-estabelecida em lei para a validade dos atos e termos do processo. A sua consagração formal é estabelecida na Carta Política de 1988, conforme o art. 5º, LIV (...): “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.²⁷⁰

Confira-se, outrossim, a passagem de NILZARDO CARNEIRO LEÃO a respeito do tema:

O princípio de legalidade é garantia da justiça punitiva e, no processo penal, é razão da segurança individual contra o arbítrio do órgão punitivo, que não pode usar outro instrumento que o processo, previamente estruturado por lei. (...).

A nulidade, que é uma sanção processual, decorre da máxima

²⁶⁸. MIRANDA, Jorge (org. e trad.). *Constituições de diversos países*. 3. ed., Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1986, p. 345. .

²⁶⁹. Incisos XLV (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”) e LIII (“ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”) ambos do artigo 5º da Constituição.

²⁷⁰. DOTTI, René Ariel. *Princípios do processo penal*. In: *Fascículos de ciências penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, a. 6, v. 6, n. 1, p. 95.

legalista. Se a pena é a conseqüência para aquele que viola o que previamente é tido como infração por lei, a nulidade é o resultado da não obediência, no processo, daquilo que estava determinado como forma de proceder.²⁷¹

Também se constitui num princípio complementar ao da *judicialidade* o da *motivação das decisões judiciais*.²⁷² A mesma teorização que dá ao Juiz a legitimidade para decidir sobre a liberdade de alguém, condiciona o exercício desse poder à fundamentação da decisão, isto é, à exposição o tão clara quanto possível, dos motivos pelos quais decretou a prisão. É um princípio essencial desde que os sistemas processuais modernos abandonaram o sistema da prova legal. Existe para possibilitar a contrastação das decisões por órgãos judiciais superiores.

CESÁR DE FARIA JÚNIOR acrescenta a essas finalidades as seguintes:

Do ponto de vista subjetivo, a motivação dos atos decisórios tem por escopo imediato demonstrar ao próprio Juiz, antes mesmo que às partes, a *ratio scripta* que os legitima, cujo teor se encontrava em sua intuição.

(...) Por outro lado, a exigência da motivação justifica-se para se saber se a sentença refletiu um ato de justiça ou de injustiça, um leal cumprimento do dever ou uma prevaricação, a vontade da Lei ou a realização de um desejo insopitável de maldade (...).²⁷³

²⁷¹. LEÃO, Nilzardo Carneiro. Princípios do processo penal. Recife: edição do autor, 1960, p. 41.

²⁷². Inciso IX do artigo 93 da Constituição: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)”.

²⁷³. FARIA JÚNIOR, César de. A motivação das decisões como garantia constitucional e seus reflexos práticos. In: Fascículos de ciências penais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, a. 4, v. 4, n. 1, p. 36.

Tão relevante é o *princípio da motivação dos provimentos jurisdicionais* que, mesmo nos casos de decretação tida pela lei como obrigatória, a decisão judicial nesse sentido deve ser fundamentada. EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, escrevendo sobre a hoje extinta *prisão preventiva obrigatória*, lembrava os Juízes de seu “dever imperioso” de fundamentarem as decretações dessa medida. E complementava que, mesmo quando os Tribunais Superiores não concedessem *habeas corpus* anulando decisões não fundamentadas, os Juízes deveriam saber que haviam faltado “gravemente” ao seus deveres.²⁷⁴

Outro princípio que rege a privação da liberdade do imputado é o da *excepcionalidade do automatismo da prisão*, que fica reservada para os crimes mais graves do ordenamento jurídico.

Há quem defenda o automatismo da prisão, como SÉRGIO M. DE MORAES PITOMBO, que o vê como uma forma de dar efetividade ao processo penal, tomado como um instrumento de repressão das condutas desviantes:

Mais que a dureza das penas, importa a rapidez e certeza do castigo. Tal fato é experimental. A *prisão preventiva obrigatória*, sem perder o caráter de *providência cautelar*, bem haveria de consistir em fator colaborante da reprovação e prevenção de infrações penais graves. Traria as idéias de exemplaridade e de restauração da confiança na lei, que interessam à segurança social.²⁷⁵

Contudo, o automatismo da prisão, *como regra geral*, acaba por ocasionar injustiças. A respeito, é oportuna a advertência de VICENTE GRECO FILHO, para quem “a prisão processual obrigatória,

²⁷⁴. ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro anotado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. 3, p. 393.

²⁷⁵. PITOMBO, Sérgio M. de Moraes. *Prisão temporária e crise urbana*. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, n. 603, p. 298.

além de incompatível com os princípios do processo penal moderno, é inviável na prática e acabaria ficando desmoralizada”.²⁷⁶ Não se trata de um princípio absoluto, na medida em que a própria Constituição disciplina situações em que a manutenção da prisão em flagrante é obrigatória. De fato, para alguns crimes -- como o racismo,²⁷⁷ os crimes de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os crimes definidos pela lei como hediondos²⁷⁸ e, por fim, os crimes praticados por grupos armados, civis ou militares, objetivando vulnerar a ordem constitucional e o Estado democrático²⁷⁹ -- a manutenção da prisão em flagrante é obrigatória, pois é constitucionalmente vedado que a lei considere-os afiançáveis. Esse automatismo, entretanto, é excepcional, não podendo ser estendido a outras infrações penais.

O mesmo princípio norteou o Código de Processo Penal italiano de 1988. Para VITTORIO GREVI, aliás, entre as introduzidas pelo novo diploma, *“non c’è dubbio che, al riguardo, la novità di maggior peso sia rappresentata dalla caduta di qualunque automatismo, del tipo di quello che in*

²⁷⁶. GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 241.

²⁷⁷. Cf. o inciso XLII do artigo 5º da Constituição: “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

²⁷⁸. Cf. o inciso XLIII do artigo 5º da Constituição: “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

²⁷⁹. Cf. o inciso XLIV do artigo 5º da Constituição: “constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”.

passato aveva presieduto alla figura della ‘cattura obbligatoria’”.²⁸⁰

Outro autor italiano, GIUSEPPE RICCIO, dá a entender que o novo estatuto processual penal daquele país, ao jurisdicionalizar as medidas cautelares, deu substância à atividade decisória do Juiz nessa matéria. De fato, pouco adiantaria falar-se em *princípio da judicialidade* aplicado às medidas de urgência privativas da liberdade do imputado, se o Juiz estivesse obrigado, sempre e sempre, a decretá-las. Eis o que escreve o referido autor:

La giurisdizionalizzazione delle misure cautelari, (...) eliminando ogni automatismo (...) potenzia il potere discrezionale del giudice, chiamato a decidere -- contemporaneamente -- sulla presenza dei presupposti e delle condizioni autorizzative del provvedimento, sulla adeguatezza della misura da adottarsi rispetto al caso specifico, nonché sulla proporzione tra tale [SIC] misura ed il probabile risultato finale del giudizio.

*(...) La giurisdizionalizzazione del procedimento ha comportato la naturale conseguenza dell’abbandono del binomio “mandato obbligatorio-mandato facoltativo” e, quindi, la caduta dell’automatismo del provvedimento (...) a lunga causa del persistere di una prassi protesa a “normalizzare” lo status di detenuto dell’imputato.*²⁸¹

²⁸⁰. GREVI, Vittorio. Introduzione. In: GREVI, Vittorio (org.). La libertà personale dell’imputato verso il nuovo processo penale. Milão: Giuffrè, 1989, p. 5. Tradução livre: “não há dúvida que, no que concerne ao presente tema, a novidade de maior peso seja representada pela queda de qualquer automatismo, do tipo daquele que no passado havia presidido à figura da captura (ou ‘prisão preventiva’) obrigatória”.

²⁸¹. RICCIO, Giuseppe. Principio di giurisdizionalità e vincoli alla discrezionalità nell’odierna disciplina della libertà personale. In: GREVI, Vittorio (org.). La libertà personale dell’imputato verso il nuovo processo penale. Milão: Giuffrè, 1989, p. 5. Tradução livre: “A jurisdicionalização das medidas cautelares, eliminando qualquer automatismo (...) potencializa o poder discricionário do juiz, chamado a decidir -- contemporaneamente -- sobre a presença dos pressupostos e das condições autorizativas do provimento, sobre a adequação da medida a adotar, com respeito ao caso específico, além da proporção entre tal medida e o provável resultado final do processo. (...) A jurisdicionalização do procedimento comportou a natural consequência do abandono

O *princípio da excepcionalidade do automatismo da prisão processual* é também expresso de outra forma, como *princípio da proporcionalidade*. A idéia-máter desse princípio vem exposta por FERNANDO DA COSTA TOURINHO NETO:

Os juízes criminais tendem a absolver quando há uma desproporcionalidade entre o fato delituoso e a pena cominada abstratamente, razão porque a pena, no seu mínimo, não pode ser tão elevada que cause ao juiz uma sensação de ser injusta, apesar de o criminoso merecer a punição, mas não a exageradamente prevista. Deve, portanto, haver uma proporcionalidade entre a pena e o crime. A pena deve ser proporcional ao delito, caso contrário não se fará justiça, não haverá uma justa retribuição.²⁸²

Em outras palavras, as medidas processuais penais de urgência não de ser graduadas de acordo com a gravidade do crime. Especialmente as medidas privativas da liberdade do imputado não de ficar reservadas aos crimes que, quando do julgamento final, o imputado possa ser, efetivamente, condenado a uma pena de prisão. Segundo ANTONIO SCARANCE FERNANDES, “a regra da proporcionalidade impõe que as exigências cautelares sejam graduadas de acordo com a gravidade do crime e [as] sanções que poderão vir a ser aplicadas (art. 193.2 do CPP português e 275 do CPP italiano)”.²⁸³

do binômio ‘mandado obrigatório-mandado facultativo’ e, portanto, a queda do automatismo do provimento, desde muito causa da persistência de uma práxis destinada a reconhecer como ‘normal’ o *status* de preso do imputado”.

²⁸². TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Anotações à Lei dos crimes hediondos. In: Revista OAB-Bahia. Salvador: Ordem dos Advogados do Brasil-Seção da Bahia, 1992, n. 2, p. 84.

²⁸³. FERNANDES, Antonio Scarance. A fiança criminal e a Constituição Federal. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, n. 670, p. 257.

Em estudo comparativo sobre as medidas de urgência no Brasil e na Alemanha, escreve SIDNEI AGOSTINHO BENETTI:

Todo o sistema das prisões provisórias, na Alemanha e no Brasil, observa o chamado princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), pelo qual a prisão preventiva não pode ser imposta caso não exista adequação da grave restrição de liberdade à infração imposta e à pena prevista. Desse princípio resulta a inadmissibilidade da prisão preventiva relativamente a pequenas infrações, para as quais não seja prevista pena privativa de liberdade.²⁸⁴

O *princípio da proporcionalidade* tem um inegável sabor pré-legislativo. Face ao *princípio da legalidade*, que preside o processo penal, e dado o inciso LXVI do artigo 5º da Constituição,²⁸⁵ que confere à lei a atribuição de definir as hipóteses de liberdade vinculada, com ou sem fiança, é duvidoso que o Juiz possa considerar uma prisão desproporcional ao crime. O matiz pré-legislativo desse princípio fica claro nas linhas de ODONE SANGUINÉ: “O princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso exige que as restrições dos direitos fundamentais se encontrem previstas pela lei, sejam adequadas aos fins legítimos aos quais se dirijam, e constituam medidas necessárias em uma sociedade democrática para alcançá-los”.²⁸⁶

É exemplar a passagem de ANGELO GIARDA a respeito do tema:

²⁸⁴. BENETTI, Sidnei Agostinho. Prisão provisória: direitos alemão e brasileiro. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, n. 669, p. 272.

²⁸⁵. “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

²⁸⁶. SANGUINÉ, Odone. Prisão provisória e princípios constitucionais. In: Fascículos de ciências penais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992, a. 5, v. 5, n. 2, p. 101.

Si è parlato di un male inevitabile e si è anche detto che, paradossalmente, si finisce per restringere o escludere la libertà personale dell'imputato allo scopo di sapere se gli potrà applicare una pena restrittiva di tale libertà. Proprio perché si tratta di un male anticipato rispetto ad un esito incerto (...) lo sforzo del legislatore, degli interpreti e degli operatori deve tendere a ridurre la presenza nella vita dell'imputato entro spazi ragionevolmente accettabili. E, soprattutto, secondo canoni di equilibrata composizione tra le esigenze dell'accertamento penale e gli insopprimibili diritti di libertà inviolabili da chiunque, autorità statali comprese.²⁸⁷

A proporcionalidade se verifica em dois sentidos: qualitativo e quantitativo. O primeiro ocorre através da escolha, que o legislador faz, das medidas processuais coercitivas, sempre tendo em conta a pena que pode vir a ser aplicada ao imputado. O segundo, através da criação, por obra da lei ou da jurisprudência, de prazos máximos de prisão processual.

A fim de comprovar que o matiz pré-legislativo é inerente ao *princípio da proporcionalidade*, tome-se o exemplo da Espanha, em que a duração da prisão processual é regulada pela quantidade de pena cominada ao crime. Escrevem, a respeito, L. PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ e E. GUTIÉRREZ DE CABIEDES:

La situación de prisión provisional no durará más de tres meses cuando se trate

²⁸⁷. GIARDA, Angelo. Arresti domiciliari e misure alternative alla custodia cautelare in attesa del nuovo codice. In: GREVI, Vittorio (org.). La libertà personale dell'imputato verso il nuovo processo penale. Pádua: CEDAM, 1989, p. 121. Tradução livre: “Falou-se de um mal inevitável e se disse também que, paradoxalmente, acaba-se restringindo ou privando a liberdade de alguém ao escopo de saber se poder-se-á aplicar-lhe uma pena restritiva dessa liberdade. Exatamente porque se trata de um mal antecipado, com respeito a um êxito incerto, o esforço do legislador, dos intérpretes e dos operadores deve ser no sentido de reduzir-lhe a presença na vida do imputado entre espaços razoavelmente aceitáveis. E, sobretudo, segundo cânones de equilibrada composição entre as exigências do acerto penal e os insuprimíveis direitos de liberdade de quem quer que seja, autoridades estatais compreendidas”.

*de causa por delito al que corresponda pena de arresto mayor, ni más de un año cuando la pena sea de prisión menor o de dos años cuando la pena sea superior. En estos dos últimos casos, concurriendo circunstancias que hagan prever que la causa no podrá ser juzgada en estos plazos y que el inculpado pudiera sustraerse a la acción de la justicia, la prisión podrá prolongarse hasta dos y cuatro años, respectivamente.*²⁸⁸

Correlato a esse princípio é o da *necessidade* das medidas de urgência privativas da liberdade do imputado. Toda a medida desse gênero deve ser *necessária*.

Com isso se quer significar que, havendo uma situação de urgência que requeira a proteção judicial, havendo uma outra medida que possa obter o mesmo resultado de uma prisão -- como a liberdade vinculada com fiança, por exemplo -- deve ela ser preferida pelos aplicadores do direito processual penal. Esse princípio se encontra positivado no acima citado inciso LXVI do artigo 5º da Constituição.

ANTONIO SCARANCE FERNANDES denomina-o de *princípio da adequação* e o define-o como o que impõe “ao juiz que, na aplicação das providências cautelares, procure, entre as previstas, aquela mais ajustada ao caso, ou, na terminologia do Código de Processo Penal italiano, busque a exigência cautelar que, em face de sua natureza e

²⁸⁸. FERRÁNDIZ, L. Prieto-Castro y e CABIEDES, E. Gutiérrez de. Derecho procesal penal. 4. ed., Madri: Tecnos, 1989, p. 259. Tradução livre: “A situação de prisão provisória não durará mais de três meses quando se trate de caso relacionado a crime ao qual corresponda pena de *arresto mayor* [espécie de pena existente na Espanha que dura de um mês e um dia a seis meses] nem mais de um ano quando a pena seja de *prisión menor* [espécie de pena existente na Espanha que dura de seis meses e um dia a seis anos] ou de dois anos quando a pena seja superior. Nesses dois últimos casos, concorrendo circunstâncias que façam prever que o caso não será julgado nesses prazos e que o acusado possa se subtrair à ação da polícia, a prisão poderá prolongar-se até dois e quatro anos, respectivamente”.

grau, se apresente mais idônea no caso concreto”.²⁸⁹

Outro princípio que a Constituição consagra é o da *publicidade da prisão*. Isto é: a prisão, enquanto ato do processo penal condenatório, deve se revestir de publicidade.

Não se trata, propriamente, de *publicidade externa* da prisão: que, aliás, também poderia ser garantida, desde que realizada com correção e respeito à dignidade pessoal do preso. Da forma como é feita, por obra de maus jornalistas e, por vezes, por iniciativa das autoridades policiais, é inadmissível. O direito do cidadão à própria imagem restringe a divulgação da *prisão provisória*, como forma de proteger o acusado de ilações levianas a seu respeito.

A *publicidade* a que se faz referência é de outro matiz. Garante-se a publicidade da prisão para os parentes do preso ou para a pessoa que indicar e, também, para o advogado que nomear. Essa publicidade está garantida pelo inciso LXII do artigo 5º da Constituição.²⁹⁰ Aliás, clarifica NILZARDO CARNEIRO LEÃO, a respeito do princípio da publicidade, o seguinte: “É de ser esclarecido que, em sentido técnico e estrito, princípio de publicidade significa pleno conhecimento dos atos dos processos pelas partes”.²⁹¹

Da mesma forma, o inciso LXIV do mesmo artigo 5º garante, para o preso, a divulgação dos *nomes* dos responsáveis pela prisão.²⁹²

²⁸⁹. FERNANDES, Antonio Scarance. A fiança criminal e a Constituição Federal. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, n. 670, p. 257.

²⁹⁰. “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”.

²⁹¹. LEÃO, Nilzardo Carneiro. Princípios do processo penal. Recife: edição do autor, 1960, p. 68.

²⁹². “o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial”.

Pela expressão “responsáveis pela prisão” se entende tanto o condutor, quanto as testemunhas ouvidas quando da lavratura do auto de prisão em flagrante. A nota de culpa, prevista no artigo 306 do Código de Processo Penal, acrescenta a essa garantia de publicidade os “motivos da prisão”, além de permitir o entendimento de que pela expressão “responsáveis pela prisão” devem ser entendidas também as testemunhas do ato. Tratam-se de precauções existentes com a finalidade de evitar, parafraseando NILZARDO CARNEIRO LEÃO, “a Justiça encapuzada, a justiça de grupos, a justiça da delação, a justiça da polícia-política, a justiça do segredo”.²⁹³

Essa publicidade da prisão é instrumental do *princípio da ampla defesa* e do *princípio do contraditório*.

Quanto a esses dois princípios, é de ver que estão garantidos em matéria de medidas de urgência privativas da liberdade do imputado, embora com características especiais.

Tome-se o *princípio do contraditório*, na verdade embutido no *princípio da ampla defesa*: pois através dele, *contraditório*, é possibilitada a *ampla defesa*, conforme admite NILZARDO CARNEIRO LEÃO.²⁹⁴ Tome-se esse exemplo.

O contraditório é definido por JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA como “*ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade*

²⁹³. LEÃO, Nilzardo Carneiro. Os princípios da liberdade individual, a Constituição Federal e o Código de Processo Penal. Recife: edição do autor, 1961, p. 8.

²⁹⁴. LEÃO, Nilzardo Carneiro. Princípios do processo penal. Recife: edição do autor, 1960, p. 53: “Na prática, principalmente, o princípio do contraditório assegura a plenitude de defesa, o que nem sempre é considerado pelos julgadores”.

de contrariá-los”.²⁹⁵

Obviamente, não há *ciência prévia* dos atos privativos da liberdade do imputado, sob pena de decretar-se a absoluta ineficácia desse gênero de medidas. Há contraditório, porém, na medida em que os documentos da prisão devem ser submetidos ao imputado preso, a fim de dar-lhe a oportunidade de impugnar a legitimidade da prisão. Manifesta essa idéia GLAUCO GIOSTRA, ao afirmar que “*la natura di atto a sorpresa della misura cautelare giustifica la mancanza di un contraddittorio anticipato, non la mancanza di ogni forma di contraddittorio, anche ex post*”.²⁹⁶ Em síntese: o imputado tem a ciência e a oportunidade de contrariar os atos processuais correspondentes à prisão; só não as tem previamente, podendo impugnar a medida após sua decretação e, eventualmente, sua implementação.

A mesma observação vale para a *ampla defesa*. O sistema jurídico não nega -- aliás, afirma -- o direito de ampla defesa do imputado no que concerne às medidas de urgência privativas da sua liberdade. O detalhe é que esse direito é limitado pela possibilidade de eficácia das medidas de urgência mesmas. O equívoco em que muita vez se incide é considerar que a expressão “*ampla defesa*” é sinônima da expressão “*defesa ilimitada*”. A defesa é ampla desde que o imputado tenha todas as condições adequadas ao exercício de sua defesa num determinado caso. Não significa que o imputado não

²⁹⁵. ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. Princípios fundamentais do processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 82.

²⁹⁶. GIOSTRA, Glauco. Il giudice per le indagini preliminari e le garanzie della libertà personale. In: Rivista italiana di diritto e procedura penale. Milão: Giuffrè, 1994, a. 37, fasc. 4, outubro-dezembro, p. 1256. Tradução livre: “(...) a natureza de ato praticado sem o conhecimento do imputado, característica das medidas cautelares, justifica a falta de um contraditório antecipado, não a falta de qualquer forma de contraditório, inclusive *ex post*”.

tem limites para exercê-la.

O *princípio da ampla defesa* e o *princípio do contraditório*, em matéria de medidas de urgência privativas da liberdade do imputado, estão também garantidos pelo inciso LXIII do artigo 5º da Constituição,²⁹⁷ que em sua segunda parte determina que a autoridade policial viabilize, com atitudes concretas, a assistência familiar e de advogado.

Correlato ao da *ampla defesa* é o princípio enunciado no brocardo “*nemo tenetur se detegere*”, previsto no inciso LXIII, primeira parte, do artigo 5º da Constituição.²⁹⁸

Reza esse princípio que o preso tem o direito de ficar calado e de não responder nada que lhe for perguntado. Trata-se de um direito ao silêncio deferido ao preso. O autor do presente estudo já escreveu que a regra “dirige-se à autoridade executante da prisão em flagrante ou ordenada por juiz” e “a essa autoridade determina que, ao prender alguém, proceda *lealmente*, esclarecendo o indiciado preso da desnecessidade de se pôr imediatamente a explicar, a dar sua versão sobre o fato que pensa ser a causa daquela prisão. Sua finalidade é tratar lealmente (...) o preso, decerto num dos seus momentos mais difíceis”.²⁹⁹

Nos Estados Unidos da América vige uma regra

²⁹⁷. “o preso será informado dos seus direitos (...) sendo-lhe assegurada a assistência a família e de advogado”.

²⁹⁸. “o preso será informado dos seus direitos, entre os quais o de permanecer calado (...)”.

²⁹⁹. RAMOS, João Gualberto Garcez. Audiência processual penal: doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 304.

constitucional, estabelecida pela 5ª Emenda,³⁰⁰ denominada *privilege agaisnt self-incrimination*. (literalmente: privilégio contra auto-incriminação). Segundo THOMAS J. GARDNER e VICTOR MANIAN, “*the privilege against self-incrimination evolved from the concept that no man shall be compelled to make the first charge against himself*”.³⁰¹

Segundo AKHIL REED AMAR, essa cláusula é uma “*unsolved riddle of vast proportions, a Gordian knot*” no interior do *Bill of Rights* estadunidense.³⁰²

Até 1964, a verificação judicial do cumprimento dessa *exclusionary rule* (literalmente: “regra exclusionária”, porque exclui do processo elementos produzidos com desrespeito a ela) era feita, caso a caso, com o exame da confissão porventura feita pelo indiciado preso. Diante de um caso em que o imputado houvesse confessado a prática do crime ou feito declarações contra seus interesses, o juiz ou tribunal, através de um *voluntariness test*, (literalmente: “teste de voluntariedade”) procurava descobrir se o imputado havia agido assim voluntariamente ou não; em suma, se havia sido, ou não,

³⁰⁰. “(...) Ninguém será forçado a testemunhar contra si próprio em processo criminal (...)”. A tradução é de MIRANDA, Jorge (org. e trad.) Constituições de diversos países. 3. ed., Lisboa: Imprensa Nacional e Casa da Moeda, 1986, v. 1, p. 353.

³⁰¹. GARDNER, Thomas J. e MANIAN, Victor. Principles and cases of the law of arrest, search and seizure. Nova Iorque: McGraw-Hill Book Company, 1974, p. 122. Tradução livre: “o privilégio contra auto-incriminação desenvolveu-se a partir da idéia de que nenhum homem pode ser compelido a fazer a primeira acusação contra si mesmo”.

³⁰². AMAR, Akhil Reed. The Constitution and criminal procedure: first principles. New Haven e Londres: Yale University Press, 1997, p. 46. Tradução livre: “uma charada não resolvida de vastas proporções, um nó de Górdio”.

compelido pelas autoridades policiais a fazê-lo.³⁰³

Entre 1964 e 1966, todavia, duas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América mudaram esse esquema.

Na primeira decisão, proferida no caso *Massiah v. United States*,³⁰⁴ estabeleceu a Suprema Corte que “*the statements and confessions obtained after indictment and the appointment or retention of counsel violated the Sixth Amendment right to counsel unless the right was waived or counsel was present at the time of questioning*”.³⁰⁵ Nesse caso, segundo informa RONALD J. BACIGAL, a polícia colocara um aparelho de escuta no automóvel do acusado -- isso após seu indiciamento formal pelo *grand jury* -- e pretendeu utilizar as gravações contra ele, no julgamento.³⁰⁶ A Suprema Corte decidiu que, após o indiciamento formal, o imputado tinha direito a advogado para ser submetido a qualquer tipo de interrogatório que importasse em auto-incriminação.

Essa decisão, conforme se vê, procurou tornar substanciais os direitos civis, relacionados com a situação do suspeito de prática criminosa, enunciados pela Constituição estadunidense. Deriva ela, aliás, de uma outra decisão, igualmente famosa, denominada *Gideon*

³⁰³. Cf. exemplo desse teste em GARDNER, Thomas J. e MANIAN, Victor. Principles and cases of the law of arrest, search and seizure. Nova Iorque: McGraw-Hill Book Company, 1974, p. 122-123.

³⁰⁴. 377 U.S. 201 (1964).

³⁰⁵. GARDNER, Thomas J. e MANIAN, Victor. Principles and cases of the law of arrest, search and seizure. Nova Iorque: McGraw-Hill Book Company, 1974, p. 122-124. Tradução livre: “as declarações e confissões obtidas após o indiciamento do imputado e após a contratação ou constituição de um advogado para ele, violam a 6ª Emenda -- a qual estabelece o direito à assistência de um advogado nos processos penais condenatórios -- a menos que o imputado haja renunciado a esse direito ou que o advogado tenha estado presente no momento do interrogatório”.

³⁰⁶. BACIGAL, Ronald J. Criminal law & procedure: an introduction. St. Paul (Minnesota): West Publishing, 1996, p. 254.

v. *Wainwright*,³⁰⁷ na qual firmou-se a regra da obrigatoriedade, ao Juiz, de garantir ao acusado da prática de um crime grave ou ao imputado pobre, a defesa técnica, por parte de advogado.

A segunda decisão, de 1966, teve uma importância ainda maior no desenvolvimento das regras relativas ao direito ao silêncio. No julgamento do caso *Miranda v. Arizona*,³⁰⁸ deu-se plena aplicação ao *privilege against self-incrimination*. O conceito estabelecido por essa decisão foi no sentido de que é inerente aos interrogatórios policiais a situação de coerção em que se encontra o imputado e, portanto, os oficiais de polícia devem mencionar claramente a ele os seus direitos civis e garanti-los concretamente.

Relatou o caso o *Chief Justice* (ou: Presidente da Suprema Corte estadunidense) EARL WARREN. Escreveu ele, no respectivo voto condutor, que elaborou:

*Today (...) there can be no doubt that the Fifth Amendment privilege is available outside of criminal court proceedings and serves to protect persons in all settings in which their freedom of action is curtailed in any significant way from being compelled to incriminate themselves. We have concluded that without proper safeguards the process of in-custody interrogation of persons suspected or accused of crime contains inherently compelling pressures which work to undermine the individual's will to resist and to compel him to speak where he would not otherwise do so freely. In order to combat these pressures and to permit a full opportunity to exercise the privilege against self-incrimination, accused must be adequately and effectively apprised of his rights and the exercise of those rights must be fully honored.*³⁰⁹

³⁰⁷. 372 U.S. 335 (1963).

³⁰⁸. 394 U.S. 436 (1966).

³⁰⁹. WARREN, Earl. Voto condutor do acórdão proferido no processo *Miranda v. Arizona* (384 U.S. 436) julgado em 1966. In: SALTZBURG, Stephen A. e CAPRA, Daniel J. *American criminal procedure: cases and commentary*. 5. ed., St. Paul (Minnesota): West Publishing, 1996, p. 531: "Hoje (...) não podemos permitir que haja

Com essas duas decisões, em suma, passou a vigorar, nos Estados Unidos da América, uma presunção contra a legitimidade dos interrogatórios policiais. Presunção essa que somente seria derrubada se, caso a caso, a autoridade policial pudesse comprovar que esclareceu o imputado sobre os seus direitos civis e que garantiu, concretamente, o seu exercício.³¹⁰⁻³¹¹

Desse direito decorre que, uma vez fazendo o preso uso da prerrogativa, esse fato não poderá ser usado contra ele, quando o Juiz houver de sentenciar. Sem essa garantia, anular-se-ia, na prática, o direito ao silêncio.

Há *direito ao silêncio*, não há *direito ao discurso lacunar*. Isso significa que o imputado preso pode guardar silêncio e não dialogar com o seu interrogante. Caso aceite dialogar, pode até recusar-se a iniciar um diálogo sobre determinadas questões. Contudo, se o seu discurso for lacunar, isto é, se responder algumas perguntas e não quiser responder a outras -- por se perceber em contradição, por exemplo -- essas ausências de discurso poderão ser usadas pelo Juiz como

dúvidas de que o privilégio estabelecido pela 5ª Emenda é respeitado fora dos procedimentos extrajudiciais e serve para proteger pessoas de todas as formas de limitação da liberdade que possam levá-las a serem obrigadas a confessar. Nós concluímos que sem salvaguardas apropriadas, o interrogatório das pessoas presas, meramente suspeitas ou acusadas da prática de crime, é inerentemente viciado por pressões, contra o preso, no sentido da sua confissão, as quais funcionam para eliminar a resistência pessoal e compeli-lo a falar o que nãoalaria se estivesse solto. No sentido de combater essas pressões e permitir uma plena oportunidade de exercitar o privilégio contra auto-incriminação, o acusado precisa ser adequadamente e efetivamente advertido de seus direitos e o exercício desses direitos deve ser plenamente honrado”.

³¹⁰. Cf., a respeito dos “*Miranda warnings*” (literalmente: advertências do caso “*Miranda v. Arizona*”) vistos por um jurista italiano, FANCHIOTTI, Vittorio. Lineamenti del processo penale statunitense. Turim: G. Giappichelli, 1987, p. 81-85.

³¹¹. Cf. os mesmos “*Miranda warnings*” em BACIGAL, Ronald J. Criminal law & procedure: an introduction. St. Paul (Minnesota): West Publishing, 1996, p. 248.

demonstrações de que o imputado mente.³¹²

Outro princípio relacionado com as medidas de urgência privativas da liberdade do imputado é o *da casa como asilo inviolável do indivíduo*, princípio esse instituído pelo inciso XI do artigo 5º da Constituição.³¹³ Segundo a norma, a casa é asilo inviolável do indivíduo, significando que não pode ser violada por quem quer que seja, a não ser que se configure situação *i)* de flagrante delito, *ii)* de desastre ou *iii)* de perigo para pessoa que se encontre no interior da casa ou, *iv)* durante o dia, se houver ordem judicial determinando a entrada na casa.

O *princípio da reparação patrimonial da prisão ilegal* vem estabelecido pelo inciso LXXV do artigo 5º da Constituição.³¹⁴ Esse princípio deixa claro que a prisão qualitativa ou quantitativamente ilegal deve ser indenizada pelo Estado ou pelo seu executor, caso se trate de particular, no caso de prisão em flagrante. Por prisão qualitativamente ilegal entende-se a prisão substancial ou formalmente ilegal, isto é, decretada com fundamento em motivos inexistentes ou executada com omissão de formalidade essencial. Por prisão quantitativamente ilegal entende-se a prisão que foi decretada em hipótese perfeitamente legal, mas que dura mais do que previsto em lei.

Ambas as hipóteses são indenizáveis. No caso da prisão

³¹². Cf., a esse respeito, RAMOS, João Gualberto Garcez. Audiência processual penal: doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 305-306.

³¹³. “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

³¹⁴. “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

quantitativamente ilegal, a indenização será sempre de responsabilidade do Estado.

Embora o direito à indenização possa ser exercido desde logo -- dado que a lei não pode excluir da apreciação do judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, conforme exprime o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição -- ressoante-se o ordenamento jurídico de uma lei que discipline esse princípio.

A responsabilidade objetiva do Estado no caso de prisão ilegal, isto é, constatável independentemente da verificação da culpa do funcionário público que executar ou mantiver a prisão ilegal, é uma necessidade premente, sob pena de inviabilizar-se o princípio.

Outro aspecto importante, a ser enfrentado pela lei, seria a regulação do direito de regresso do Estado contra o funcionário público envolvido com a prisão. É um aspecto de fundamental importância, cujo enfrentamento é essencial para uma correta aplicação do princípio, sem que essa aplicação crie barreiras ao exercício da sua função pelos aplicadores do processo penal, como o agente policial, o Delegado de Polícia, o órgão do Ministério Público e o Juiz.

Isso porque, imaginando-se que a prisão ilegal haverá de ser indenizada pelo Estado ou pelo particular que a executar, concluir-se-á que o Estado, sendo responsabilizado, haverá de tentar obter do seu servidor ou agente o regresso por aquilo que houver sido cometido com excesso de poder. Não há razoabilidade em os contribuintes arcarem com os atos ilegais de exclusiva responsabilidade dos servidores ou agentes do Estado. Contudo, dado que o servidor público encarregado da persecução penal está sujeito a erros -- e, especialmente no caso da investigação policial o risco do fracasso e do excesso andam *pari passu* -- um excesso de zelo da lei

poderá colocar em risco a atividade investigatória do Estado. Por exemplo: os agentes policiais verdadeiramente operosos, que se arriscam a uma ação eventualmente ilegal para obter resultados na sua “luta contra o crime”, estão sujeitos a equívocos. Estabelecer a lei que haveriam de indenizar as vítimas de seus erros em toda e qualquer hipótese, equivaleria a desestimular esses agentes, transformando-os em burocratas.

Daí porque, caso o tema venha a ser enfrentado -- e deverá ser enfrentado -- será fundamental que a lei disciplinadora do princípio inserto no inciso LXXV do artigo 5º da Constituição condicione o direito de regresso do Estado àqueles atos praticados com intenção criminosa por parte do servidor. Enquanto não há sentido que o Estado procure haver direito de regresso por prisão ilegal com relação ao funcionário público que equivocou-se, ainda que gravemente, é perfeitamente razoável que o funcionário que agiu com intenções subalternas seja responsabilizado civilmente pelo que fez. A prisão por vingança ou por outro motivo abjeto deve ser de estrita responsabilidade do servidor que a executou ou do agente político que a requereu (órgão do Ministério Público) ou que a decretou (Juiz). Uma lei nesse sentido será mais um instrumento útil para manter o Estado nas trilhas da ética, relativamente às medidas de urgência privativas da liberdade do indivíduo.

O artigo 314 do Código de Processo Penal italiano consagrou idêntico princípio. Da mesma forma que ocorreu no Brasil, essa disposição do estatuto italiano foi elaborada, segundo GIUSEPPE BETTIOL e RODOLFO BETTIOL, “*in parallelismo con la riparazione dovuta a chi è stato vittima di un errore giudiziario*”.³¹⁵

³¹⁵. BETTIOL, Giuseppe e BETTIOL, Rodolfo. Istituzioni di diritto e procedura penale. 6. ed., Pádua: CEDAM, 1995, p. 166.

Quanto ao *princípio da presunção de inocência*, ou *princípio do estado de inocência*, tem ele escassa aplicação quanto às medidas de urgência privativas da liberdade do imputado.

Conforme ver-se-á adiante, com mais detalhes, a *presunção de inocência*, não tem, senão subsidiariamente, ligação com o *status libertatis* do imputado durante o processo penal condenatório. Uma pesquisa de sua origem histórica revela que, na verdade, está relacionada com a distribuição dos ônus processuais e com a atividade decisória do juiz, que deve absolver diante da dúvida.

Nesse específico e mais correto sentido, portanto, o *princípio do estado de inocência* se aplica às medidas de urgência privativas da liberdade do imputado.

Tenha-se em conta a advertência de JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA, ao tratar dos princípios do processo penal: “Entre tais princípios, um deles, tradicional em nosso direito, e muita vez esquecido pelos legisladores, locais ou não: o princípio de que ninguém (preso em flagrante, ou por pronúncia ou preventivamente - - pouco importa) pode ser conservado na prisão senão em conseqüência de formação da culpa”.³¹⁶

Com isso, vê-se que a prisão e a manutenção da prisão depende da verificação de que a condenação do imputado é ao menos provável. Além disso, os demais requisitos da prisão devem estar presentes.

Por tudo isso, o *princípio do estado de inocência*, no sentido correto, isto é, *como regra de distribuição dos ônus processuais probatórios*, aplica-se a todas as medidas de urgência.

³¹⁶. ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. Princípios constitucionais da coação processual. In: Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, 1940, n. 85 (fascículo 448), p. 581.

Vê-se com clareza esse fato em passagem de acórdão lavrado em 1923, acórdão esse relatado pelo então Ministro do Supremo Tribunal Federal EDMUNDO MUNIZ BARRETO:

Não cumpre ao réu provar, para impedir que venha a ser decretada a excepcional medida de segurança [refere-se à prisão preventiva] que oferece a necessária garantia para o cumprimento da sentença de pronúncia, ou da sentença condenatória: elemento integrativo que é da legalidade da prisão preventiva, a *necessidade* ou *conveniência* devem *encontrar* apoio no processo promovido contra o indiciado, e sem esse apoio falece o preenchimento do requisito.³¹⁷

O *princípio do estado de inocência* tem aplicação mesmo no caso da manutenção obrigatória da prisão em flagrante. Se não se apresentarem elementos de convicção que tornem ao menos provável a condenação, mesmo as prisões obrigatórias haverão de ser canceladas. A obrigatoriedade, aqui, não pode ser vista como fonte de iniquidades. JOSÉ FREDERICO MARQUES lembrava, a propósito da prisão preventiva obrigatória, existente no Brasil até 1967, que o despacho que a determinava deveria ser motivado, sob pena de nulidade, conforme determinava o artigo 315 do Código de Processo Penal, vigente hoje e vigente na época.³¹⁸ Que fundamentação seria cabível em uma situação de “obrigatoriedade”? Certamente a demonstração da existência do *fumus boni iuris*, isto é, da base probatória para tornar ao menos provável a condenação.

Esses os princípios atinentes às medidas de urgência privativas

³¹⁷. BARRETO, Edmundo Muniz. Conceito da prisão preventiva: excerto do acórdão lavrado pelo senhor Ministro Muniz Barreto no *habeas corpus* n. 5.851. In: Revista do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Supremo Tribunal Federal, 1923, v. 55 (agosto), p. 505.

³¹⁸. MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1965, v. 4, p. 52.

da liberdade do imputado. Na seqüência, tratar-se-á da natureza jurídica de cada uma dessas medidas.

1. A prisão preventiva

Por questão de ordenação lógica, a primeira medida privativa da liberdade do imputado a ser tratada é a *prisão preventiva*. É ela que estabelece a disciplina geral das prisões provisórias no ordenamento jurídico-processual penal brasileiro e, como tal, deve ser vista antes das demais.

Dispõe o inciso LXI do artigo 5º da Constituição³¹⁹ que o cerceamento da liberdade de uma pessoa é medida excepcional.

Quatro são os casos de prisão que o referido dispositivo constitucional elenca: a *prisão em flagrante delito*, a *prisão decretada por escrito e fundamentadamente por autoridade judiciária competente*, a *prisão decretada por autoridade militar no caso de transgressão militar* e a *prisão decretada por autoridade militar no caso de crime propriamente militar*, ambos, *transgressão* e *crime propriamente militar*, definidos em lei.

A hipótese por excelência de prisão decretada por *escrito e fundamentadamente por autoridade judiciária competente* é, justamente, a da *prisão preventiva*.

É também preciso deixar claro que essa forma de prisão é, na verdade, a primeira forma de prisão, conhecida e bastante utilizada entre os romanos.

Aquel a quien se citase en concepto de inculpado en el juicio penal público y

³¹⁹. “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”.

*compareciese ante el magistrado, o bien fuese conducido por la fuerza a la presencia de este, podía el magistrado constituirlo en arresto o prisión provisional, según el sistema antiguo. (...). La tradición nos muestra que el arresto provisional en el juicio penal público dependía, además del arbitrio del juez penal, del de los magistrados que tenían derecho a ejercer la intercesión, sobre todo del de los tribunos del pueblo (...).*³²⁰

A prisão com caráter de sanção ou, simplesmente, a prisão-pena, foi produto de uma evolução bastante lenta.

A prisão antiga era somente meio de contenção do réu, para mantê-lo seguro durante o processo ou guardá-lo até a execução da pena que lhe fora aplicada. Foi assim em Roma e comumente por toda a Idade Média e período intermediário, quando as penas em uso eram, em geral, a de morte e as corporais e infamantes. Mas, pouco a pouco, o encarceramento foi tomando o caráter de pena, ou porque os presos fossem sendo deixados indefinidamente nas prisões, ou porque realmente se viessem estabelecendo aqui e ali penas detentivas como aconteceu com o Edito de Luitprando, rei dos Lombardos, em 720, que prescrevia prisão de dois a três anos por furto, ou em determinações de Carlos Magno, com penas de prisão por tempo indeterminado, ou no antigo Direito Penal de Nuremberg, onde se prescrevia o encarceramento, como punição, para vários crimes. (...). Nessa mutação da prisão em pena autônoma a grande influência foi a da Igreja, que, procurando realizar o propósito da regeneração moral do criminoso pela penitência e o arrependimento, criou, desde a mais alta Idade

³²⁰. MOMMSEN, Theodor. Derecho penal romano. Trad. de P. Dorado. Bogotá: Temis, 1991, p. 32. Tradução livre: “Aquele a quem se citasse para responder a processo penal público e comparecesse ante o magistrado, ou fosse conduzido à força à presença deste, podia o magistrado colocá-lo em arresto ou prisão provisória, segundo o sistema antigo. (...). A tradição nos mostra que o arresto provisional no processo penal público dependia, além do arbítrio do juiz penal, do arbítrio dos magistrados que tinham direito a exercer o segundo grau de jurisdição, sobretudo dos juízes dos tribunais do povo (...)”.

Média, a prisão canônica, de regime geralmente celular, à maneira do sistema monástico, mas outras vezes em comum.³²¹

Sobretudo após a modificação da redação original do artigo 312 do Código de Processo Penal,³²² pela Lei n. 5.349, de três de novembro de 1967, a doutrina do processo penal tem sido, conforme foi visto na primeira parte do presente trabalho, maciçamente a favor da idéia de que a prisão preventiva tem, unicamente, *natureza cautelar*.

A respeito da prisão preventiva, escreveu JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR:

A prisão preventiva é uma cautela que consiste na detenção do indiciado, antes do julgamento e logo que se manifesta contra ele a *suspeita* da criminalidade; e, como a *pronúncia*, supondo uma *opinião*, isto é, um juízo ou assentimento do intelecto, já é considerada uma *sentença*, se tem entendido que a prisão preventiva é juridicamente fundada *depois da pronúncia* e pode ser uma necessidade administrativa antes dela.

A prisão preventiva é qualquer detenção ou custódia sofrida pelo imputado, antes ou depois da pronúncia e em qualquer estado da causa, antes de julgada definitivamente.³²³

Contudo, essa concepção generalizante é apenas parcialmente verdadeira. De que a prisão preventiva é uma cautela, no sentido de que evita certos acontecimentos indesejáveis, não parece haver espaço para dúvidas. Contudo, em termos estritamente técnicos, a

³²¹. BRUNO, Aníbal. Direito penal. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984, t. 3, p. 61-62.

³²². A redação original do artigo 312 do Código de Processo Penal era a seguinte: “A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos”.

³²³. ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. O processo criminal brasileiro. Rio de Janeiro: Laemmert, 1901, v. I, p. 338-339.

identificação da cautelaridade na prisão preventiva é mais problemática. Isso porque, na verdade, há quatro “prisões preventivas” diferentes: quatro *hipóteses* que lhe dão fundamento.

De fato, há a prisão preventiva decretada por *garantia da ordem pública*, a prisão preventiva decretada por *garantia da ordem econômica*, a prisão preventiva decretada por *conveniência da instrução criminal* e a prisão preventiva decretada para *assegurar a aplicação da lei penal*.³²⁴

Todas elas são disciplinadas pelo artigo 312 do Código de Processo Penal,³²⁵ sendo que a segunda hipótese (prisão preventiva por *garantia da ordem econômica*) foi incluída por lei posterior à edição do Código de Processo Penal.³²⁶

Para uma perfeita e ordenada análise da natureza jurídica dessas hipóteses, é preciso tratar de cada uma delas separadamente.

³²⁴. Cf. SIQUEIRA, Galdino. Curso de processo criminal. 2. ed., São Paulo: Livraria Magalhães, 1930, p. 129: “A prisão preventiva é a detenção ou custódia do imputado, em qualquer estado da causa, antes de julgada definitivamente. Não é uma pena, se bem que de fato assuma esse caráter, porquanto a pena só pode ser imposta com a *certeza* do crime e de seu agente, e mediante julgamento; a prisão preventiva é uma medida, imposta pela necessidade, para acautelar ou assegurar a administração da justiça; e logo que se manifeste contra o indiciado a *suspeita da criminalidade*. (...). Advindo assim da necessidade de acautelar a administração da justiça, a prisão preventiva (que melhor se denominaria -- *detenção* ou *custódia*, como a denominava o Cód. do Processo Criminal) se manifesta, como bem nota FAUSTIN HELIE, como *medida de segurança*, como *garantia da execução da pena*, e como *meio de instrução*”.

³²⁵. “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 fato e indício suficiente de autoria”. Essa redação, conforme dito acima, foi dada pela Lei n. 5.349, de três de novembro de 1967.

³²⁶. Trata-se da Lei n. 8.884, de onze de junho de 1994.

1.1. A prisão preventiva decretada para assegurar a aplicação da lei penal

Se a finalidade do presente trabalho é identificar a natureza jurídica das medidas de urgência do processo penal brasileiro, com especial atenção ao seu eventual caráter *cautelar*, *antecipatório* ou de *polícia judiciária*, a prisão preventiva *assecurativa da aplicação da lei penal* deve ser a primeira a ser analisada.

Na hipótese legal de imposição de semelhante medida para assegurar que a lei penal será aplicada, duas são as situações mais frequentes: na primeira, há o *risco de fuga* do imputado; na segunda, *já ocorreu a fuga* do imputado e a prisão se presta à *necessidade de capturá-lo* para ser submetido à provável pena privativa de liberdade.³²⁷

Evidente que, se o indiciado ou réu não é radicado no distrito da culpa, se está se desfazendo dos seus bens de raiz, injustificadamente, se “lhe é indiferente a vida errante dos perseguidos pelos órgãos da repressão penal” [o trecho é de JOSÉ FREDERICO MARQUES] a medida cautelar se impõe, a fim de que se evite o *periculum in mora*, assegurando-se, pois, a aplicação da lei penal.³²⁸

Há uma terceira hipótese, de verdadeira *praesumptio legis* de

³²⁷. É preciso fazer um esclarecimento: por força do artigo 313 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva, em qualquer dos casos previstos no artigo 312 do mesmo diploma, somente é decretada se ao crime for prevista pena privativa de liberdade. No caso da pena ser de reclusão, os pressupostos são apenas os do referido artigo 312. No caso da pena ser de detenção, somam-se a esses pressupostos os do inciso II do artigo 313 do mesmo diploma -- imputado vadio ou de identidade duvidosa, insistir em não esclarecê-la suficientemente -- e o do inciso III do mesmo artigo: acusado reincidente em crime doloso.

³²⁸. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 479.

periclitção da aplicação da lei penal. Refere-se ela à hipótese do réu vadio ou de identidade desconhecida. Nesse caso, presume o artigo 313, inciso III, do Código de Processo Penal, que a aplicação da lei penal corre perigo. Esclarece JOSÉ FREDERICO MARQUES: “é que, em ambas as hipóteses, não está o réu vinculado ao distrito da culpa; e desse modo, custodiá-lo, em havendo o *fumus boni iuris*, constitui providência asseguradora da execução da pena, certo como é que se o acusado não ficar detido, dificilmente será encontrado, de futuro, para cumprir a condenação”.³²⁹

A *prisão preventiva* decretada para *assegurar a aplicação da lei penal* é, indubitavelmente, de natureza *cautelar*. Nela há, rigorosamente, todos os requisitos essenciais a essa espécie de tutela.

É motivada por situação de *urgência*; seja qual for a hipótese -- fuga iminente ou consumada -- o encetamento das providências práticas para a captura do imputado não pode tardar, pois a demora do início da perseguição -- ao menos a experiência comum revela isso -- torna cada vez mais difícil o sucesso da tarefa e, por conseqüência, a aplicação da lei penal.

Está inserida em *procedimento sumário*, no qual o exercício de direito de defesa é arrefecido em favor da urgência que motiva a medida, pois a defesa não é ouvida quando da sua decretação, mas somente após:

A jurisdição cautelar, em se tratando de prisão preventiva, pode funcionar sem a propositura da ação respectiva (...). No entanto, quase sempre, atuam os que estão legitimados (...). Através de qualquer dessas formas é instrumentada a ação cautelar, e por força dela o juiz decide “inaudita altera parte”. Nem se poderia

³²⁹. MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1965, v. 4, p. 45.

regulamentar essa ação por outra forma, visto que a *urgência* e a difícil concretização da medida, somente admitida em crimes de maior gravidade e contra pessoas de reconhecida periculosidade, tornam impossível a sua imposição mediante prévia audiência do indiciado. Tal providência tornaria ilusória a prisão do réu, notadamente quando ela visa evitar que ele fuja, dificultando a realização do processo. Mas, nem por isso ocorre a impossibilidade de ser amplamente discutido, julgado e criticado o que se decidiu através da jurisdição cautelar. Esta funciona “a priori”, depois de concedida a prestação jurisdicional, vários meios existem para discutir a sua legitimidade.³³⁰

Da mesma maneira, há nela *sumariedade material*: o âmbito de cognição do Juiz é reduzido à situação de urgência mesma e não se estende ao juízo sobre a censurabilidade da conduta do imputado. A decisão, além disso, baseia-se na *aparência* de que a pretensão executória do Estado, ainda *in fieri*, periclita.

Como qualquer *medida cautelar*, é *temporária e não gera a coisa julgada material*. Conforme ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS, “a sentença nela proferida, assentando-se num juízo de probabilidade, é daquelas que se denominam *sobre o estado do ato*, permanecendo enquanto as coisas não se modificam. (...) Daí a sua revogabilidade ampla admitida pelo art. 316, do Código de Processo Penal”.³³¹

A característica da *referibilidade da medida* também é evidente, pois liga-se ela umbilicalmente à situação de perigo e à *persecutio criminis*. Motivada integralmente pela situação de perigo à aplicação da lei penal, tem a mesma sorte dela.

Repetindo: trata-se de *medida cautelar*, no caso, *final*.

³³⁰. BARROS, Romeu Pires de Campos. Processo penal cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 205-206.

³³¹. BARROS, Romeu Pires de Campos. *Idem*, p. 206.

1.2. A prisão preventiva decretada por conveniência da instrução criminal

A prisão preventiva também pode ser decretada, segundo a fórmula legal, por *conveniência da instrução criminal*.

É razoável pensar que a maior parte da doutrina do processo penal considera que a fórmula legal se refere à necessidade urgente de por cobro, através da prisão, à atuação ilegal do acusado contra as provas que provavelmente serão produzidas no processo.³³² Tal atuação deletéria, ainda segundo a doutrina majoritária, dá-se através da ameaça ou aliciamento de testemunhas, através da destruição de provas documentais, vestígios, através da peita ou tentativa de corrupção de outros auxiliares da justiça e outras situações análogas. Acerca dessa espécie de prisão, escreve GALDINO SIQUEIRA que, “como meio de instrução, ela tem por fim evitar que o delinqüente faça desaparecer os vestígios do crime, que suborne testemunhas, que se concerte com os cúmplices para o plano de evitar a descoberta da verdade”.³³³

³³². Cf. NORONHA, E. Magalhães. Curso de direito processual penal. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1971, p. 163; BATISTA, Weber Martins. Liberdade provisória: modificações da Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 17; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 478-479; JARDIM, Afrânio da Silva. Visão sistemática da prisão no Código de Processo Penal. In: Direito processual penal: estudos e pareceres. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 364; MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo penal. São Paulo: Atlas, 1991, p. 369.

³³³. SIQUEIRA, Galdino. Curso de processo criminal. 2. ed., São Paulo: Livraria Magalhães, 1930, p. 129.

A ênfase que a maioria da doutrina do processo penal concede a essa hipótese fática dá, deveras, a idéia de que ela é a única que a fundamenta.

Alguns autores, porém, acrescentam uma outra situação fática justificadora da prisão preventiva com esse fundamento. Assim, segundo JOSÉ FREDERICO MARQUES haverá conveniência da instrução criminal “se houver perigo de fuga que (...) impeça [o acusado] de comparecer a juízo, a fim de levar esclarecimentos úteis à instrução da causa”.³³⁴

Em idêntica direção seguem ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS e INOCÊNCIO BORGES DA ROSA. Escreve o primeiro:

A conveniência da instrução criminal tem função dúplice: a) utilizar-se do acusado como prova no processo; b) evitar que ele prejudique a colheita da prova, dificultando a descoberta da verdade. No primeiro aspecto, não se apresenta mais qualquer dúvida de que o acusado é também prova no processo, não só pelo que possa dizer, cooperando com o juiz na reconstrução fática; mas também pelo seu próprio aspecto somático, bastando pensar num reconhecimento de pessoa, o qual não se realiza sem a sua presença. Neste aspecto o acusado prova com o seu corpo, sendo examinado em juízo como se fora uma prova real.³³⁵

Por fim, ensina INOCÊNCIO BORGES DA ROSA que “ocorre conveniência da instrução criminal, por exemplo, quando é necessário o interrogatório do acusado e ele deixa de atender à

³³⁴. MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1965, v. 4, p. 49.

³³⁵. BARROS, Romeu Pires de Campos. Processo penal cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 200-201.

intimação para comparecer”.³³⁶

Duas verdades exsurgem claras dessas lições. A primeira é a óbvia concepção de JOSÉ FREDERICO MARQUES, ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS e INOCÊNCIO BORGES DA ROSA, de que o acusado “é também prova no processo”.

A segunda é mais sutil, mas nem por isso menos importante. Trata-se da comprovação de ausência de um referencial semântico seguro para a expressão “conveniência da instrução criminal”.

Um exame das significações revela que: a) *conveniência*, substantivo feminino derivado do latim *convenientia*, é a qualidade do que é conveniente, o que tem utilidade, interesse, proveito, vantagem, lucro e, em outras acepções, o que tem conformidade, semelhança e, além disso, o que tem decência e decoro;³³⁷ e b) *instrução criminal*, na acepção do Código de Processo Penal e na doutrina, ou é o próprio processo penal condenatório ou é a fase, dentro do processo penal condenatório, em que a *atividade instrutória* predomina. Por isso não corresponde à verdade a afirmação de que tal prisão protege *exclusivamente a prova*; além disso, protege ela a *fase processual em que se dá a atividade instrutória*.

Em ambos os casos, a acepção da expressão não é, como parece pelo exame da doutrina tradicional, estritamente determinada sob o prisma semântico: é, antes, um *conceito jurídico indeterminado*, a ser

³³⁶. ROSA, Inocêncio Borges da. Comentários ao Código de Processo Penal. 3. ed., atualizada por Angelito A. Aiquel. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 422.

³³⁷. Cf. AULETE, Caldas. Dicionário contemporâneo da língua portuguesa. 5. ed., Rio de Janeiro: Delta, 1964, v. 2, p. 937 e FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário da língua portuguesa. 2. ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 470.

preenchido pela atividade doutrinária e jurisprudencial.³³⁸

Em suma: tal medida é muito mais ampla do que a doutrina tradicional costuma sustentar.

Confira-se, porém, a afirmação de VICENTE GRECO FILHO, obviamente advertido da imprecisão semântica da expressão “conveniência da instrução criminal”:

O Código refere a possibilidade da decretação da preventiva por *conveniência* da instrução criminal. A decisão, todavia, não pode ser colocada em termos de conveniência, mas em termos de necessidade ou (...) de ser indispensável à instrução criminal. Simples conveniência ou comodidade não autoriza o decreto de prisão, como por exemplo se se decretasse a prisão somente porque o réu, estando residindo fora da comarca, daria mais tarefa judicial para

³³⁸. ENGLISH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 208-213: “Por *conceito indeterminado* entendemos um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos. Os conceitos absolutamente determinados são muito raros no Direito. (...). Os conceitos jurídicos são predominantemente indeterminados, pelo menos em parte (...). Muitos dos conceitos indeterminados são (...) *conceitos ‘normativos’*. Contrapõem-se estes conceitos aos conceitos ‘descritivos’ (...). De modo algum se poderá dizer (...) que todos os conceitos indeterminados sejam ao mesmo tempo ‘normativos’. Todavia os conceitos normativos são freqüentemente indeterminados num grau particularmente elevado e oferecem, por isso, muitos exemplos ilustrativos da indeterminação, e ao mesmo tempo, portanto, da insegurança e relativa desvinculação na aplicação da lei. (...). O significado próprio do termo ‘normativo’, que é (...) aquele que merece a nossa preferência, apenas poderia ser encontrado no fato de que é sempre preciso uma *valoração* para aplicar, no caso concreto, um conceito normativo. Se alguém é casado ou é menor, isso pode ser ‘estabelecido’ através de critérios descritivos. Ao contrário, se uma predisposição caracteriológica é ‘indigna’, se um motivo é ‘vil’, se um escrito é ‘pornográfico’, se uma representação é ‘blasfema’ (...) isso só poderá ser decidido com base numa valoração. Os conceitos normativos dessa espécie chamam-se conceitos ‘carecidos de um preenchimento valorativo’. Com essa horrorosa expressão quer-se dizer que o volume normativo destes conceitos tem de ser preenchido, caso a caso, através de atos de valoração”.

expedição de precatória para intimá-lo. Se houver alternativa legal para se obter a prova, deve ela ser utilizada prioritariamente, antes de se considerar hipótese de preventiva.³³⁹⁻³⁴⁰

Há um defeito grave na argumentação de VICENTE GRECO FILHO. É que não há razão, a não ser através de operações hermenêuticas tão difíceis quão ilegítimas, para afirmar-se, como ele fez, que “a decisão não pode ser colocada em termos de conveniência”. Simplesmente porque é essa a expressão utilizada pela lei, restando aos intérpretes colmatá-la. Além disso, dizer que a prisão somente pode ser decretada em termos de necessidade absoluta, levaria ao seguinte absurdo lógico: um acusado ameaça de morte uma testemunha de um total de cinco que o viram cometer um crime. Se ele a matar, restarão quatro a testemunhar contra ele. Numa situação como essas não há, rigorosamente, necessidade absoluta de prisão preventiva *por conveniência da instrução criminal*.³⁴¹ Há, isto sim, conveniência.

Todavia, a advertência de VICENTE GRECO FILHO vale para confirmar que a expressão é imprecisa. Também vale para acordar-se que a prisão preventiva não se há de decretar por razões de conveniência ou utilidade subalternas, ou desproporcionais ao mal que, pela segregação, se há de causar ao acusado. Embora não se possa abandonar a expressão “conveniência”, será necessário que

³³⁹. GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 243.

³⁴⁰. Cf., no mesmo sentido, TORNAGHI, Hélio. Curso de processo penal. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, v. 2, p. 93-94.

³⁴¹. Haveria, na hipótese dada, o fundamento da prisão por *garantia da ordem pública* (que não existiria, por exemplo, na hipótese de aliciamento da testemunha) mas o exemplo foi dado para demonstrar a precariedade lógica da afirmação impugnada.

haja, *além da urgência*, uma relação de *proporcionalidade* entre a utilidade e a prisão, não somente em termos qualitativos, mas também, por vezes, em termos quantitativos: uma prisão preventiva decretada por prazo curto, ainda que para atender a uma conveniência de média importância, não é, decididamente, ilegítima.

É o caso, por exemplo, da prisão preventiva do acusado para o efeito de submetê-lo mais rapidamente à Sessão do Tribunal do Júri; tal se providencia não porque o réu esteja molestando testemunhas, nem, muito menos, porque seja prova a ser utilizada no plenário do júri, mas porque a dita sessão não pode ocorrer sem a sua presença e porque, uma vez preso, ela se realizará mais rapidamente, julgando-se de uma vez o caso penal e aplicando-se ou não a lei penal, de acordo com a decisão popular.³⁴²

Uma análise dos requisitos da tutela cautelar leva a perceber que a prisão preventiva decretada por *conveniência da instrução criminal* tem, rigorosamente, essa natureza jurídica.

É ou deve ser, deveras, motivada por situação de *urgência*: nas duas hipóteses, por assim dizer, “clássicas” de *conveniência da instrução criminal*, -- acusado que molesta testemunhas ou outros auxiliares da Justiça -- a necessidade de encarcerá-lo, antes que macule a prova, é evidente. Nas demais hipóteses, a serem criadas pelo trabalho doutrinário ou jurisprudencial, a nota da urgência -- que determina, em suma, a conveniência da medida -- haverá de estar sempre presente.

Como na hipótese anterior, a medida é *formal e materialmente sumária*: não só a defesa não tem oportunidade de manifestar-se previamente ao pedido, como também a cognição do Juiz limita-se à

³⁴² Cf., a respeito, RAMOS, João Gualberto Garcez Ramos. Audiência processual penal: doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 213.

situação de perigo afirmada pelo requerente.

Como qualquer outra *medida cautelar*, funda-se na *aparência* de que convém à instrução criminal: não são necessárias provas plenas do direito em que se funda e nem do *periculum in mora*.

Portanto, não há senão razão humanitária -- e jamais jurídica -- para afirmações do seguinte jaez:

Como segunda condição para a emanção do provimento cautelar, a doutrina processual indica o perigo de insatisfação daquele direito diante da demora na prestação jurisdicional definitiva (*periculum in mora*); aqui, entretanto, nem sempre basta uma cognição superficial, tendente à verificação da simples probabilidade, sendo exigível, na maioria dos casos, que a constatação do perigo se faça de forma plena e aprofundada antes da concessão da medida cautelar.³⁴³

Dir-se-á, em resposta, que o processo penal é instrumento político, mais que técnico; e que injunções político-liberais obrigariam a que a medida de prisão fosse cada vez mais restringida.

Contudo, nessa sensível matéria, a idéia do retorno a uma disciplina mais flexível para a prisão cautelar é também injunção política, não propriamente conservadora ou de inspiração totalitarista, mas simplesmente realista. Não é mais possível que a doutrina do processo penal prossiga criando tendências liberalizantes do sistema -- que já é frouxo e ineficiente -- tendências essas que não mais encontram eco na sociedade -- muito ao contrário -- e que jamais tiveram sustentação lógica.

Além disso, é pouco menos do que risível exigir prova plena de ameaça a testemunhas por parte de um acusado, para decretar-lhe a prisão preventiva por esse fundamento, como se esse tipo de atitude

³⁴³. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Presunção de inocência e prisão cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 54-55.

ilícita fosse comumente feito às escâncaras. Por outro lado, com isso, fica-se a um passo de se querer exigir a condenação do acusado pela ameaça às testemunhas (prova plena implica necessariamente em sentença condenatória transitada em julgado) para decretar-lhe, num outro processo, a prisão por essa razão.

Valem, a respeito, as palavras de ANIELLO NAPPI:

L'attuazione della giurisdizione ha tempi comunque non brevi e la necessità di un'attesa protratta rischia sovente di rendere inutile il provvedimento giurisdizionale finale, rischia di far sì che la decisione definitiva sopravvenga in un momento in cui non há più una funzione effettiva.

*Nasce, così, l'esigenza di anticipare alcuni effetti della decisione finale, per garantire ed assicurare l'effettività della giurisdizione. Ma quest'anticipazione di risultati richiede una cognizione ovviamente superficiale. Una cognizione, un accertamento che non ha quelle caratteristiche di definitività e di approfondimento che sono connaturali alla giurisdizione.*³⁴⁴

Para findar, saliente-se que a medida é *temporária*, não gera a *coisa julgada material* e que é *referível* à situação de perigo, pois se conecta indissolúvelmente a ela e à *persecutio criminis*: uma vez desaparecido o perigo -- a oitiva das testemunhas outrora ameaçadas é um exemplo -- deve desaparecer a medida.

³⁴⁴. NAPPI, Angelo. I presupposti per l'applicazione delle misure cautelari e personali. In: CANZIO, Giovanni, FERRANTI, Donatella e PASCOLINI, Alessandro. Contributi allo studio del nuovo Codice di procedura penale. Milão: Giuffrè, 1989, p. 183. Tradução livre: "A atuação da jurisdição exige prazos não breves e a necessidade de uma longa espera ameaça frequentemente de tornar inútil o provimento jurisdicional final, de fazer com que a decisão definitiva ocorre em um momento em que já não tem mais função efetiva. Nasce, então, a exigência de antecipar alguns dos efeitos da decisão final, a fim de garantir e assegurar a efetividade da jurisdição. Mas essa antecipação de resultados requer uma cognição obviamente superficial. Uma cognição, um accertamento que não tem aquelas características de definitividade e aprofundamento que são conaturais à jurisdição" [os grifos não constam do original]

Trata-se, portanto, de *medida cautelar instrumental*.

1.3. A prisão preventiva decretada por garantia da ordem pública

Segundo THEODOR MOMMSEM, a medida de prisão com a função de manter a ordem pública foi conhecida dos romanos, basicamente com a mesma acepção válida nos dias de hoje:

*El arresto (prensio) y la cárcel (vincula, carcer) podían imponerlos a su arbitrio el magistrado con imperium y el tribuno del pueblo (...). En la ley dada por César sobre la violencia (lex Julia de vi publica) se confirmó a los magistrados el derecho de usar de la facultad dicha contra los desobedientes y promovedores de desórdenes, facultad que todavía ejercían en la época del Imperio.*³⁴⁵

Como em muitas outras hipóteses, vale-se o Código de Processo Penal de um *conceito jurídico indeterminado*, ou apenas *determinável*, e principalmente fluido, pois varia ao sabor da evolução de uma dada sociedade.

Tome-se a definição de GIUSEPPE VERGOTTINI:

A ordem pública é concebida ao mesmo tempo como uma *circunstância de fato* [e] como um *fim* do ordenamento político e estatal e nesse sentido o encontramos na legislação administrativa, policial e penal como *sinônimo de convivência ordenada*, segura, pacífica e

³⁴⁵. MOMMSEN, Theodor. Derecho penal romano. Trad. de P. Dorado. Bogotá: Temis, 1991, p. 32. Tradução livre: “O arresto (*prensio*) e o cárcere (*vincula, carcer*) podiam impô-los a seu arbítrio o magistrado com *imperium* e o tribunal do povo (...). Na lei editada por César sobre a violência (*lex Julia de vi publica*) confirmou-se aos magistrados o direito de usar a dita faculdade contra os desobedientes e promovedores de desordens, faculdade que, todavia, exerciam na época do Império”.

equilibrada, isto é, normal e conveniente aos princípios gerais de ordem desejados pelas opções de base que disciplinam a dinâmica de um ordenamento. Nessa hipótese, Ordem pública constitui objeto de regulamentação pública para fins de tutela preventiva, contextual e sucessiva ou repressiva, enquanto que a jurisprudência tende a ampliar o conceito “material” de Ordem pública até fazer incluir nele a execução normal das funções públicas ou o normal funcionamento das instituições como a propriedade, de importância publicitária (*ordem legal constituída*).³⁴⁶

A hipótese atual é praticamente a mesma de outrora. Decretase a prisão preventiva por garantia da ordem pública porque o imputado é criminoso contumaz e ameaça cometer novos crimes além daquele pelo qual é investigado ou acusado. As situações possíveis são, aí, das mais variadas. Segundo HÉLIO TORNAGHI, ela é...

(...) tomada nos casos em que o réu ameaça consumir o crime apenas tentado ou cometer outros. Observe-se que a ordem pública pode ser posta em risco pela simples lesão ao particular. Não é necessário que esteja em perigo o Estado, o Governo, a República ou qualquer outra coisa semelhante. Da mesma forma que põe em risco a paz pública quem faz apologia de crime, quem incita ao crime, quem se reúne em quadrilha ou bando, ainda que contra indivíduos (CP, arts. 286, 287 e 288), assim também atenta contra a ordem pública e deve ser preso preventivamente quem se prepara para cometer crime contra particular. Na verdade, “o atentado contra um é ameaça contra todos” e a ordem pública se sente

³⁴⁶. VERGOTTINI, Giuseppe. *Verbete “Ordem Pública”*. In: BOBBIO, Norberto, MATEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. de João Ferreira, Carmen C. Varriale e outros. 2. ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986, p. 851.

convulsionada.³⁴⁷⁻³⁴⁸

É inócua, para não dizer equivocada, a observação de INOCÊNCIO BORGES DA ROSA, de que a expressão garantia da ordem pública é “meramente exemplificativa e poderia muito bem ter sido omitida, visto que como toda a prisão decretada em processo penal se destina a garantir a ordem pública, que é sempre conturbada, de maneira mais ou menos grave, com a prática da infração penal”.³⁴⁹ Conforme ver-se-á adiante, a hipótese da prisão para garantia da ordem pública tem uma aplicação muito diversa das demais hipóteses e, portanto, incabível o qualificativo de “meramente exemplificativa”.

O recurso a uma imagem pode ser útil para retratar a situação. A ordem pública é, nessa concepção e na estrita perspectiva do imputado,³⁵⁰ como um lago de águas plácidas, que foi afetado outrora pela prática de um crime, mas que agora se encontra calmo. Qualquer crime que seja cometido pelo imputado funciona como uma pedra que é jogada no lago e, com sua energia cinética, altera-lhe a placidez, gerando ondas na direção da margem. A prisão preventiva procura obviar essa alteração através da custódia do

³⁴⁷. TORNAGHI, Hélio. Curso de processo penal. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, v. 2, p. 93.

³⁴⁸. Cf. outro exemplo dado por SIQUEIRA, Galdino. Curso de processo criminal. 2. ed., São Paulo: Livraria Magalhães, 1930, p. 129: “Como medida de segurança, a prisão preventiva tem por fim evitar que o delinquente cometa novos crimes, e mesmo evitar que seja vítima da vingança do ofendido”.

³⁴⁹. ROSA, Inocêncio Borges da. Comentários ao Código de Processo Penal. 3. ed., atualizada por Angelito A. Aiquele. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 422-423.

³⁵⁰. Está claro que, alargando a perspectiva, ver-se-á que a ordem pública, nos dias de hoje, nada tem de plácida, sendo convulsionada a todo instante por crimes da mais variada espécie.

imputado.

Mas o conceito de ordem pública não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão. A conveniência da medida (...) deve ser regulada pela sensibilidade do juiz à reação do meio ambiente à ação criminosa. (...) Embora seja certo que a gravidade do delito, por si só, não basta à decretação da custódia provisória, não menos exato é que, a forma de execução do crime, a conduta do acusado, antes e depois do evento, e outras circunstâncias provoquem intensa repercussão, e clamor público, abalando a própria garantia da ordem pública. (...) A simples repercussão do fato, porém, sem outras conseqüências, não se constitui em circunstância suficiente para a decretação da custódia preventiva. (...) Mas, sem dúvida, está ela justificada no caso de ser o acusado dotado de periculosidade, (...) na perseverância da prática delituosa, (...) quando se denuncia torpeza, perversão, malvadez, cupidez e insensibilidade moral. (...).³⁵¹

A hipótese legal tratada, contudo, em que pesem opiniões de peso em contrário, colacionadas na primeira parte deste trabalho, não se afeiçoa à da cautelaridade.

De fato, a prisão preventiva decretada por garantia da ordem pública, embora seja motivada por situação *urgente*, seja *formal* e *materialmente sumária*, fundada na *aparência, temporária* e *incapaz de gerar a coisa julgada material*, não é cautelar por faltar-lhe um requisito essencial: a *referibilidade*.

JOSÉ FREDERICO MARQUES foi o autor que mais se advertiu disso na doutrina processual penal brasileira, escrevendo o seguinte:

Desde que a permanência do réu, livre e solto, possa dar motivo a

³⁵¹. MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo penal. São Paulo: Atlas, 1991, p. 368-369.

novos crimes, ou cause repercussão danosa e prejudicial ao meio social, (...) cabe ao juiz decretar a prisão preventiva “como garantia da ordem pública”. Nessa hipótese, a prisão preventiva perde seu caráter de providência cautelar, constituindo antes, como falava FAUSTIN HÉLIE, verdadeira “medida de segurança”. (...) A *potestas coercendi* do Estado atua, então, para tutelar, não mais o processo condenatório a que está instrumentalmente conexa, e sim, (...) a própria *ordem pública*. No caso, o *periculum in mora* deriva dos prováveis danos que a liberdade do réu possa causar -- com a dilação do desfecho do processo -- dentro da vida social e em relação aos bens jurídicos que o Direito Penal tutela.³⁵²

FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, embora categoricamente afirme que “a prisão preventiva é espécie do gênero ‘prisão cautelar de natureza processual’”,³⁵³ também intuiu essa dificuldade conceitual, ao afirmar:

A rigor, toda prisão preventiva deveria ter uma finalidade eminentemente cautelar, no sentido de instrumento para a realização do processo (preservação da instrução criminal) ou para garantia de seus resultados (assegurar a aplicação da lei penal). Mas, na hipótese em que o Juiz a decreta como garantia da ordem pública, onde sua instrumentalidade processual?³⁵⁴

Na doutrina italiana, FRANCO CORDERO manifesta a mesma idéia, demonstrando que são cautelares somente as custódias preventivas destinadas a evitar a destruição da prova e a fuga do imputado. Escreve o catedrático romano:

³⁵². MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1965, v. 4, p. 49-50.

³⁵³. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 463.

³⁵⁴. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Idem*, p. 479.

Le misure attinenti alla persona presuppongono “gravi indici” sul reato de quo, ossia una probabile condanna, ed effettive esigenze cautelari. L’art. 274 le riferisce a tre modelli, richiedendo in ogni caso un “concreto pericolo” (ossia dati prognostici a forte rilievo induttivo): che l’imputato libero elimini o inquinì prove; ovvero fugga, se non è già sparito; oppure consumi o tenti “gravi delitti”, usando armi o con altre violenze alla persona, ovvero delinqua “contro l’ordine costituzionale” o nelle forme della “criminalità organizzata” o, infine, “grave” essendo il delitto attribuitogli, ne commetta della stessa specie. Le prime due ipotesi appartengono alla fisiologia cautelare: la misura garantisce l’esito istruttorio (esclusa ogni pressione sull’imputato affinché cooperi) e l’esecuzione dell’eventuale condanna. Nel terzo caso, invece, funge da misura di sicurezza: ibridismo poco raccomandabile (se vi sono interessi da tutelare, il legislatore allestisca rimedi ad hoc); e accentua l’equivoco quella variabile sulla gravità del reato.³⁵⁵

Não há, de fato, *referibilidade* com o direito discutido no processo penal condenatório. Além disso, a medida também não protege o processo ou a pretensão condenatória contra uma situação de perigo.

³⁵⁵. CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Milão: Giuffrè, 1991, p. 442-443. Tradução livre: “As medidas cautelares atinentes à pessoa pressupõem ‘graves indícios’ do crime, isto é, uma possibilidade de condenação e efetivas exigências cautelares. O artigo 274 [refere-se ao Código de Processo Penal italiano] faz referência a três modelos, requerendo, em qualquer caso, um ‘concreto perigo’ (isto é, dados prognósticos de forte relevo indutivo): que o imputado elimine ou prejudique provas; ou que fuja, se já não tiver fugido; ou tente ou consume ‘delitos graves’, usando armas ou violência contra pessoa, ou pratique crime ‘contra a ordem constitucional’, ou na forma de ‘criminalidade organizada’ ou, enfim, sendo ‘grave’ o crime a ele atribuído, cometa outros da mesma espécie. As primeiras duas hipóteses pertencem à fisiologia cautelar: a medida garante o êxito instrutório (excluída qualquer pressão sobre o imputado a fim de que coopere) e a execução da eventual condenação. No terceiro caso, ao contrário, funde-se com medida de segurança: hibridismo pouco recomendável (se há interesses a tutelar, o legislador deve criar remédios específicos); e, além disso, acentua o equívoco de não se definir quando os crimes se tornam graves”.

É de se perceber que, de fato, a ordem pública é interesse que, mais do que transcender o objeto do processo, é dele totalmente apartado. O fato do acusado continuar a cometer novos crimes, isso em nada prejudicará o andamento ou o resultado do processo penal condenatório em que a medida se inserir. Se ameaçar o ofendido com a consumação do crime que apenas tentara consumir, ainda assim a instrução criminal pode restar incólume: basta afastar a hipótese de crime contra a vida.

Se a hipótese for de ameaça à vida do ofendido, está claro: a medida também se justifica por *conveniência da instrução criminal* e por esse aspecto é propriamente cautelar.

Entretanto, se a ameaça é ao meio social como um todo, somente de forma muito indireta o processo penal condenatório em que está inserida ou a lei penal que se pretende aplicar restarão afetados pela situação de perigo.

Restaria saber se, não sendo cautelar, a medida de prisão preventiva por *garantia da ordem pública* é, porventura, antecipatória.

Parece que não, e aqui vale a advertência anterior, válida para o processo penal e não para o processo civil: como a *referibilidade*, enquanto característica da tutela cautelar e não da tutela antecipatória, dá-se no plano processual e não no plano material, salvo exceções, a ausência de referibilidade não resulta sempre na *satisfatividade*.

Exatamente. O fato da medida de prisão preventiva decretada por *garantia da ordem pública* não se referir ao processo penal em que está inserida, mas a valores outros de defesa social, não induz a antecipação finalística da tutela: não seria por isso que decretar-se-ia a medida, de maneira a antecipar a tutela processual definitiva. Há, nesse particular aspecto, conforme já visto, vedação constitucional

expressa no inciso LVII do artigo 5º da Constituição.

Assim, a conclusão a que se chega é de que a prisão preventiva decretada por *garantia da ordem pública* não é cautelar nem antecipatória, mas *medida de polícia judiciária*, justificada e legitimada pelos altos valores sociais em jogo. A magistratura, formada por agentes políticos do Estado, tem papel suficientemente importante na defesa social a legitimá-la politicamente para decretar medida, não referente, todavia, à atividade concreta que desenvolve no processo penal condenatório.

1.4. A prisão preventiva decretada por garantia da ordem econômica

Essa hipótese foi introduzida por lei posterior à edição do Código de Processo Penal.³⁵⁶

Sua similitude com a hipótese de prisão preventiva decretada por *garantia da ordem pública* é evidente. Daí a improcedência da afirmação de ANTONIO CLAUDIO MARIZ DE OLIVEIRA, de que essa nova forma de prisão preventiva é inconstitucional.³⁵⁷

O conceito de *ordem econômica* se insere no de *ordem pública*, sendo uma especialização desta. Na mesma linha de raciocínio, a ordem econômica é, faticamente, a convivência ordenada dos agentes econômicos e, normativamente, o conjunto de regras que garantem a segurança e liberdade das relações de produção e

³⁵⁶. Trata-se da Lei n. 8.884, de onze de junho de 1994.

³⁵⁷. OLIVEIRA, Antonio Claudio Mariz de. Reflexões sobre os crimes econômicos. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais e Instituto Brasileiros de Ciências Criminais, 1995, p. 98-99.

circulação de riquezas, bem como as regras que garantem a valorização do trabalho humano.

O artigo 170 da Constituição não define exatamente o que seja a ordem econômica, mas dispõe que ela, no Brasil, é [deve ser] “fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa” e objetiva assegurar a todos “existência digna, conforme os ditames da justiça social”. São os seguintes os seus princípios, de acordo com os incisos do artigo 170 da Constituição: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

Daí se poder concluir que atentados contra a ordem econômica serão, em suma, aqueles tendentes a atingir qualquer dos princípios elencados.

Conforme MANOEL PEDRO PIMENTEL, a redação do Projeto de Lei aprovado na Câmara dos Deputados e que depois se transformaria no artigo 30 da Lei n. 7.492, de dezesseis de junho de 1986 (sobre o qual serão tecidas considerações adiante) continha exatamente a noção de *ordem econômica* a ser considerada pelo legislador. Ainda que não tenha sido considerada por ele, poderá sê-lo pelo Juiz, no caso concreto. Dispunha ela que a prisão do acusado de crime contra o sistema financeiro nacional poderia ser decretada “quando, em razão da magnitude da lesão causada pelo fato ou do clamor público por ele provocado, *esteja configurada situação em que a liberdade do mesmo* [refere-se ao acusado] *comprometa a segurança ou a*

*credibilidade do sistema financeiro nacional.*³⁵⁸

A medida de prisão preventiva para *garantia da ordem econômica*, como a anterior, não é, obviamente, cautelar, porque não referente a uma situação de periclitção do *direito* (pretensão condenatória e pretensão executória) ou do *instrumento* (processo penal condenatório), visa à defesa dos referidos valores econômicos e sociais. Também não é antecipatória, pois fundada em razões externas ao processo penal condenatório. Isto é: não é referível à pretensão condenatória em jogo.

Em síntese, a prisão preventiva decidida por *garantia da ordem econômica* não é cautelar nem antecipatória, mas *medida de polícia judiciária*.

1.5. A prisão preventiva decretada pela magnitude da lesão decorrente de crime contra o sistema financeiro nacional

Trata-se de uma medida de urgência prevista no artigo 30 da Lei n. 7.492, de dezesseis de junho de 1986,³⁵⁹ dispositivo que foi acidamente criticado por MANOEL PEDRO PIMENTEL:

A verdade é que este artigo (...) não deveria existir. É inteiramente desnecessário, para os fins colimados. Ressalvando que o dispositivo se aplica *sem prejuízo do disposto no art. 312 do CPP* (e seria despicienda

³⁵⁸. PIMENTEL, Manoel Pedro. Crimes contra o sistema financeiro nacional: comentários à Lei n. 7.492, de 16.6.86. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 191-192.

³⁵⁹. “Sem prejuízo do disposto no artigo 312 do Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, a prisão preventiva do acusado da prática de crime previsto nesta lei poderá ser decretada em razão da magnitude da lesão causada”.

a menção ao decreto-lei que o editou, uma vez que ao tempo da promulgação da lei em estudo o único Código de Processo Penal em vigor era aquele) o legislador não trouxe, além do que já estava estatuído, nenhuma novidade.

Dizendo que a prisão preventiva poderá ser decretada em razão da magnitude da lesão causada, mas sem prejuízo do disposto no art. 312 da lei adjetiva penal, a norma apenas apontou um motivo que já se encontrava implícito na expressão “garantia da ordem pública”, inserida no art. 312 da lei penal. A relevância do motivo para a decretação da prisão preventiva -- ao examinar o requisito da garantia da ordem pública -- certamente deve ser ponderada pelo juiz.

Por outro lado, como se há de aferir esse elemento normativo -- *magnitude da lesão causada* -- se não for através de critério subjetivo, que pode variar amplamente, já que a lei não define quantitativa ou qualitativamente tal magnitude?³⁶⁰

Parecem inteiramente corretas as afirmações acima. Eram corretas no momento da edição da Lei n. 7.492/86 e são ainda mais precisas hoje, dado o advento da Lei n. 8.884/94, que instituiu a hipótese de prisão preventiva para a garantia da ordem econômica. Para ANTONIO CLAUDIO MARIZ DE OLIVEIRA, essa medida configura novo exemplo “da insensatez do legislador”.³⁶¹

É possível ir um pouco adiante nessa análise, já na linha de pesquisa implementada no presente estudo. A questão da magnitude da lesão decorrente de crime contra o sistema financeiro nacional pode ser posta sob o crivo do binômio antecipação da tutela *versus*

³⁶⁰. PIMENTEL, Manoel Pedro. Crimes contra o sistema financeiro nacional: comentários à Lei n. 7.492, de 16.6.86. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 191.

³⁶¹. OLIVEIRA, Antonio Claudio Mariz de. Reflexões sobre os crimes econômicos. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais e Instituto Brasileiros de Ciências Criminais, 1995, p. 98.

cautelaridade da medida.

Perceba-se que, de ordinário, a ocorrência de uma macro-lesão decorrente de crime contra o sistema financeiro nacional terá como conseqüência a ameaça a toda a ordem econômica, na medida em que colocará o sistema todo sob suspeita dos investidores, com conseqüências graves. Contudo, é possível, racionalmente, isolar as situações.

É imaginável uma hipótese de macro-lesão decorrente de crime contra o sistema financeiro nacional sem perigo à credibilidade do sistema como um todo. Um crime contra o sistema financeiro nacional que envolva os patrimônios de um número certo de investidores, sem a mais remota possibilidade de atingimento de outros, pode envolver uma situação de macro-lesão sem perigo à credibilidade do sistema inteiro. A lesão é enorme, mas está perfeitamente circunscrita a um número, maior ou menor de investidores, e os demais investidores, nem por hipótese, sentem-se ameaçados.

Pois bem. Aplicada a regra a uma situação como essas, estaria ocorrendo a antecipação de uma condenação *pelo só fato da magnitude da lesão*. Essa antecipação não está tipicamente autorizada pela Constituição, como em outros casos. Daí se poder afirmar que a aplicação pura e simples da regra contida no artigo 30 de Lei n. 7.492/86, sem a ocorrência de perigo real à ordem econômica, é inconstitucional.

2. A prisão em flagrante

2.1. A prisão em flagrante propriamente dita

A doutrina processual penal brasileira, como já referido na primeira parte deste trabalho, afirma a natureza *cautelar* da prisão em flagrante delito.

É preciso, porém, sublinhar uma distinção bastante sutil e importante para a análise da matéria e anunciada pelo título do presente item.

Uma coisa é a *prisão em flagrante* tratada pelo inciso LXI do artigo 5º da Constituição e pelos artigos 301 a 303 do Código de Processo Penal. Esse instituto se caracteriza pela prisão ou detenção de alguém que se encontre em qualquer das hipóteses tratadas no artigo 302 do Código de Processo Penal.

Outra coisa diversa é a *continuidade*, a *manutenção* da prisão, sem mudança do respectivo título, após o *controle jurisdicional* posterior que se faz de sua legalidade material e da legalidade formal do auto de prisão em flagrante.

Dessa diferença já se advertira JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, que escreveu, a respeito, o seguinte:

Os franceses têm a palavra -- *arrestation* -- e os italianos, a palavra -- *cattura*, que empregam como correlativo oposto à palavra -- *détention*, *detenzione*. (...)

Nós temos as palavras *custódia* e *captura*, que poderíamos sempre empregar nas nossas leis, como o fez a moderna legislação portuguesa. A amplitude da palavra *prisão* -- tem ocasionado muitas confusões.

Os franceses chamam *arrestation* a prisão de alguém, unicamente para obrigá-lo a comparecer perante a autoridade, a fim de ser

interrogado sobre o delito que lhe é imputado; e *detention*, especialmente, *détention preventive* ou *préalable*, a conservação de alguém em prisão até o julgamento, ou a prisão de indiciado para que fique detido até julgamento.³⁶²⁻³⁶³

A medida de *manutenção da prisão em flagrante*, após o controle jurisdicional de sua legalidade, será tratada no item seguinte.

Percebe-se, pela leitura do inciso LXI do artigo 5º da Constituição,³⁶⁴ que a *prisão em flagrante* tem dignidade constitucional. Mais do que isso, tem tradição no ordenamento jurídico brasileiro e como tal deve ser encarada e estudada.

De fato, a *prisão em flagrante* foi prevista pelas Constituições brasileiras de 1824,³⁶⁵ 1891,³⁶⁶ 1934,³⁶⁷ 1937,³⁶⁸ 1946,³⁶⁹ 1967³⁷⁰e

³⁶². ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. O processo criminal brasileiro. Rio de Janeiro: Laemmert, 1901, v. 1, p. 278.

³⁶³. Cf., num trecho que é praticamente idêntico ao de JOÃO MENDES JÚNIOR sem, entretanto, constar qualquer referência bibliográfica, SIQUEIRA, Galdino. Curso de processo criminal. 2. ed., São Paulo: Livraria Magalhães, 1930, p. 124: “A exemplo da moderna legislação portuguesa poderíamos empregar os termos *custódia* e *captura*, no sentido em que os franceses usam os termos *arrestation* e *detention*. Os franceses chamam *arrestation* à prisão de alguém, unicamente para obrigar a comparecer perante a autoridade a fim de ser interrogado sobre o delito que lhe é imputado, e *detention* especialmente *détention preventive* ou *preable*, à conservação de alguém em prisão até o julgamento, ou à prisão de indiciado para que fique detido até o julgamento”.

³⁶⁴. “ninguém será preso senão em flagrante delito ou (...)”.

³⁶⁵. Artigo 179, inciso X: “à exceção de flagrante delito, a prisão não pode ser executada, senão por ordem escrita da Autoridade legítima. (...)”.

³⁶⁶. Artigo 72, § 13: “À exceção do flagrante delito, a prisão não poderá executar-se, senão depois de pronúncia do indiciado, salvo nos casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente”.

³⁶⁷. Artigo 113, número 21: “Ninguém será preso senão em flagrante delito, ou por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei. (...)”.

1969.³⁷¹ Os artigos 131 a 133 do Código do Processo Criminal de Primeira Instância, de 1832 também dela trataram.

Segundo JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, *flagrante* deriva da raiz grega *flegein*, que significa *queimar*.³⁷²⁻³⁷³

A *prisão em flagrante* retira sua legitimidade do clamor público provocado pela ação delituosa. Esse clamor público, somado à *certeza visual do crime*³⁷⁴ que, embora “variável segundo a modalidade ou espécie de flagrante que se desenhe”,³⁷⁵ não deve ser perdida, justifica o encarceramento do seu autor.

³⁶⁸. Artigo 122, número 11: “À exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente. (...)”.

³⁶⁹. Artigo 141, § 20: “Ninguém será preso senão em flagrante delito ou, por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei”.

³⁷⁰. Artigo 153, § 12: “Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente. (...)”.

³⁷¹. Artigo 153, § 12: “Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente. (...)”.

³⁷². ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. O processo criminal brasileiro. Rio de Janeiro: Laemmert, 1901, v. 1, p. 289.

³⁷³. Cf., também, a respeito da história da expressão, CORDERO, Franco. Procedura penale. Milão: Giuffrè, 1991, p. 449.

³⁷⁴. Conforme o registro de ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de processo penal brasileiro anotado. 3. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. 3, p. 321, a expressão, “certeza visual do crime”, para definir o flagrante, expressão consagradíssima pela doutrina processual penal, foi cunhada pelo Desembargador Raphael Magalhães, na redação do acórdão que redigiu para o *habeas corpus* n. 2.284, de junho de 1927, no Tribunal de Relação do Estado de Minas Gerais e que se encontra publicado, ainda segundo ESPÍNOLA FILHO, no Arquivo judiciário, de 1927, v. 3, p. 64.

³⁷⁵. PEDROSO, Fernando de Almeida. Prisão em flagrante. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, n. 705, p. 294.

(...) a possibilidade de se prender alguém em flagrante delito é um sistema de auto defesa da sociedade, derivada da necessidade social de fazer cessar a prática criminosa e a perturbação da ordem jurídica, tendo também o sentido de salutar providência acautelatória da prova da materialidade do fato e da respectiva autoria.³⁷⁶

A legitimidade política da *prisão em flagrante* é tal que dispõe o artigo 301 do Código de Processo Penal que “qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”.

VICENTE GRECO FILHO ensina que “duas são as justificativas para a existência da prisão em flagrante: a reação social imediata à prática da infração e a captação, também imediata, da prova”.³⁷⁷

Para HÉLIO TORNAGHI, “a prisão em flagrante tem a seu favor o consenso universal e responde não ao desejo de represália, mas ao impulso natural do homem de bem, em prol da segurança e da ordem”.³⁷⁸

No Brasil, quatro são as hipóteses que o artigo 302 do Código de Processo Penal considera como sendo de *flagrante delito*. São elas: *i*) a de alguém que é surpreendido cometendo um fato criminoso, *ii*) a de alguém que é surpreendido logo após ter praticado um fato criminoso, *iii*) a de alguém que é perseguido, logo após ter sido praticado um fato criminoso, em situação que faça presumir ser ele autor do dito fato criminoso e *iv*) a de alguém que é encontrado, logo

³⁷⁶. MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo penal. São Paulo: Atlas, 1991, p. 354.

³⁷⁷. GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 236.

³⁷⁸. TORNAGHI, Hélio. Curso de processo penal. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, v. 2, p. 50.

depois de ter sido praticado um fato criminoso, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor do dito fato criminoso.

Em sede doutrinária,³⁷⁹ usa-se denominar as hipóteses sob os números *i)* e *ii)* de *flagrantes próprios*, a hipótese sob o número *iii)* de *quase-flagrante* e a hipótese sob o número *iv)* de *flagrante presumido*.

Trata-se, efetivamente, de *medida cautelar administrativa*, pois se baseia obviamente em situação de *urgência*, dês que, uma vez cometido o crime, cuja persecução é exigida pela ordem jurídica, o criminoso não permanecerá por muito tempo no local do crime.

A urgência da prisão também fica clara no seguinte trecho de autoria de ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS que, analisando a prisão em flagrante propriamente dita, coloca em relevo a multiplicidade de sua finalidade cautelar: “A doutrina justifica a prisão em flagrante, não só pela atualidade e evidência do delito senão pelo temor de fuga e perigo de sucessivas desordens, a necessidade de acautelar a prova, ou, ainda, evitar represálias do ofendido e seus parentes, impedindo mais a consumação do delito, quando se trate de simples tentativa”.³⁸⁰

É medida de caráter *administrativo* e baseada na *aparência*, cujos pressupostos estão definidos no citado artigo 302.

Apresenta os caracteres de *sumariedade formal* -- o procedimento da prisão propriamente dita consiste basicamente na imobilização do criminoso -- e *material* -- a decisão da prisão se baseia nas hipóteses do

³⁷⁹. Cf., por todos, MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1965, v. 4, p. 66 e TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, Processo penal. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 431.

³⁸⁰. BARROS, Romeu Pires de Campos. Processo penal cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 122.

artigo 302 do Código de Processo Penal e não em algum juízo definitivo sobre a autoria e materialidade do fato e muito menos sobre a censurabilidade da conduta do criminoso. Além disso, a prisão é *temporária* e obviamente *referível* ao direito penal material subjacente. Por fim, *não gera a coisa julgada material*.

2.2. A manutenção motivada da prisão em flagrante após o controle jurisdicional de sua legalidade

Essa continuidade da prisão em flagrante já não é mais medida de urgência administrativa, mas perfeitamente *jurisdicional*.

Os incisos LXII, primeira parte,³⁸¹ LXV³⁸² e LXVI,³⁸³ do artigo 5º da Constituição, estabelecem que a autoridade administrativa responsável pela custódia do preso, pela documentação da prisão e de suas circunstâncias, deve comunicá-la imediatamente ao Juiz competente, que relaxará a prisão ilegal (materialmente ilegal ou materialmente legal, mas maculada por auto formalmente irregular) e concederá liberdade provisória ao preso que a merecer.

Se o Juiz mantém a prisão, fá-lo por vera e própria decisão sua, que deve ser motivada, por força do mandamento geral do

³⁸¹. “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente (...)”.

³⁸². “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”.

³⁸³. “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

inciso IX do artigo 93 da Constituição.³⁸⁴ Logo a partir da comunicação, segue-se uma decisão a respeito da legalidade da prisão e, a partir daí, a medida coercitiva passa a ser *jurisdicional*.

Quanto aos caracteres da *medida jurisdicional de manutenção* da prisão em flagrante, valem todas as considerações feitas com relação à prisão preventiva. Isso porque, conforme se sabe e por força do parágrafo único do artigo 310 do Código de Processo Penal,³⁸⁵ a prisão em flagrante somente remanesce se estiver presente qualquer das situações fáticas que justificariam a decretação de prisão preventiva.

Há que se fazer, contudo, uma observação com relação ao requisito da *urgência*. É que não há, nas circunstâncias que envolvem a decisão de manter a prisão em flagrante, exatamente a mesma situação de *urgência* que motivaria uma *prisão preventiva cautelar*, como nos casos das prisões derivadas de periclitación da aplicação da lei penal e de conveniência da instrução criminal. Não há, de fato, a *mesma* situação de *urgência*, pois o imputado já se encontra preso e, mantida essa situação, não causará ele os danos de que seria capaz caso solto; mas há, sem dúvida, *urgência*.

De um lado, essa *urgência* é motivada pelo próprio inciso LXV do artigo 5º da Constituição, que usa o advérbio “imediatamente”: há *urgência*, derivada da lei, em se definir a legalidade da prisão. De outro lado, embora a situação presente não seja de *urgência real* e

³⁸⁴. “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)”.

³⁸⁵. “Igual procedimento será adotado [refere-se à concessão de ‘liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação’, mencionada no *caput* do artigo 310] quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inoportunidade de qualquer das hipóteses que autorizariam a prisão preventiva.”

contemporânea ao pronunciamento jurisdicional -- por causa do encarceramento do imputado -- sua soltura poderá ensejá-la; e é exatamente para evitá-la que se mantém a prisão.

Se a manutenção da prisão se der para *assegurar a aplicação da lei penal* (risco de fuga do imputado) ou por *conveniência da instrução criminal* (risco de que, solto, o imputado poderá prejudicar a atividade instrutória do processo, ou outras situações a serem colmatadas pela jurisprudência³⁸⁶) será uma *medida cautelar jurisdicional*, pelas mesmas razões já apresentadas quando se tratou das hipóteses equivalentes de prisão preventiva. Se a manutenção da prisão se der para *garantia da ordem pública*, ou por *garantia da ordem econômica*, terá a natureza de simples medida de segurança social, ato de polícia judiciária inserto em processo penal condenatório, sem qualquer referibilidade a uma situação de perigo ao processo e sem referibilidade ao direito material que a ela subjaz.

2.3. A manutenção obrigatória da prisão em flagrante após o controle jurisdicional de sua legalidade

O inciso XLIII do artigo 5º da Constituição³⁸⁷ criou a

³⁸⁶. Uma hipótese de conveniência da instrução criminal é, por exemplo, a de, uma vez preso em flagrante o imputado, realizar seu interrogatório antes de soltá-lo, antecipando o início da instrução criminal. Numa hipótese como essas, dada a curta duração que haverá de ter a manutenção da prisão, a *medida cautelar* guarda perfeita proporcionalidade com o mal que o encarceramento sempre causa.

³⁸⁷. “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

categoria dos *crimes hediondos*. Equiparou a eles os crimes relacionados com a *prática de tortura*, o *tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins* e o *terrorismo*.

Dispôs, outrossim, que os *crimes hediondos* seriam aqueles assim definidos em lei ordinária, subtraindo ao Juiz qualquer liberdade a esse respeito.

Dispôs, por fim, que a lei ordinária considerará os *autores materiais*, os *mandantes* e os *omissos* em evitar tais crimes, como insuscetíveis de fiança criminal, graça e anistia.

Posteriormente, a Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990 foi editada, definindo como *hediondos* nove crimes, em suas formas tentadas e consumadas. Posteriormente, outra lei foi editada,³⁸⁸ acrescentando novos crimes àquele rol. A bem da verdade, diga-se que dentre os crimes escolhidos estão, de fato, alguns dos mais gravemente apenados do ordenamento jurídico-penal.

O artigo 2º, inciso II, da Lei n. 8.072/90,³⁸⁹ dispôs que, além da fiança criminal, graça e anistia, seus autores materiais, mandantes e omissos em evitá-los não poderiam ser indultados pelo Presidente da República e nem beneficiados com liberdade provisória.

Em obra anterior, o autor do presente estudo sustentou a inconstitucionalidade do artigo 2º, inciso II, segunda figura, da Lei n. 8.072/90.³⁹⁰

Contudo, a ponderação de ANTONIO SCARANCE FERNANDES

³⁸⁸. Trata-se da Lei n. 8.903, de 25 de julho de 1994.

³⁸⁹. “Artigo 2º. Os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I - anistia, graça e indulto; II - fiança e liberdade provisória”.

³⁹⁰. RAMOS, João Gualberto Garcez. A inconstitucionalidade do “direito penal do terror”. Curitiba: Juruá, 1991, p. 54.

é deveras irresponsável:

Não teria sentido que, ao vedar o constituinte a liberdade provisória com fiança, fosse admitida pelo legislador ordinário uma liberdade provisória sem fiança como a definida no artigo 310, parágrafo único, do CPP, com ônus menores do que os previstos para a liberdade com caução. Haveria esvaziamento do texto constitucional.³⁹¹

No mesmo sentido se encaminham as ponderações de FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO:

(...) a norma constitucional [refere-se ao inciso LXVI do artigo 5º] assegura o direito à liberdade provisória, com ou sem fiança, nos limites estabelecidos pela lei ordinária. Assim, segundo penso, não há dúvida de que o legislador ordinário pode ampliar ou restringir esse direito, sem violentar a letra e o espírito da lei maior. E assim é porque, se a Constituição, de um lado, assegura o direito à liberdade (art. 5º, *caput*), de outro, permite expressamente a prisão dos indiciados submetidos a inquérito ou a processo (art. 5º, LXI). Assim, onde couber a prisão, não se poderá negar o seu efeito mais imediato, ou seja, a privação temporária da liberdade.³⁹²

De fato, a norma constitucional não pode ser interpretada em termos estritamente técnicos, mas teleologicamente: afinal, a Constituição é uma *carta política*, mais que um documento técnico-jurídico. Quando o legislador constituinte determinou que a lei não daria direito à fiança aos autores dos crimes mais graves do

³⁹¹. FERNANDES, Antonio Scarance. O artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal e a Lei 8.072/90: aspectos relevantes. In: Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Brasília: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 1993, n. 2, p. 46.

³⁹². TOLEDO, Francisco de Assis. Crimes hediondos. In: Fascículos de ciências penais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992, a. 5, v. 5, n. 2, p. 67.

ordenamento jurídico, quis dizer que não seria admissível, para eles, liberdade. Não fosse assim, não teria sentido a norma jurídica instituidora do tratamento mais rigoroso para os crimes hediondos “e, não só pela razão apontada, como porque afronta a lógica o admitir que se permite o mais, quando se nega o menos”, remata WEBER MARTINS BATISTA.³⁹³ Além disso, conforme se sabe à saciedade em tema de interpretação da norma jurídica, *interpretatio illa sumenda est quæ vitetur absurdum*.³⁹⁴

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal³⁹⁵ acabou por decidir nesse sentido, isto é, considerou constitucional a proibição de concessão de liberdade provisória ao indiciado ou acusado da prática de crime hediondo.

Diversas foram as modificações que a “lei dos crimes hediondos”, como passou a ser conhecida, introduziu nos sistemas penal e processual penal.

Duas, porém, interessam sobremaneira ao estudo da tutela de urgência. Uma delas foi a determinação de que, no “caso de sentença condenatória”, o Juiz haverá de “decidir fundamentadamente se o

³⁹³. BATISTA, Weber Martins. Recurso do réu em liberdade: uma releitura dos arts. 594 do CPP e 35 da Lei 6.368/76. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais e Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1995, n. 10, p. 154.

³⁹⁴. Tradução livre: “A interpretação preferível é a que evita o resultado absurdo”.

³⁹⁵. *Habeas corpus* n. 68.514-5-RS - STF - 2ª Turma - Relator para o acórdão Ministro Carlos Velloso (Relator original, vencido, Ministro Marco Aurélio) - julgado em 19.3.91 - ordem negada - votação majoritária - In: RTJ n. 140, p. 838-841. Está assim ementado: “Processual penal. Penal. Liberdade provisória. Tráfico de entorpecentes e drogas afins. Lei n. 8.072, de 25.7.90. I - A Lei n. 8.072, de 25.7.90, proíbe, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na linha de disposição constitucional inscrita no inc. XLIII, do art. 5º, da CF, a liberdade provisória”.

réu poderá apelar em liberdade”.³⁹⁶

A outra, tendendo a uma violação ao princípio da individualização da pena,³⁹⁷ dispôs que a pena privativa de liberdade para os autores de crimes *hediondos* e equiparados “será cumprida integralmente em regime fechado”. Essa disposição também foi considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.³⁹⁸

Sendo assim, ocorrida uma prisão em flagrante por prática de crime hediondo ou equiparado, a lei processual penal *determina* ao Juiz que mantenha o encarceramento, ainda que não estejam presentes os motivos que autorizariam, na espécie, uma prisão preventiva.

³⁹⁶. § 2º do inciso II do artigo 2º da Lei n. 8.072/90.

³⁹⁷. RAMOS, João Gualberto Garcez. A inconstitucionalidade do “direito penal do terror”. Curitiba: Juruá, 1991, p. 57: “A verdadeira ‘manietação’, operada pela referida lei, dos juízes da execução penal, proibindo-os de conceder a progressão de regime para os condenados pelos crimes por ela enunciados e aumentando para dois terços o tempo de cumprimento de pena para a obtenção do livramento condicional é flagrantemente inconstitucional. É que, conforme se sabe, a pena criminal tem três momentos perfeitamente cindíveis: cominação, aplicação e execução, que nada mais são do que etapas de um processo denominado de ‘individualização da pena’. No primeiro deles, o legislador desvaloriza o fato, exclusivamente, determinando, entre limites máximo e mínimo, ou apenas máximo, o desvalor possível. No segundo, o juiz desvaloriza, com virtual equilíbrio de critérios, o fato e o seu autor, de acordo com as regras de fixação de pena do Código Penal. No terceiro momento, o juiz da execução abandona já o fato criminoso, para fixar-se exclusivamente no seu autor, transformado em condenado. Nesse passo, é ilegítimo, por ferir o princípio da individualização da pena, tomar-se em consideração o fato praticado pelo condenado, pois condenados por crime hediondo e por outro crime devem ser, para os fins de execução de pena, tratados de maneira equivalente. Se o princípio ferido é de sede constitucional -- e o princípio da individualização da pena o é -- essa ilegitimidade tem o nome de inconstitucionalidade”.

³⁹⁸. *Habeas corpus* n. 69.603-SP - Relator Ministro Paulo Brossard - STF - pleno - julgado em 18.12.92 - ordem negada - votação majoritária - *In*: RTJ n. 146, p. 611. Foram vencidos, nesse julgamento, os Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence.

Obviamente, essa medida *não é cautelar* nem de *polícia judiciária*, pois nenhum daqueles requisitos da prisão preventiva precisa estar presente. Pode até eventualmente sê-lo, caso haja o *periculum in mora*, mas essa situação não é essencial à medida.

Daí porque se poder afirmar que essa *manutenção obrigatória* da prisão em flagrante é uma verdadeira e própria medida sumária de *antecipação* da sanção penal, legitimada constitucionalmente e propiciada pela conjugação da regra legal da detração penal com a que determina o integral cumprimento da pena privativa de liberdade em regime fechado, excetuado o caso de livramento condicional.

Há diversos aspectos que conduzem a tal conclusão. O *fato* de ter ocorrido a prisão em flagrante, motivada por qualquer das hipóteses de *flagrante próprio*, *quase-flagrante* e *flagrante presumido*; o *fato* das circunstâncias dessa prisão estarem documentadas pelo respectivo auto de prisão em flagrante; o *fato* de, premido pelo próprio flagrante, o imputado eventualmente ter confessado a prática da infração penal, tudo isso autoriza a considerar muito mais provável a prolatação de uma sentença penal condenatória. Presente está o requisito da aparência, ou plausibilidade, do direito afirmado.

Daí a *antecipação* da sanção penal, legítima, segundo decidiu o Supremo Tribunal Federal, porque expressamente autorizada por norma constitucional.

Muito antes da promulgação da Constituição brasileira de 1988, JOSÉ FREDERICO MARQUES, ao escrever sobre o tema, esboçou uma sustentação no sentido da *natureza antecipatória* da prisão em flagrante. Com a Constituição, toda a antecipação decorrente da prisão em flagrante ficou vedada, sendo autorizada somente no caso da prática de crimes hediondos ou equivalentes. Mas é interessante

reler o trecho de JOSÉ FREDERICO MARQUES em que ele trata do tema:

Sempre se admitiu, na Justiça penal, a prisão em flagrante, não só pela repercussão grave e imediata que produz um crime, nessas condições praticado, no sentimento popular, (...) como ainda pela grande probabilidade de ser a captura, em tais casos, legítima antecipação do resultado final do processo penal que irá instaurar-se contra o autor da infração.³⁹⁹

Encontra-se entendimento semelhante, embora referido a toda espécie de prisão processual, em LUIZ ANTÔNIO CÂMARA e JORGE VICENTE SILVA:

Assim (...) os casos em que ela é decretada (...) quando manifesta-se como medida processual de prevenção especial (quando decretada em relação a alguns crimes considerados graves -- aos quais, por consequência, se impõem altas penas). Oportunidade em que, então, constituiria medida de retribuição antecipada, fundada na gravidade do delito.⁴⁰⁰

Os mesmos autores manifestam preocupação no sentido de que, fundada a prisão na gravidade do delito, é preciso que a autoria e a ilicitude da conduta sejam demonstradas por “elementos circunstanciais robustos (...), a ponto, inclusive, de verificar-se sobreposição do conjunto probatório (provisório) à presunção de inocência”.⁴⁰¹ Pois bem: a prisão em flagrante fornece essas provas, auxiliando na tarefa de legitimação da manutenção da prisão e

³⁹⁹. MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1965, v. 4, p. 62.

⁴⁰⁰. CÂMARA, Luiz Antonio e SILVA, Jorge Vicente. Prisão preventiva. In: Jurisprudência Brasileira Criminal. Curitiba: Juruá, 1993, v. 30, p. 10.

⁴⁰¹. CÂMARA, Luiz Antonio e SILVA, Jorge Vicente. *Idem*, p. 10.

conseqüente antecipação da sanção penal.

3. A prisão decorrente de pronúncia

O procedimento especial do Júri, derivado do antigo procedimento ordinário, regulado pelos artigos 228 a 291 do Código do Processo Criminal de Primeira Instância, de 1832, caracteriza-se pela existência do *iudicium accusationis* e do *iudicium causæ*, duas fases entre as quais se repartem as funções de instruir e de julgar o caso penal.

O procedimento relativo aos processos da competência do júri comum é de caráter escalonado: há, de início, o *iudicium accusationis*, a que sucede, quando pronunciado o réu, o *iudicium causæ*. O processo penal do júri comum é, assim, no Direito Processual Penal brasileiro, um dos poucos em que se mantém o antigo “sumário de culpa”, ou jurisdição instrutória, como fase propedêutica do juízo propriamente dito.⁴⁰²

O momento intermediário entre essas duas fases é a *decisão de pronúncia* -- indevidamente denominada “sentença” pelo Código de Processo Penal⁴⁰³ -- através da qual o Juiz declara a acusação

⁴⁰². Cf. MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. 2. ed., Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1970, v. 3, p. 151.

⁴⁰³. Cf, contra, MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo penal. São Paulo: Atlas, 1991, p. 460-461: “(...) considerada *stricto sensu*, a pronúncia é a decisão interlocutória mediante a qual o magistrado declara a viabilidade da acusação por se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor. (...) Não se trata, portanto, de mero ‘despacho’, mas de *sentença*, em que há ‘julgamento’, como deixa claro a lei processual ao se referir expressamente a ‘sentença de pronúncia’ (arts. 408, § 1º, 413 e 415)”.

admissível (poder-se-ia dizer: *plausível*) para ser objeto de deliberação por parte dos jurados. Deriva ela do análogo pronunciamento existente no antigo *trial by jury* inglês e outrora era dada (*rectius*: pronunciada) pelo júri de acusação, formado por 21 cidadãos residentes no local dos fatos.⁴⁰⁴

Essa decisão tem conteúdo processual -- é uma *decisão interlocutória não-terminativa*⁴⁰⁵ -- e, além da consequência processual de declarar alguém *formalmente indiciado*⁴⁰⁶ pela prática de uma infração penal, cujo dispositivo legal deve consignar, tem consequências graves relativamente ao seu direito de defesa e ao seu direito de liberdade. Quanto à defesa técnica, porque tolhe, na prática, o rol de teses que o imputado pode, com sucesso, argüir no plenário do júri.⁴⁰⁷ Quanto ao direito de liberdade, porque dispõe o § 1º do artigo

⁴⁰⁴. Cf., a respeito do tema, RAMOS, João Gualberto Garcez. Audiência processual penal: doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 76-88.

⁴⁰⁵. Cf. MARQUES, José Frederico. Encerramento da formação da culpa no processo penal do Júri. In: ASÚA, Luis Jiménez de (*et alii*). Estudos de direito e processo penal em homenagem a Néelson Hungria. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1962, p. 124-142.

⁴⁰⁶. Trata-se, a rigor, juntamente com o recebimento da denúncia, de um dos dois únicos atos formais de indiciamento de alguém pela prática de um crime existentes no processo penal brasileiro atual.

⁴⁰⁷. Cf. MARQUES, José Frederico. Encerramento da formação da culpa no processo penal do Júri. In: ASÚA, Luis Jiménez de (*et alii*). Estudos de direito e processo penal em homenagem a Néelson Hungria. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1962, p. 133: “Na fase de formação da culpa, (...) o que se examina é o ‘direito de acusar’. (...) em nosso sistema processual, (...) a imputação é tida como provada desde que ‘certa’ a existência de fato punível e ‘provável’ a prática, pelo réu, desse fato. (...). Vê-se (...) que onde há o juízo prévio da formação da culpa, ou instrução preliminar, a ação penal e a acusação que lhe é conexas formam-se, paulatina e progressivamente, mediante integração escalonada de seus elementos constitutivos. (...). Proferida a sentença de

408 do Código de Processo Penal⁴⁰⁸ que o Juiz, ao pronunciar o réu, recomendá-lo-á na prisão em que se encontra⁴⁰⁹ ou determinará sua prisão. É a chamada *prisão decorrente de pronúncia*, também denominada *prisão decorrente da formação da culpa*.

Relativamente ao *status libertatis* do imputado, o sistema original do Código de Processo Penal, por força dos parágrafos 1º e 2º⁴¹⁰ do seu artigo 408, dava azo a apenas duas hipóteses. Na primeira delas, o crime era afiançável e tornava-se possível, a partir da prestação da fiança, a liberdade provisória do réu pronunciado até a sessão de julgamento pelo Tribunal do Júri. Na segunda, o crime era inafiançável e, então, não havia sucedâneo à prisão provisória. Nessa última hipótese estava incluída a de crime cuja prisão preventiva era compulsória, caso em que ou o acusado já estava preso por ocasião da pronúncia, ou sua prisão já havia sido decretada. Uma terceira hipótese, a do crime de que o acusado se livrava solto sem prestação de fiança, não tinha aplicação no caso dos crimes contra a vida, todos com pena superior a três meses; logo, não se a considerava para os crimes de competência do Tribunal do Júri.

Analisando o sistema antigo, BASILEU GARCIA emitiu opinião favorável à manutenção do acusado preso até seu julgamento pelo

pronúncia, dá-se como certa a imputação no tocante à existência do fato delituoso, e como provável no que se refere à autoria atribuída ao réu”.

⁴⁰⁸. “Na sentença de pronúncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu, mandará lançar-lhe o nome no rol dos culpados, recomendá-lo-á na prisão em que se achar, ou expedirá as ordens necessárias para sua captura”.

⁴⁰⁹. Isto é, dará conhecimento ao carcereiro de que o réu está preso por esse novo título; *além do anterior*, se a prisão anterior fosse por outro crime, ou *sucedendo o anterior*, caso estivesse preso em virtude de flagrante ou preventivamente, no mesmo processo.

⁴¹⁰. “Se o crime for afiançável, será, desde logo, arbitrado o valor da fiança, que constará do mandado de prisão”.

Tribunal do Júri:

A minha posição em face desse problema, porém, não é a mais radical. Em nosso país, é muito frouxa a repressão ao homicídio, porque está entregue ao júri. Seria bom que ao escândalo freqüente da impunidade não se adicionasse a franquia da liberdade de homicida no decurso da ação penal, o que é verdadeiramente chocante, para a sensibilidade pública. Podia-se manter, para os crimes dolosos contra a vida punidos com reclusão superior a dez anos, a prisão preventiva obrigatória, com o temperamento -- mais que suficiente -- da concessão de liberdade provisória em havendo indícios de escusa relevante.⁴¹¹

A respeito dessa prisão, JOSÉ ANTONIO PIMENTA BUENO tem um argumento lógico bastante sólido:

A prisão é o ato mais importante do processo da pronúncia; ela priva o cidadão da liberdade, faz pesar sobre a presunção do crime, causa-lhe, e à sua família, despesas, perdas e sacrifícios. Entretanto, quando o crime é inafiançável, como seria possível a simples notificação? Fora um aviso dado ao indiciado para que se evadisse.⁴¹²

Apenas para lembrar, a *natureza cautelar* dessa forma de prisão processual tem sido defendida, na doutrina processual penal brasileira, conforme já visto na primeira parte deste trabalho, seja de forma *autônoma*, seja de forma *dependente*.

A primeira forma ocorre nos casos dos doutrinadores que

⁴¹¹. GARCIA, Basileu. Preservação da liberdade no anteprojeto de Código de Processo Penal. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965, n. 352, p. 13.

⁴¹². BUENO, José Antonio Pimenta. Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro. Edição anotada, atualizada e complementada por José Frederico Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959, p. 351.

entendem que, no caso do réu *com antecedentes criminais*, a prisão decorrente de pronúncia tem natureza cautelar *de per se*, isto é, não necessita do concurso dos requisitos de nenhuma outra medida para justificar-se enquanto *medida cautelar* e legítima.

Entre outros, é o entendimento, já citado, de ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, para quem a prisão decorrente de pronúncia tem natureza cautelar porque subordinada “a requisito de ordem subjetiva, ou seja, ao fato de não ser o réu primário ou não possuir antecedentes”.⁴¹³

Outros autores, porém, praticam certo reducionismo da prisão decorrente de pronúncia à prisão preventiva. Ou, por outra: através da exigência, para decretar-se a prisão decorrente de pronúncia, da ocorrência dos pressupostos da prisão preventiva.

É possível, em breves linhas, reproduzir esse pensamento.

Pronunciado o réu para julgamento pelo Tribunal do Júri, estará ele em duas das seguintes situações: será *i) primário e de bons antecedentes* ou será *ii') não-primário, com antecedentes criminais*, portanto, ou será *ii'') primário, mas com antecedentes criminais*. Dadas essas duas situações, das quais não se pode fugir, a opinião da maior parte dos processualistas penais referidos na primeira parte deste trabalho pode ser sintetizada da seguinte maneira: pronunciado, se o réu estiver na situação *i)*, tem direito à liberdade até o julgamento. Essa exceção à regra da prisão vem mencionada no § 2º do artigo 408, do Código de Processo Penal. Esse réu poderá ter sua prisão decretada se estiverem presentes os motivos autorizadores da prisão preventiva.

Para os autores que reduzem a prisão decorrente da pronúncia à prisão preventiva, ainda que o réu esteja na segunda

⁴¹³. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Presunção de inocência e prisão cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 64.

situação [ii') e ii'')], sua prisão ficará dependente da ocorrência de qualquer das hipóteses autorizadoras da prisão preventiva. Seja porque simplesmente ignoram o disposto no § 1º do artigo 408 do Código de Processo Penal, por entendê-lo violador do princípio da *presunção de inocência*, seja porque entendem que, nesse caso, há *presunção iuris tantum* de necessidade da prisão, *presunção* essa que pode ser afastada; o que, ao fim e ao cabo, leva a se considerar que a inexistência das situações autorizadoras da prisão preventiva também pode afastar a decretação da medida.

Em ambos os casos, o que se vê é a tentativa desses processualistas penais de reduzir a prisão decorrente da pronúncia à prisão preventiva, subordinando-a às suas hipóteses. O grave equívoco desses posicionamentos consiste no esquecimento de uma realidade legal, legítima e inequívoca: a de que existe a *prisão preventiva*, que é um instituto (pode ser cautelar ou não, conforme já visto) e existe outro instituto, perfeitamente diferente em seus pressupostos legais, que é a *prisão decorrente de pronúncia*.

O reducionismo da prisão decorrente de pronúncia à prisão preventiva leva a situações paradoxais, que violentam o bom senso e os princípios gerais de direito.

Por exemplo: a do acusado primário e de bons antecedentes que, preso preventivamente por *conveniência da instrução criminal* (na hipótese clássica de ameaça a testemunhas) uma vez pronunciado por crime de homicídio simples, é solto justamente nesse momento, sob o argumento de que não há mais perigo porque a instrução terminou...

E quem defendesse essa posição certamente não atentaria para o detalhe de que pode ocorrer atividade instrutória no plenário do Tribunal do Júri (até porque, no momento da preclusão da pronúncia ainda não foram oferecidos nem o libelo acusatório nem

sua contrariedade). É logicamente impraticável a atitude reducionista.

Tratar-se-á, primeiramente, da prisão decorrente da pronúncia do réu *com antecedentes criminais*.

Antes de prosseguir, é preciso ver que devido ao artigo 2º, inciso II, da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990,⁴¹⁴ que deu novo tratamento processual penal aos crimes hediondos e assemelhados, uma terceira hipótese, relativamente ao *status libertatis* do réu após ser pronunciado para julgamento pelo Tribunal do Júri, passou a ser possível: a dos acusados da prática de crime hediondo ou equivalente. Essa terceira hipótese tornou-se particularmente importante no que diz respeito aos crimes de competência do Tribunal do Júri após a edição da Lei n. 8.930, de 25 de julho de 1990, que transformou em hedionda qualquer forma de homicídio qualificado.

Essa terceira hipótese também será analisada.

Em qualquer das três hipóteses, pouco importa se o acusado estava ou não preso por ocasião da prolação da decisão de pronúncia.

3.1. A prisão decorrente da pronúncia do réu com antecedentes criminais

Conforme já visto, dispõe o § 1º do artigo 408 do Código de Processo Penal que, proferida a decisão de pronúncia, o juiz determinará a prisão do réu solto e recomendará na prisão o que já

⁴¹⁴. “Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de (...) fiança e liberdade provisória”.

se encontra preso.

O § 2º do mesmo artigo estabelece que “se o réu for primário e de bons antecedentes, poderá o juiz deixar de decretar-lhe a prisão ou revogá-la, caso já se encontre preso”.

Da combinação desses dois dispositivos tem-se que o acusado *com antecedentes criminais* (seja ou não primário) uma vez pronunciado para julgamento pelo Tribunal do Júri, deve ser preso; e o acusado primário e de bons antecedentes poderá ser solto, se estiver preso por ocasião da pronúncia, ou poderá permanecer solto.

Essa dicotomia, de acordo com a vida *ante acta* dos acusados, no particular aspecto de seus envolvimento com a justiça criminal, foi criada pelo artigo 1º da Lei n. 5.941, de 22 de novembro de 1973.

Antes de prosseguir, portanto, é mister fazer uma digressão histórica para explicar a gênese desse diploma legislativo, que é de importância crucial para o desenvolvimento do processo penal brasileiro.

Essa lei, que abriu ao acusado primário e de bons antecedentes a possibilidade de aguardar em liberdade a sessão de julgamento pelo Tribunal do Júri e o julgamento de seu recurso de apelação, ficou conhecida na crônica judiciária brasileira como “Lei Fleury” porque, segundo consta, foi editada para favorecer o Delegado da Polícia Civil do Estado de São Paulo Sérgio Fernando Paranhos Fleury. Essa versão é confirmada por matéria jornalística publicada, na época, pelo jornal *O Estado de S. Paulo*.⁴¹⁵

Dessa matéria, consta que o projeto da referida lei, de autoria do Deputado Federal Cantídio Sampaio (ARENA/SP), ex-Secretário

⁴¹⁵. BRASÍLIA, Sucursal de. Novo Código votado depressa. In: O Estado de S. Paulo. São Paulo: Editora “O Estado de S. Paulo”, 1973, edição de 29 de novembro, p. 34.

de Segurança Pública do Estado de São Paulo (Governo Adhemar de Barros), teve uma tramitação recorde e até então inédita de menos de dois meses no Congresso Nacional, pois foi proposto na Câmara dos Deputados em quatro de outubro de 1973 e sancionado menos de dois meses depois, em 22 de novembro de 1973.

A matéria do dito periódico é deveras irônica e esclarecedora, deixando clara a vinculação do projeto à tarefa de beneficiar o Delegado Fleury:

As emendas introduzidas por Cantídio Sampaio no Código de Processo Penal beneficiarão, desde agora, qualquer pessoa presa, que o juiz considerar ter bons antecedentes. *Como, por exemplo, qualquer funcionário de Polícia que se tenha notabilizado no combate ao crime.* Esse funcionário poderá aguardar seu julgamento em liberdade. E, se for condenado, não precisará apresentar-se ao juiz, para poder apelar da sentença, aguardando, ainda em liberdade, o provimento de seu recurso. *Qualquer pessoa nessas circunstâncias, mesmo que não seja funcionário policial com notabilizante folha de serviços -- pois, obviamente, o projeto de Cantídio Sampaio não objetivou apenas uma pessoa -- poderá, desde agora, se beneficiar dos dispositivos introduzidos no Código de Processo Penal.*⁴¹⁶

Na época, o Delegado Fleury estava, de fato, preso desde 23 de outubro de 1973 e aguardava, juntamente com um investigador, de nome Ademar Augusto de Oliveira, vulgo “Fininho I”, julgamento pelo Tribunal do Júri motivado pela morte do traficante Odilon Marcheroni de Queiroz, vulgo “Carioca”, que ambos -- Fleury e “Fininho I” -- teriam matado, abandonando o corpo no município de Estiva, Minas Gerais, no Rio Sapucaí, no âmbito das atividades ilícitas do assim denominado “Esquadrão da Morte”, que

⁴¹⁶. BRASÍLIA, Sucursal de. *Idem*, p. 34 [os grifos não constam do original].

o Delegado Fleury era acusado de liderar. Essa versão é também confirmada por HÉLIO PEREIRA BICUDO:

(...) o Governo Federal, em dezembro de 1973 [na verdade, final de novembro] fazia passar uma reforma de dispositivos do Código de Processo Penal, que permitia [que] os réus pronunciados, sob certas condições, aguardassem em liberdade o pronunciamento do júri. É que o delegado Sérgio Fleury havia sido pronunciado por acórdão unânime da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça e, por força de lei, encontrava-se preso, recolhido ao Deops, a aguardar o julgamento pelo Tribunal Popular.⁴¹⁷

Ficou dito acima que a Lei n. 5.941/73 criou uma dicotomia entre os acusados *com antecedentes criminais* (não importa se primários ou não) e os acusados *primários e sem antecedentes criminais*.

Contudo, por vezes, percebe-se certa confusão em obras doutrinárias a respeito do tema, razão pela qual é necessária nova digressão para dar o entendimento do autor a respeito do assunto.

Há autores que, jogando com as palavras, difundem a idéia equivocada de que a lei processual penal trata de forma menos dadivosa os *acusados de maus antecedentes*, colocando, do outro lado, com maior número de prerrogativas, os acusados *primários e de bons antecedentes*. É o caso, por exemplo, de FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO.⁴¹⁸

⁴¹⁷. BICUDO, Hélio Pereira. Meu depoimento sobre o esquadrão da morte. 2. ed., São Paulo: Pontifícia Comissão de Justiça e Paz de São Paulo, 1976, p. 111.

⁴¹⁸. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Prática de processo penal. 16. ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 261: “(...) não basta seja o réu reincidente ou de maus antecedentes em crime inafiançável para que não possa apelar em liberdade, ou para que não possa aguardar em liberdade o seu julgamento pelo Tribunal do Júri”.

Há outros, como ALBERTO ZACHARIAS TORON⁴¹⁹ e ROGÉRIO LAURIA TUCCI,⁴²⁰ que chegam ao extremo de tentar eliminar o conceito de *antecedentes criminais*, procurando identificá-lo com o de *reincidência*.

Contudo, não é possível sofismar a respeito, porque em momento algum a lei processual penal utiliza a expressão *maus antecedentes*, como definidora de uma categoria de imputados a não serem agraciados com vantagens processuais. Se a expressão fosse essa -- *maus antecedentes* -- seria possível argumentar que um ou dois envolvimento em inquéritos policiais não configurariam *maus antecedentes*, já que essa idéia conduz à de uma ficha policial plena de ocorrências desabonadoras. Contudo, o § 2º do artigo 408 do Código de Processo Penal utiliza a expressão *bons antecedentes*, no *sentido positivo*, ao dar certas regalias aos réus que ostentam tal qualidade, em comparação com os que não a ostentam: é preciso que a pessoa tenha *bons antecedentes* para que incida.

Não é possível valorar o qualificativo “bom” usado pela lei. Não seria razoável, por exemplo, argumentar que “bons antecedentes” é uma situação um pouco menos abonadora do que “ótimos antecedentes”, e que “ótimos antecedentes” é também menos edificante que “excelentes antecedentes”. “Bom” é, aqui, adjetivo que significa “sem máculas”. Sendo assim, a conclusão forçosa é de que têm *bons antecedentes* os que *não têm antecedentes criminais*;

⁴¹⁹. THON, Alberto Zacharias. A Constituição de 1988 e o conceito de bons antecedentes para apelar em liberdade. In: Revista do Advogado. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 1994, n. 42, p. 16-24.

⁴²⁰. TUCCI, Rogério Lauria. Afirmção constitucional da desconsideração de culpabilidade prematuramente assentada e conseqüente direito do acusado de recorrer em liberdade. In: Revista do Advogado. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 1994, n. 42, p. 48-56.

os que os têm, quaisquer sejam eles, não têm bons antecedentes. Trata-se de uma conseqüência lógica da dicção legal.

Quem tem antecedentes criminais não tem bons antecedentes. E quem não tem bons antecedentes não tem, necessariamente, maus antecedentes, mas isso rigorosamente não interessa para a hipótese.

Além disso, recorde-se que em muitas ocasiões a lei estabelece, como requisito para diversas atividades, a inoccorrência de antecedentes criminais. Assim, por exemplo, para o exercício da função de jurado é exigida, pelo artigo 436, *caput*, do Código de Processo Penal,⁴²¹ notória idoneidade, “significando tal que devem ser pessoas de conduta moral escoreita”.⁴²² Também para o exercício da função de perito leigo, no caso de falta de peritos oficiais, o § 1º do artigo 159 do Código de Processo Penal⁴²³ exige a idoneidade, dando mesmo mais importância que a habilitação técnica relacionada à natureza do trabalho que desempenhará. Da mesma forma ocorre, por identidade de razões, com os intérpretes, curadores e outros auxiliares que vierem a desempenhar funções em algum processo judicial.

Não seria razoável que a lei não pudesse criar vantagens para as pessoas que nunca tiveram envolvimento com a polícia (com a inevitável desvantagem para as pessoas que tiveram esse envolvimento) até como forma de estimular a obediência à lei por todos os cidadãos.

É necessário, entretanto, estabelecer algumas exceções a essa

⁴²¹. “Os jurados serão escolhidos dentre cidadãos de notória idoneidade”.

⁴²². MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 484.

⁴²³. “Não havendo peritos oficiais, o exame será realizado por duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior, escolhidas, de preferência, entre as que tiverem habilitação técnica relacionada à natureza do exame”.

afirmação, sob pena de autorizar, por vezes, a consagração do arbítrio.

Apesar de ter envolvimento com a polícia ou com algum dos órgãos da justiça criminal, terá *bons antecedentes* quem tiver sido definitivamente absolvido por qualquer das cinco primeiras hipóteses do artigo 386 do Código de Processo Penal, isto é, por “estar provada a inexistência do fato”, por “não haver prova da existência do fato”, por estar provado “não constituir o fato infração penal”, por “não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal” ou por estar provado “existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena”. Além disso, por imperativo lógico, o acusado também terá bons antecedentes se a absolvição se der por estar provado que não concorreu para a infração penal, por ser hipótese mais favorável ao agente do que a prevista no inciso IV do artigo 386 do Código de Processo Penal.

Mas, advirta-se: *enquanto a absolvição não transitar em julgado, não há que falar em bons antecedentes.*

ROGÉRIO LAURIA TUCCI, analisando o tema da prisão em virtude de pronúncia, conclui que se trata de medida inconstitucional. É premissa metodológica de seu entendimento que a prisão decorrente de pronúncia não é tipicamente cautelar, mas tem “natureza processual”. E conclui que “a *prisão provisória de natureza processual*, decorrente de ato decisório de pronúncia (...) não tem como se manter perante o examinado regramento constitucional, sobretudo por significar *antecipada admissão de culpabilidade* do pronunciado (...) de todo inadmissível”.⁴²⁴

Essa opinião, até porque excessivamente generalizante, é, de

⁴²⁴. TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 409.

fato, insustentável.

A dicotomia conceptual proposta -- prisão “tipicamente” cautelar e prisão de natureza processual -- não tem razão de ser. A prisão “tipicamente” cautelar, como quer ROGÉRIO LAURIA TUCCI, é, sempre e sempre, *prisão processual*. Isso porque a tutela cautelar é um instituto de direito processual. Há cautelas substanciais, das quais dá exemplos o direito civil, com os chamados direitos reais de garantia, e o direito penal, com a medida de segurança detentiva. Mas não é o caso ora tratado. A prisão ocorrida antes da condenação é sempre de natureza processual.

Quanto à inconstitucionalidade da prisão do acusado pronunciado, por violação do *princípio da presunção de inocência*, também não se pode admiti-la.

É mister se fazer uma nova digressão para comprová-lo.

Não pode haver dúvidas de que a lei processual penal, a fim de decretar-lhe a prisão, presume alguma coisa a respeito do imputado. Contudo, não lhe presume a culpabilidade, mas o perigo de fuga ou a periculosidade, que não implicam nem dependem da presunção de culpabilidade. É o que ensina, com notável clareza, WEBER MARTINS BATISTA, ao afirmar que a aplicação das medidas de urgência privativas da liberdade do imputado “não implica na presunção de que o indiciado ou réu é culpado, mas na de que é perigoso”.⁴²⁵

Essa diferença entre os diversos objetos sobre os quais podem recair as presunções é claríssima no processo penal dos países do

⁴²⁵. BATISTA, Weber Martins. Recurso do réu em liberdade: uma releitura dos arts. 594 do CPP e 35 da Lei 6.368/76. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais e Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1995, n. 10, p. 151.

common law, onde se percebe facilmente a existência de diversas presunções em matéria processual penal e a diferença entre elas: aquela presunção que se refere à culpabilidade -- que é vedada porque “*the law presumes the innocence of a person charged with crime until the contrary is proved beyond a reasonable doubt*”⁴²⁶ -- e aquelas que não se referem à culpabilidade como, por exemplo, a presunção de perigo (ou probabilidade) de fuga (*presumption of flight*) e a presunção de periculosidade (*presumption of dangerousness*).

No direito do *common law*, duas são as formas admitidas de presunção: *the presumption of fact* e *the presumption of law*. A primeira das presunções equivale, no direito brasileiro, ao *indício*.

Essa lição corresponde à de FRAMARINO DEI MALATESTA, para quem “*el indicio es (...) una de las dos especies de la prueba indirecta, ya que la otra está constituída por la presunción*”.⁴²⁷

O clássico autor estadunidense JOHN D. LAWSON, em obra escrita em 1885, define a presunção de fato da seguinte maneira: “*A presumption of fact is a rule of law that a fact otherwise doubtful may be inferred from a fact wich is proved*”.⁴²⁸

⁴²⁶. LAWSON, John D. The law of presumptive evidence, including presumptions both of law and of fact, and the burden of proof both in civil and criminal cases, reduced to rules. Littleton (EUA): Fred B. Rothman, 1982, p. 433. Tradução livre: “o direito presume a inocência de uma pessoa acusada de crime até que o contrário seja provado além de uma dúvida razoável”.

⁴²⁷. MALATESTA, Framarino dei. Lógica de las pruebas en materia criminal. Trad. por Simón Carrejo e Jorge Guerrero. 4. ed., Bogotá: Temis, 1988, p. 251. Tradução livre: “o indício é (...) uma das duas espécies de prova indireta, já que a outra é constituída pela presunção”.

⁴²⁸. LAWSON, John D. The law of presumptive evidence, including presumptions both of law and of fact, and the burden of proof both in civil and criminal cases, reduced to rules. Littleton (EUA): Fred B. Rothman, 1982, p. 433. Tradução livre: “uma presunção de fato é uma regra de direito [que estabelece como e quando] um fato

Essa espécie de presunção equivale, portanto, à definição de *indício*, também dada por FRAMARINO DEI MALATESTA em obra igualmente clássica: “*podemos decir que toda prueba indirecta, sea presunción o indicio, presenta la forma lógica del raciocinio; pero mientras el raciocinio de la presunción va de lo conocido a lo desconocido, con el auxilio del principio de identidad, el raciocinio del indicio, por el contrario, va de lo conocido a lo desconocido, a la luz del principio de causalidad*”.⁴²⁹

A presunção de direito é, também no direito brasileiro, *presunção*. Escreve a respeito o mesmo JOHN D. LAWSON: “*A presumption of law is a rule of law that a particular inference shall be drawn by a court or jury from a particular circumstance*”.⁴³⁰

Confira-se, no direito brasileiro, a definição de presunção dada por PAULO DOURADO DE GUSMÃO:

As *presunções*, baseadas na verossimilhança, generalizam o que normalmente ocorre em certos casos, estendendo as conseqüências jurídicas de um fato conhecido a um desconhecido. Daí BRETHER DE LA GRESSAYE e LABORDE-LA COSTE (...) sustentarem que na

[que, isoladamente considerado] seria duvidoso, deve ser inferido de um [outro] fato [desde que este último esteja] provado”.

⁴²⁹. MALATESTA, Framarino dei. Lógica de las pruebas en materia criminal. Trad. por Simón Carrejo e Jorge Guerrero. 4. ed., Bogotá: Temis, 1988, p. 251. Tradução livre: “podemos dizer que toda prova indireta, seja presunção ou indício, apresenta a forma lógica do raciocínio; porém, enquanto o raciocínio da presunção vai do conhecido ao desconhecido, com o auxílio do princípio da identidade, o raciocínio do indício, pelo contrário, vai do conhecido ao desconhecido, à luz do princípio da causalidade”.

⁴³⁰. LAWSON, John D. The law of presumptive evidence, including presumptions both of law and of fact, and the burden of proof both in civil and criminal cases, reduced to rules. Littleton (EUA): Fred B. Rothman, 1982, p. 433. Tradução livre: “uma presunção de direito é uma regra de direito [que estabelece quando e como] uma particular inferência deve ser tirada pela corte ou pelo corpo de jurados de uma particular circunstância”.

presunção se considera verdadeiro o que é provável. Segundo GÉNY, a presunção de direito ou presunção legal é uma antecipação do julgamento sobre uma verdade insuficientemente conhecida, ou, melhor, ato voluntário do espírito que tem por certo o que é duvidoso, por verificado o que é mais possível. Exemplos de presunção: 1) presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal, bem como os nascidos dentro dos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite ou anulação do casamento (Código Civil, art. 338); 2) quando, em virtude de desastre, duas pessoas falecem, não se podendo precisar qual das duas faleceu primeiro, presume-se que faleceram simultaneamente; 3) a presunção de boa-fé.⁴³¹

Quanto à chamada *presunção de inocência* (*presumption of innocence*) o estadunidense J. H. WIGMORE é bastante claro, ao afirmar que “[t]he “*presumption of innocence*” is in truth merely another form of expression for a part of the accepted rule for the burden of proof in criminal cases, i.e., the rule that it is for the prosecution to adduce evidence (...), and to produce persuasion beyond a reasonable doubt”.⁴³²

Desde sua origem histórica, o princípio da *presunção de inocência* atua, na verdade, no campo da *atividade instrutória das partes* e, também, no da *atividade decisória do Juiz* e não, conforme essa equivocada visão, no campo da liberdade ou encarceramento do acusado.

⁴³¹. GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução à ciência do direito. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 19-20.

⁴³². WIGMORE, J. H. Evidence in trials at Common Law. 4. ed., revisada por J. Chadbourne. Boston (EUA): Little, Brown & Co., 1961, s. 2511 *apud* MORTON, James Cooper e HUTCHISON, Scott C. The presumption of innocence. Ontário (Canadá): Carswell, 1987, p. 7. Tradução livre: “A presunção de inocência é, em verdade, apenas uma outra forma de expressão para uma parte da regra relativa ao ônus da prova nos casos criminais, isto é, a regra segundo a qual é da acusação o dever de aduzir evidências (...) e produzir convencimento além de uma dúvida razoável”.

No ordenamento jurídico dos países do *common law* há, de fato, uma proibição da presunção de culpabilidade. Essa característica se origina da *Magna Charta Libertarum* inglesa. Na medida em que o soberano inglês comprometeu-se a não permitir que ninguém fosse sequer molestado a não ser por força de um “juízo regular pelos seus pares”,⁴³³ somente *dentro* de um processo judicial regular, e por motivo razoável, alguém poderia ter esses direitos fundamentais atingidos. Não seria um *due process of law* aquele que partisse da presunção da culpa do réu, impondo-lhe ônus, muitas vezes insuportáveis, de provar que não estivera em determinados lugares, que não conhecia determinadas pessoas etc. Esse princípio está implícito na Constituição estadunidense, porque decorrente do princípio do *due process of law*.⁴³⁴

Significa que o ônus da prova (*burden of proof*) pertence integralmente à acusação: o acusado não precisa provar sua inocência, sendo obrigação da acusação provar-lhe a culpabilidade.

Na Inglaterra, pátria-mãe dos países que adotam o *common law*, vigora idêntica regra, sobre cuja inteligência não há tergiversação.

⁴³³. Assim dispõe o item 39 da *Magna Charta Libertarum*: “Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado de seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele, senão mediante um juízo regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país” [MIRANDA, Jorge (org. e trad.), *Constituições de diversos países*. 3. ed., Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1986, v. 1, p. 397].

⁴³⁴. Cf. MORTON, James Cooper e HUTCHISON, Scott C. *The presumption of innocence*. Ontário (Canadá): Carswell, 1987, p. 76: “*The American Constitution does not have an express guarantee of the presumption of innocence. However, the presumption has been found to be a part of the Due Process of Law as protected by the Fifth and Fourteenth Amendments*”. Tradução livre: “A Constituição estadunidense não tem uma garantia expressa de presunção de inocência. De qualquer forma, a presunção tem sido entendida como uma parte do Devido Processo Legal, como fixado pela 5ª e 14ª Emendas”.

Os autores ingleses R. CROSS e C. TAPPER são bastante diretos a respeito, afirmando que “*when it is said that an accused person is presumed to be innocent, all that is meant is that the prosecution is obliged to prove the case against him beyond reasonable doubt (...)*”.⁴³⁵

É o que também afirmam, com todas as letras, os estadunidenses HARRY I. SUBIN, CHESTER L. MIRSKY e IAN S. WEINSTEIN:

*The values at stake are of such importance that the Supreme Court has held that the burden of proof has constitutional implications, although the burden may vary depending upon the nature of the proceeding and stage of the process. The most obvious example of the Court's concern is found in its treatment of the ultimate question of guilt or innocence. The Court has said that the due process clause requires that the government must carry the entire burden of proving guilt beyond a reasonable doubt, and that the defendant need do nothing to prove his or her innocence.*⁴³⁶

No Canadá, especificamente nas cidades de predominância da

⁴³⁵. CROSS, R. e TAPPER, C. Cross on evidence. Londres: Butterworths, 1985, p. 114-115, *apud* MORTON, James Cooper e HUTCHISON, Scott C. The presumption of innocence. Ontario (Canadá): Carswell, 1987, p. 7. Tradução livre: “Quando se diz que um acusado é presumido inocente, tudo o que isso significa é que a acusação é obrigada a provar o caso contra ele além da dúvida razoável”.

⁴³⁶. Cf. SUBIN, Harry I., MIRSKY, Chester L. e WEINSTEIN, Ian S. The criminal process: prosecution and defense functions. St. Paul (Minnesota, EUA): West Publishing, 1993, p. 7. Tradução livre: “O valor em jogo é de tanta relevância que a Suprema Corte estabeleceu que o ônus da prova tem implicações constitucionais, embora possa variar dependendo da natureza do procedimento e do estágio do processo. O mais óbvio exemplo da preocupação da Corte a respeito é o tratamento que dedica à questão final do processo, que é a relativa à culpabilidade ou inocência do acusado. A Corte decidiu que a cláusula do devido processo legal (*due process clause*) requer que o governo suporte o inteiro ônus da prova de culpabilidade do réu, além de uma dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*) e que o acusado não precisa fazer nada para provar sua inocência.”

língua inglesa, segundo JAMES COOPER MORTON e SCOTT C. HUTCHISON, a regra da *presunção de inocência* tem idêntico sentido, dizendo respeito exclusivamente à distribuição dos ônus da prova no processo penal condenatório.⁴³⁷

Para esses dois autores canadenses, a regra da presunção de inocência determina, simplesmente, a irregular distribuição do ônus da prova no processo penal condenatório, em desfavor da acusação. Não implica em que o acusado não tem ônus qualquer. Significa que a acusação os tem em maior quantidade e intensidade. É extremamente precisa a seguinte lição dos mesmos JAMES COOPER MORTON e SCOTT C. HUTCHISON: “*The prosecutor has the burden as to the elements of an offence and the defendant has the burden of establishing any special of affirmative defences. The prosecutor meets his burden with proof beyond a reasonable doubt. The defendant meets his burden by raising a reasonable doubt*”.⁴³⁸

Esse entendimento é comum também entre autores de línguas latinas, como ALEJANDRO D. CARRIÓ, para quem a presunção de inocência é um “*principio por lo cual es la parte acusadora la que tiene a su cargo la demostración de la culpabilidad del imputado, y no éste la de su inocencia*”.⁴³⁹ No mesmo sentido MARIO PISANI, que escreve:

⁴³⁷. Cf., a respeito, MORTON, James Cooper e HUTCHISON, Scott C. The presumption of innocence. Ontário (Canadá): Carswell, 1987, p. 7-8.

⁴³⁸. MORTON, James Cooper e HUTCHISON, Scott C. *Idem*, p. 8. Tradução livre: “O acusador tem o ônus de provar os elementos do crime e o acusado tem o ônus de provar a ocorrência de qualquer fato especial que favoreça sua defesa. O acusador atende seu ônus provando [os elementos do crime] além de uma dúvida razoável. O acusado atende seu ônus levantando uma dúvida razoável”.

⁴³⁹. CARRIO, Alejandro D. Garantías constitucionales en el proceso penal. 2. ed., Buenos Aires: Hamurabi, 1991, p. 201. Tradução livre: “(...) princípio pelo qual é a

Ci si dice, infatti, che tale presunzione [refere-se à presunção de inocência], e -- ciò che più rileva ai fini del nostro discorso -- la conseguente necessità, per l'accusa, di farsi carico dell'onere della persuasione e della prova al di là dal ragionevole dubbio, benché non siano fissate nel testo della Costituzione americana, o dei suoi emendamenti, vengono considerate principi immutabili nella giustizia penale, e ricondotti, dalla più autorevole giurisprudenza, al canone fondamentale del "due process".⁴⁴⁰

O dinamismo do *princípio da presunção de inocência*, quando incide na *atividade instrutória das partes*, implica em que, caso alguém esteja sendo acusado da prática de uma infração penal, nada precisa fazer para provar sua inocência, porque o encargo de provar o fato criminoso, com todos os seus elementos constitutivos, é do acusador; e de ninguém mais. O acusado só tem o ônus de provar os fatos extintivos e modificativos da pretensão condenatória que eventualmente alegar; e, ainda assim, de forma não necessariamente completa. Isto é: o acusado precisa apenas provar que existe uma dúvida razoável a respeito do fato a ele imputado.

Não se trata, conforme se percebe claramente, de uma verdadeira e própria *presunção* de inocência, mas apenas de um regramento que distribui os ônus probatórios entre as partes e o Juiz

parte acusadora a que tem a seu cargo a demonstração da culpabilidade do imputado, e não este a de sua inocência".

⁴⁴⁰. PISANI, Mario. Note sul diritto delle prove penali. In: AMODIO, Ennio e BASSIOUNI, M. Cherif. Il processo penale negli Stati Uniti d'America. Milão: Giuffrè, 1988, p. 349. Tradução livre: "Diz-se, de fato, que a presunção de inocência e -- o que tem mais importância às finalidades do nosso discurso -- a consequente necessidade, para a acusação, de ter a seu encargo os ônus da persuasão e da prova além de uma dúvida racional, a despeito de não serem fixadas no texto da Constituição americana, ou de suas emendas, vêm considerados princípios imutáveis na justiça penal, e reconduzidos, pela mais respeitável jurisprudência, ao cânone fundamental do 'due process'".

no processo penal condenatório; ROGÉRIO LAURIA TUCCI, por exemplo, denomina-o de direito do acusado à *não-consideração prévia de sua culpabilidade*.⁴⁴¹ A denominação, aqui, justifica-se tão-somente pela tradição.

O *princípio da presunção de inocência*, incidente na *atividade decisória do Juiz*, recebe também a denominação de princípio *in dubio pro reo* e determina que ele, ao decidir o caso penal, atribua ao imputado somente o que tenha ficado provado⁴⁴² e resolva todas as dúvidas razoáveis sobre o produto da atividade instrutória das partes (e também da sua) em favor do imputado. Em outras palavras, determina ao Juiz que, se tiver dúvidas fundadas acerca da existência de provas sobre qualquer dos elementos constitutivos do fato criminoso, absolva o acusado. Acrescenta NILZARDO CARNEIRO LEÃO: “é um princípio jurídico e um princípio moral, reconhecido pacificamente”.⁴⁴³

Eis o que JORGE DE FIGUEIREDO DIAS escreve a respeito:

À luz do princípio da investigação bem se compreende, efetivamente, que todos os fatos relevantes para a decisão (quer respeitem ao fato criminoso, quer à pena) que, apesar de toda a prova produzida, não possam ser subtraídos à “dúvida razoável” do tribunal, também não possam ser considerados como “provados”. E se, por outro lado, aquele mesmo princípio obriga em último termo o tribunal a reunir as provas necessárias à decisão, logo se compreende que a falta delas não possa, de modo algum, *desfavorecer*

⁴⁴¹. TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 401-405.

⁴⁴². Cf. RANIERI, Silvio. Manuale di diritto processuale penale. 5. ed., Pádua: CEDAM, 1965, p. 270.

⁴⁴³. LEÃO, Nilzardo Carneiro. Princípios do processo penal. Recife: edição do autor, 1960, p. 63.

a posição do argüido: *um non liquet na questão da prova* -- não permitindo nunca ao juiz, como se sabe, que omita a decisão (...) -- *tem de ser sempre valorado a favor do argüido*. É com este sentido e conteúdo que se afirma o *princípio in dubio pro reo*.⁴⁴⁴

É preciso ver, então, que o *princípio da presunção de inocência* tem um sentido muito próprio, não relacionado diretamente com o *status libertatis* do imputado durante a tramitação do processo penal condenatório. A concepção que o liga diretamente a esse tema é radical e não corresponde à verdade. Tome-se, novamente, a lição de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS:

Esta “presunção de inocência” tem sofrido diversos ataques da parte de alguns setores doutrinários (...), na medida em que, tomando-a ao pé da letra não apenas em matéria de prova mas em todo o decurso do processo, nomeadamente na fase de instrução preparatória, se pretenda concluir dela pela ilegitimidade de utilização, contra o argüido, de qualquer meio de coação (máxime a prisão preventiva) (...). Mas não é esse, como mostramos, o sentido da máxima: enquanto se tome como equivalente do princípio *in dubio pro reo*, a “presunção de inocência” pertence sem dúvida aos princípios fundamentais do processo penal em qualquer Estado-de-direito.⁴⁴⁵

Eis, portanto, o sentido preciso do princípio da *presunção de inocência*. Não determina ele que o acusado deve ficar solto durante qualquer processo criminal mas, isto sim, que os ônus probatórios são distribuídos desigualmente entre as partes, restando para a acusação os maiores e mais intensos. A prisão provisória antes de sentença condenatória transitada em julgado, em face do princípio da

⁴⁴⁴. DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito processual penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, v. 1, p. 213.

⁴⁴⁵. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Idem*, p. 214.

presunção de inocência é, portanto, mesmo em face desse princípio, constitucionalmente legítima.

Mesmo ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, que está entre os que advogam uma ampliação do princípio da presunção de inocência para abarcar a prisão processual, limitando as hipóteses de sua decretação, admite:

No caso do texto brasileiro de 1988, embora não nos pareçam aceitáveis quaisquer limitações à aplicação do princípio na matéria probatória, é forçoso reconhecer que até pela formulação do legislador constituinte -- “ninguém será considerado...” -- o preceito vem referido especialmente à condição de não-culpabilidade do cidadão colocado diante do poder punitivo do Estado, vedadas quaisquer formas de tratamento que impliquem a equiparação à situação oposta.⁴⁴⁶

Assim, nem nos países que adotam o *common law*, nem no Brasil, nada impede que a lei processual penal estabeleça presunções de perigo de fuga ou outras semelhantes, a fim de tornar menos árdua -- ou, em muitos casos: possível -- a atuação do órgão acusatório, atendendo a situações em que é virtualmente impossível provar, no caso concreto, a hipótese fática que ensejaria a aplicação de uma norma jurídica. Para isso servem as presunções legais. Casos como o perigo de fuga ou a periculosidade são a grande maioria das vezes impossíveis de provar, ainda que se apresentem altamente prováveis. Para que essas situações não fiquem sem solução, serve o mecanismo da presunção legal.⁴⁴⁷

⁴⁴⁶. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Presunção de inocência e prisão cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 42.

⁴⁴⁷. Cf., a propósito do tema, LIMA, Hermes. Introdução à ciência do direito. 28. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 57: “São as *presunções* conseqüências que o legislador ou o juiz deduz dos fatos para satisfazer exigências lógicas do sistema jurídico.

É o que escrevem, acerca do direito estadunidense, HARRY I SUBIN, CHESTER L. MIRSKY e IAN S. WEINSTEIN:

*The statute also authorizes detention in the case of a defendant who has been granted pre-trial release, and who violates a condition of release (...). As with pretrial release decisions, the statute provides that the rules of evidence applicable at trial are not applicable at a detention hearing. As in bail hearings, it has become common practice for the courts to permit the government to satisfy its burden through proffers-factual assertions made by the government's attorney which demonstrate that the defendant is either a risk of flight and/or dangerous (...). This is particularly true when the government can take advantage of one of the presumptions of flight or dangerousness contained in the statute (...).*⁴⁴⁸

Portanto, afigura-se irracional qualquer imputação de inconstitucionalidade às regras legais que pretendem estabelecer essas diferenciações. O *princípio do estado de inocência* não chega a esse ponto.

Este é o magistério de AFRANIO SILVA JARDIM:

Podem os fatos acontecer confusamente, e ser a lei invocada para tirar do mesmo conseqüências. A presunção baseia-se no que pode ter sido provável. Pode ser contrária ao que na realidade sucedeu, mas não é irracional. Prescrição, coisa julgada, conhecimento obrigatório da lei são presunções”.

⁴⁴⁸. Cf. SUBIN, Harry I., MIRSKY, Chester L. e WEINSTEIN, Ian S. The criminal process: prosecution and defense functions. St. Paul (EUA): West Publishing, 1993, p. 97-98. Tradução livre: “A lei (statute) também autoriza a prisão provisória no caso do acusado que, tendo sido beneficiado com liberdade provisória durante a fase de ‘pre-trial’, violou alguma das condições então impostas (...). Como no caso das decisões relativas à liberação do acusado durante a fase de “pre-trial”, a lei estabelece que as regras de evidência aplicáveis ao julgamento não são as mesmas aplicáveis às decisões relativas à liberdade ou aprisionamento do acusado. Como nas audiências relativas à concessão de fiança, tornou-se prática das cortes permitirem que a acusação satisfaça seus ônus de prova através da narração de determinados fatos, com os quais o promotor demonstra que o acusado apresenta risco de fuga e/ou perigo (...). Isto é particularmente verdadeiro quando a acusação pode tirar vantagens de uma das presunções de fuga (*presumptions of flight*) ou periculosidade (*presumptions of dangerousness*) contidas na lei (...)”.

Na verdade, o que a nova Constituição proíbe é que o legislador ordinário inverta o ônus da prova, exigindo que o réu tenha que provar sua inocência, sob pena de condenação em razão da dúvida. Vale dizer, a presunção de não culpado faz com que o Ministério Público ou querelante tenham que alegar e provar cabalmente que o réu praticou uma infração penal, ou seja, uma conduta objetiva e subjetivamente típica, ilícita e reprovável.⁴⁴⁹

Do mesmo entendimento partilha RENÉ ARIEL DOTTI:

A presunção de inocência não se pode opor às medidas cautelares de prisão (...), das medidas assecuratórias, dos incidentes de falsidade e de insanidade, além da busca e apreensão e outros procedimentos para a colheita da prova: interrogatório, confissão, reconhecimento de pessoas e coisas, acareação, exibição e juntada de documentos. Todos esses atos pressupõem a existência de *fundadas razões* quanto à ilicitude do fato e à culpabilidade de seu autor ou partícipe e também um paradoxo relativamente a uma *presunção de inocência* que Manzini apodou de “strana assurdità escogitata in Francia”.⁴⁵⁰⁻⁴⁵¹

É óbvio que há, entre os escritores do processo penal estadunidense, quem se preocupe com o encarceramento do acusado antes da condenação, conforme demonstram STEPHEN A. SALTZBURG e DANIEL J. CAPRA, principalmente quando o julgamento estende-se por dias ou meses e o acusado é finalmente

⁴⁴⁹. JARDIM, Afranio Silva. A prisão no curso do processo em face da nova Constituição. In: Direito processual penal: estudos e pareceres. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 412.

⁴⁵⁰. DOTTI, René Ariel. Princípios do processo penal. In: Fascículos de ciências penais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, a. 6, v. 6, n. 1, p. 107.

⁴⁵¹. Cf., no mesmo sentido, DOMINGOS, Ataídes Generoso. Crimes hediondos: constitucionalidade da proibição de liberdade provisória. In: Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1992, v. 1, n. 26, p. 53-56.

absolvido.

*If the defendant is ultimately convicted, it can be argued that the punishment of pretrial incarceration is de minimus because it can be treated as time served on the sentence. But for an acquitted defendant, the deprivation of liberty resulting from pretrial detention is severe indeed. And this is particularly true if the trial is complex or protracted. For example, O.J. Simpson spent more than a year in jail before he was acquitted of murder charges.*⁴⁵²

Contudo, esses autores não chegam ao ponto de encontrar identificação da prisão processual dos imputados com o princípio da *presunção de inocência*.

É óbvio que, historicamente, a partir do surgimento do artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789,⁴⁵³ alguma preocupação com a necessidade da prisão processual houve de ser considerada pelo legislador e pelos doutrinadores. Isso, contudo, não conduz à conclusão de que, no Brasil, o imputado deve manter sempre sua liberdade durante o processo penal condenatório; ou de que é imune a qualquer tipo de

⁴⁵². SALTZBURG, Stephen A. e CAPRA, Daniel J. American criminal procedure: cases and commentary. 5. ed., St. Paul (Minnesota, EUA): West Publishing, 1996, p. 729: “Se o acusado é finalmente condenado, pode-se argumentar que a punição representada pela prisão anterior ao julgamento é *de minimus* porque pode ser tratada como tempo de pena cumprido. Todavia, para um réu absolvido, a privação da liberdade resultante de uma prisão anterior ao julgamento se transforma, sem dúvida, em uma violência. E isso é particularmente verdadeiro quando o julgamento é complexo ou se procrastina. Por exemplo, O.J. Simpson gastou mais de um ano na cadeia antes de ser absolvido das acusações de homicídio”.

⁴⁵³. “Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”. A tradução encontra-se em MIRANDA, Jorge (org. e trad.). Constituições de diversos países. 3. ed., Lisboa: Imprensa Nacional, Casa da Moeda, 1986, v. 1, p. 369.

presunção.

O valor que, neste capítulo, é irrenunciável, é que, para a decretação de uma medida processual privativa da liberdade do imputado, deve estar presente a prova do fato criminoso e, quanto à autoria, devem ocorrer indícios suficientes a direcionar a suspeita da prática do fato criminoso à pessoa do imputado.

Além disso, nada há no ordenamento jurídico brasileiro que proíba o legislador ordinário de estabelecer, na lei processual penal, presunções contra o imputado. Não se lhe proíbe que, diante de imputado com certo perfil, presuma que há probabilidade de que este não se conformará com a pronúncia e tentará subtrair-se ao julgamento.

O inciso LXVI do artigo 5º da Constituição dá à lei a primazia de estabelecer os casos de prisão e de liberdade, vinculada ou não; e, obviamente, os casos de vedação dessa liberdade. Daí porque se afirmou que, mesmo que se considerasse que o *princípio da presunção de inocência* é aplicável ao *status libertatis* do imputado -- conclusão rigorosamente equivocada, conforme visto à exaustão neste item -- mesmo assim a conclusão seria no sentido de que, no processo penal brasileiro, tem ele escassa importância, diante da autorização contida no inciso LXVI do artigo 5º da Constituição.

Semelhante fenômeno ocorre na Itália, cuja Constituição, segundo CARLO TAORMINA, “*pone una riserva di legge in ordine ai casi e ai modi attraverso i quali l'autorità giudiziaria può limitare la libertà personale, ma non va oltre nella indicazione degli uni e degli altri, lasciando perciò, su questi essenziali punti, piena libertà al legislatore ordinario*”.⁴⁵⁴

⁴⁵⁴. TAORMINA, Carlo. Diritto processuale penale. Turim: G. Giappichelli, 1995, v. 1, p. 368. Tradução livre: “estabelece uma reserva de lei relativamente aos casos e aos modos através dos quais a autoridade judiciária pode limitar a liberdade pessoal,

E não poderia ser diferente. É a lei o instrumento legítimo, dentro de um estado de direito democrático, de fixação dos casos em que se pode impor prisão processual e que, decretada ou ocorrida uma prisão, pode ter lugar a liberdade, vinculada ou não. Essa legitimidade da lei, contudo, não impede a doutrina de procurar os limites razoáveis dessa franquia legislativa. Existe um mínimo de razoabilidade ao qual o legislador precisa se restringir, a fim de atender a todos os princípios atinentes às medidas processuais privativas da liberdade do imputado, já vistas anteriormente.

É tempo, porém, de tornar ao assunto do presente item -- a prisão decorrente da pronúncia do acusado com antecedentes criminais -- para concluí-lo.

Conforme visto acima, a pronúncia, por ser o título representativo da formação da culpa, tem como um de seus efeitos o recolhimento do acusado à prisão. Haure sua legitimidade no fato de ser baseada num procedimento penal completamente preordenado à formação da prova direta da materialidade e à prova indiciária da autoria e, também, prova de que há, ao menos, suspeita da ilicitude da conduta criminosa e da censurabilidade do acusado.

Se há pronúncia preclusa é porque, para os efeitos do processo penal em que foi proferida, há prova direta da *materialidade do crime*, isto é, está provado que a conduta criminosa e o respectivo resultado, enquanto fatos do mundo natural, ocorreram; é também porque há *prova indiciária* da autoria do crime, recaindo na pessoa do acusado; por fim, está ritualmente estabelecido que nenhuma causa de exclusão da *tipicidade formal*, da *tipicidade material* (para alguns autores, da *ilicitude*) ou de exclusão da *censurabilidade* (para alguns autores, da

mas não vai além na indicação de uns e de outros, deixando, portanto, sobre esses pontos essenciais, plena liberdade ao legislador ordinário”.

culpabilidade) está provada estreme de dúvidas.

Se o acusado *tem antecedentes criminais* há, conforme afirma, com razão, VICENTE GRECO FILHO,⁴⁵⁵ e ODONE SANGUINÉ,⁴⁵⁶ *presunção legal* de necessidade da prisão. Mais precisamente, trata-se de presunção de que o imputado, sem bons antecedentes, uma vez pronunciado e solto, furtar-se-á à sessão de instrução e julgamento pelo Tribunal do Júri e, na mesma linha de conseqüência, à aplicação da lei penal caso condenado. Daí porque o Juiz, mormente no caso de ter diante de si acusado com antecedentes criminais, não precisa buscar qualquer outra razão, como a *garantia da ordem pública*, a *conveniência da instrução criminal* ou a *segurança da aplicação da lei penal* para decretá-la.

Há, conforme dito, *presunção legal de periclitação da aplicação da lei penal* e de *conveniência da instrução criminal*.

Duas considerações devem ser feitas nesse passo. Em primeiro lugar, é preciso dizer que dita *presunção legal*, ao contrário do que afirma VICENTE GRECO FILHO,⁴⁵⁷ é *absoluta* e não relativa.

Não há razão plausível, baseada no ordenamento jurídico, para afirmar que se trata de uma presunção afastável por prova em contrário. Isto porque, quando a lei cria uma presunção desse gênero, deixa desde logo expresso que pode ser afastada por prova em contrário, dispondo, inclusive, quais as provas que a afastarão. Quando não há disposição expressa nesse sentido -- sobretudo em se

⁴⁵⁵. GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 246.

⁴⁵⁶. SANGUINÉ, Odone. Prisão provisória e princípios constitucionais. In: Fascículos de ciências penais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992, a. 5, v. 5, n. 2, p. 119.

⁴⁵⁷. GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 246.

tratando, como no presente caso, de dispositivo legal de ordem pública -- a conclusão somente pode ser no sentido de que se trata de presunção legal *iuris et de iure*.

Para comprovar essa asserção, tome-se o exemplo da presunção legal estabelecida pelo artigo 338 do Código Civil. Trata-se da presunção de legitimidade dos filhos nascidos ao menos 180 dias depois de estabelecida a convivência conjugal e dos nascidos dentro dos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite ou anulação. É um caso clássico de presunção *iuris tantum*. Trata-se de presunção legal relativa simplesmente porque o artigo 340 do Código Civil não só dispõe que é possível afastar a presunção de legitimidade, como também arrola as hipóteses em que é válida tal contestação.

Assim, é característica da presunção relativa não só a previsão legal de que é afastável como também a disciplina legal de como o será. Além disso, a presunção relativa é afastada por prova em contrário. Presume-se a legitimidade dos filhos nascidos ao menos 180 dias depois de estabelecida a convivência conjugal e dos nascidos dentro dos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite ou anulação; é possível derrubar essa presunção provando-se a ilegitimidade.

No caso presente, presume-se a necessidade da prisão e não há como provar que a prisão não é necessária; em suma, não há como provar que o acusado com antecedentes criminais não fugirá uma vez pronunciado. Uma prognose não pode ser objeto de prova. Com isso, vê-se que a lei assumiu que há perigo do réu fugir o réu somente se pode tratar de presunção absoluta de que o réu fugirá para evitar seu julgamento e sua condenação.

Tornando ao tema da cautelaridade ou não da medida,

impõe-se considerar-lhe os caracteres.

Quanto ao requisito da *urgência*, pode-se dizer que ela é presumida pela lei, pelas razões acima expostas.

A medida é formalmente *sumária*, porque a defesa não tem, sobre ela, maneira de interferir previamente: por força do § 2º do artigo 584 do Código de Processo Penal⁴⁵⁸ o recurso cabível, na espécie, não tem efeito suspensivo.

A medida é materialmente sumária, pois não há, a respeito, por parte do Juiz, consideração sobre a censurabilidade de sua conduta, cognição reservada aos jurados, após o ritual estabelecido pela lei.

Quanto à *referibilidade* da medida a uma situação de perigo e, outrossim, à *res in iudicio deducta* (*rectius*: ao *caso penal*) o fato da lei processual penal valer-se da técnica da presunção *iuris et de iure*, não cabe indagar de sua verificação, no mundo dos fatos. O mesmo se pode dizer com relação à *aparência*, a presunção legal dispensa o exame da situação de fato.

Trata-se, por fim, de medida *temporária e incapaz de gerar coisa julgada material*, até porque, conforme dito, a competência constitucionalmente delimitada para conhecer da censurabilidade da conduta de alguém é atribuída ao Tribunal do Júri.

Por força desses fatores, e feitas as devidas ponderações -- principalmente dado o fato da lei valer-se de presunção absoluta -- é possível considerar a prisão decorrente de pronúncia como *medida cautelar*.

⁴⁵⁸. “O recurso da pronúncia suspenderá tão-somente o julgamento”.

3.2. A prisão decorrente da pronúncia do réu primário e de bons antecedentes

A hipótese é sumamente diversa da anterior. Neste caso, o Juiz tem diante de si um acusado primário e, concomitantemente, de bons antecedentes. A lei não presume que, uma vez pronunciado, furtar-se-á à sessão de instrução e julgamento pelo Tribunal do Júri.

Neste caso, vige o § 2º do artigo 408 do Código de Processo Penal,⁴⁵⁹ que autoriza o Juiz a deixar de decretar a prisão ou mesmo a revogá-la, caso o acusado esteja preso.

Porfia boa parte da doutrina processual penal⁴⁶⁰ em torno do verbo *poderá*, utilizado pelo § 2º do artigo 408 do Código de Processo Penal e por diversos outros dispositivos da lei processual penal⁴⁶¹ e da lei penal.⁴⁶² Porfia, na verdade, um tanto inutilmente, porque quando a lei processual penal ou a lei penal utilizam o verbo *poderá*, referindo-se à atuação do Juiz (e, *a fortiori*, à atuação das partes) querem dizer, mesmo, *poderá*; em outras palavras, querem exprimir faculdade do Juiz, mas num sentido muito próprio, completamente diferente da discricionariedade do direito administrativo e da discricionariedade do direito privado.

⁴⁵⁹. “Se o réu for primário e de bons antecedentes, poderá o juiz deixar de decretar-lhe a prisão ou revogá-la, caso já se encontre preso”.

⁴⁶⁰. Cf., por todos, BATISTA, Weber Martins. Liberdade provisória: modificações da Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977. 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1985, p. 80-103.

⁴⁶¹. Artigos 209, 219, 383, 385, 388, 424, entre outros, do Código de Processo Penal.

⁴⁶². Artigos 60, §§ 1º e 2º, 68, parágrafo único, 77, 77, § 2º, 81, §§ 1º e 3º, 83, 87, 121, § 5º (a hipótese do § 1º não se ajusta à espécie porque, nesses casos, a atuação do juiz togado é sempre e sempre tolhida pela decisão dos jurados) 129, §§ 4º e 8º, entre outros, do Código Penal.

Quando o verbo utilizado é *poderá*, a expressão quer significar que o Juiz não é obrigado a agir da maneira como está consignado na lei, sendo-lhe concedida margem de arbítrio. O *sentido muito próprio* a que se fez referência é que sua decisão estará sempre sujeita a reexame pelo grau de jurisdição superior, quando houver. É claro que esse reexame é restrito a considerações próprias da razoabilidade, residindo aqui a diferença principal entre a situação aparente de faculdade e a obrigatoriedade: naquela o reexame pelo órgão jurisdicional superior se faz, inicialmente, em termos de razoabilidade, embora o órgão superior possa simplesmente substituir o juízo anterior e formalmente inferior pelo seu juízo, posterior e formalmente superior (porque emanado de autoridade jurisdicional superior); na situação de obrigatoriedade, por determinação legal ou constitucional, há tipicidade restrita da hipótese, tipicidade essa que condiciona a atividade decisória. O reexame não é feito em termos de razoabilidade, mas de verificação se a hipótese tipicamente descrita se verificou ou não.

No caso da atividade decisória do Juiz ser meramente *autorizada* pela lei, o órgão superior de jurisdição reexamina a decisão do Juiz imediatamente inferior em termos de *razoabilidade*; ainda que, vista sob outra perspectiva, a decisão pudesse parecer injusta, muitas vezes, se for apenas *razoável*, poderá ser mantida.

Não se trata de discricionariedade, em que a autoridade administrativa decide unicamente alegando motivos de oportunidade e conveniência e, no caso do direito privado, o proprietário da coisa pode dela dispor livremente: o Juiz deve sempre *fundamentar* sua decisão e precisamente nisso reside sua fragilidade, fragilidade essa que é estabelecida em benefício do acusado.

Sendo o juiz (...) um agente político do Estado, sua atividade e a

maneira pela qual interpreta e aplica a lei, faz com que não tenha sentido se falar, com relação a ele, em *poder discricionário*.

(...) Todos os seus poderes são, ao mesmo tempo, deveres e vice-versa: por isso serão sempre denominados *poderes-deveres*.

Por essa razão, toda liberdade de que dispõe na opção de interpretações possíveis da lei faz parte de seu poder como *agente político* do Estado. Nesse mister, o juiz deve imbuir-se dos fins mesmos do Estado, a fim de aplicar as leis desse mesmo Estado aos casos concretos. Por tais razões, parece não ter cabimento vislumbrar parcela de *poder discricionário* em qualquer momento da atuação do juiz. Sua posição política como aplicador, por assim dizer, original da lei, faz com que possa interpretá-la de forma criativa.

(...) Com efeito, o dizer-se que o juiz é um *agente político* do Estado, aliado à identificação de uma potencial e legítima “criatividade” em seu poder jurisdicional, dispensam qualquer raciocínio em torno de um conceito como o de *poder discricionário*.

Na prática, isso quer dizer que os verbos colocados na lei na forma imperativa para o juiz ali estão, exatamente ao mesmo tempo, em forma autorizativa. Ao revés, os verbos autorizadores, quando dirigidos ao mesmo juiz, também são imperativos. Basta dizer, com relação a ele, que seus atos -- salvo os meramente ordinatórios -- serão motivados, consoante determina o artigo 93, inciso IX, da Constituição da República Federativa do Brasil. (...) Tendo os juízes que justificarem sempre e sempre suas decisões, o órgão jurisdicional superior poderá revê-las, através da mera substituição de um juízo por outro juízo, realizada pela reelaboração mental dos argumentos do juiz *a quo*.

Discricionariiedade dos atos judiciais somente se poderia falar -- e mesmo assim prudentemente -- no que diz com o Supremo Tribunal Federal, e ainda assim quando reunido em sessão plenária, caso em que suas decisões não estariam sujeitas ao reexame por qualquer órgão jurisdicional, mas apenas a um controle político pelos Poderes Executivo e Legislativo.

A missão do juiz não é desimportante: deve ele aplicar o direito ao caso concreto, presentando o Estado. Para tanto, interpreta seus fins, com legitimidade política e competência jurídica para fazê-lo. É o quanto basta para estabelecer, juridicamente, os limites de sua atividade jurisdicional.⁴⁶³

Retornando ao tema do presente item, o Juiz poderá deixar de decretar a prisão ou poderá revogá-la caso esteja preso o acusado pronunciado, isso se ele for primário e de bons antecedentes.

Não há, conforme dito, *direito subjetivo à liberdade*: o Juiz poderá decretar ou manter a prisão, mesmo sendo primário e de bons antecedentes o acusado pronunciado para julgamento pelo Tribunal do Júri. Entretanto, a decisão jurisdicional estará sujeita ao reexame pelo ou pelos órgãos jurisdicionais superiores.

Há, contudo, alguns limites impostos pela razoabilidade e pela necessidade de motivar a decisão que determina a prisão do acusado primário e de bons antecedentes. O exame dos caracteres da *medida cautelar*, neste caso, ao contrário do item anterior, será, sempre e sempre, condicionado por dados do mundo real: não há presunção legal na espécie.

Para determinar a prisão do acusado primário e de bons antecedentes, decorrente de sua pronúncia, há que ocorrer uma situação de *perigo*, ou *urgência*. No caso de ocorrerem quaisquer das hipóteses da prisão preventiva, não há dúvida da urgência; isso não implica, entretanto, em reduzir-se a prisão decorrente da pronúncia, no caso do acusado primário e de bons antecedentes, à prisão preventiva.

E o Juiz também pode decretar a prisão, por força da

⁴⁶³. RAMOS, João Gualberto Garcez. Audiência processual penal: doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 135-136.

pronúncia, no caso do acusado primário e de bons antecedentes, se houver conveniência da instrução criminal, em dois casos: *se*, embora primário e de bons antecedentes, a conduta do acusado durante o *iudicium accusationis* ou mesmo durante a fase preparatória da sessão de instrução e julgamento por parte do Tribunal do Júri, levar à conclusão de que ele colocará óbices à sua realização da sessão de instrução e julgamento por parte do Tribunal do Júri *e se*, solto, não comparecer à primeira data marcada para a sessão de instrução e julgamento por parte do Tribunal do Júri.

Além disso, é preciso notar, com VICENTE GRECO FILHO, que se o acusado *de bons antecedentes* se encontrava preso por ocasião da pronúncia, nada aconselha que essa situação mude justamente nesse momento:

Além da primariedade e dos bons antecedentes, é necessário que não exista motivo para a preventiva, porque se a liberdade ofender a ordem pública ou colocar em risco a aplicação da pena não será deferida. Assim, se o acusado estava preso, em flagrante ou preventivamente, não tem razão a sua liberdade quando pronunciado ou condenado por crime inafiançável.⁴⁶⁴

A urgência ou *periculum in mora*, portanto, é pressuposto necessário da medida. A decisão, no caso, é *formal* e *materialmente sumária*, no mesmo sentido que a decisão anterior

Fundada na *aparência*, é *referida* à situação de *urgência*, é obviamente *temporária* e *não gera a coisa julgada material*.

Trata-se, portanto, de uma *medida cautelar*.

⁴⁶⁴. GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 246.

3.3. A prisão decorrente da pronúncia por crime hediondo ou equivalente

Nesta hipótese, cabem as mesmas considerações feitas por ocasião dos comentários à medida de manutenção da prisão preventiva por acusação por crime hediondo ou equivalente. Isto é, a prisão decorrente da pronúncia por crime hediondo ou equivalente é, também, e por força de regra constitucional especial, *medida sumária antecipatória*.

4. A prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível

Segundo o sistema original do Código de Processo Penal,⁴⁶⁵ o recolhimento à prisão do condenado era uma consequência natural da condenação, sem a necessidade de se indagar se a sentença estava ou não sujeita a recurso, isto é, coberta ou não pela coisa julgada formal.

As únicas exceções possíveis a esse quadro ocorriam nos seguintes casos: *i)* condenação por crime afiançável, caso em que o condenado podia livrar-se solto mediante prestação de fiança, *ii)* condenação a pena outra que não a privativa de liberdade e *iii)* suspensão condicional da pena concedida já na sentença

⁴⁶⁵. Dispunha o artigo 594 do Código de Processo Penal, em sua redação original: “O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto”.

condenatória recorrida.⁴⁶⁶ Nesses casos, e apenas neles, o réu podia aguardar em liberdade o julgamento do recurso de apelação.

O recurso de apelação, nos demais casos, tinha efeito suspensivo, como regra, embora o efeito principal da sentença -- o recolhimento à prisão -- não ficasse suspenso pela sua interposição.

Contudo, conforme já visto na primeira parte deste trabalho, o artigo 1º da Lei n. 5.941/73 modificou dito sistema, dando nova redação ao artigo 594 do Código de Processo Penal.

Segundo essa nova redação,⁴⁶⁷ manteve-se a disciplina anterior para os crimes de cuja condenação o réu se livra solto e para os crimes afiançáveis, introduzindo-se um dado substancialmente novo para os crimes inafiançáveis. Para estes, separaram-se duas espécies de condenados: os *de bons antecedentes*, e os *sem bons antecedentes*. Para aqueles possibilitou-se apelar sem ter de se recolher à prisão e para estes negou-se tal possibilidade.

É o que explica HÉLIO TORNAGHI:

O réu que apela pode estar em alguma destas situações:

a) ter sido condenado por infração de que se defende solto,

⁴⁶⁶. Cf., a esse respeito, ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de processo penal brasileiro anotado. 3. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. 6, p. 155 e 157: "(...) firma o art. 594 o nenhum efeito suspensivo da apelação (quando o crime é inafiançável ou admite soltura, mas somente mediante fiança), quanto à execução da pena corporal principal. De feito, aquele artigo do Cód. nacional esclarece que a apelação, interposta contra a sentença condenatória, quando o crime for inafiançável, não impedirá a prisão do réu, como não a impedirá, se, sendo infração afiançável, só admitir a soltura, mediante prestação da caução. (...). Igualmente, não se imporá a prisão do réu, quando o juiz, na sentença, tiver concedido o sursis, pois a apelação não terá efeito suspensivo, quanto a este".

⁴⁶⁷. "O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto".

independente de fiança, nos termos do art. 321. Nesse caso ele apela em liberdade;

b) ter sido condenado por infração de que cabe fiança. O juiz, na sentença, deve então arbitrá-la, a menos que o réu esteja afiançado. Prestada a fiança, ele apela em liberdade. Se, uma vez livre, o apelante descumpre qualquer das obrigações dos arts. 327 (...) ou 328 (...), a fiança é quebrada, o que lhe acarreta o recolhimento à prisão. Não automaticamente, a deserção (...). Só se o réu não se recolhe é que a apelação fica deserta;

c) ter sido condenado por infração inafiançável, mas haver sido *reconhecido* na *sentença* como primário, isto é, não reincidente (CP, arts. 61, I; 63 e 64) e de bons antecedentes. Nessa hipótese ele apela em liberdade;

d) não estar em nenhuma das situações precedentes. Nesse caso, ele não pode apelar sem se recolher à prisão. E se fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação.⁴⁶⁸

Esse temperamento da regra do recolhimento à prisão após a condenação recorrível trouxe, de parte da doutrina do processo penal, encômios e críticas. Poucas apreciações apresentam-se como efetivamente serenas e atacam o ponto nodal da questão. Uma delas é a de RENÉ ARIEL DOTTI, que escreveu, a propósito da Lei n. 5.941/73, o seguinte:

Assim como era prejudicial o regime de severidade adotado pelo Código de Processo Penal, fazendo *tábula rasa* da presunção de inocência e dando à sentença condenatória recorrível um peso extraordinário, a reforma através da Lei n. 5.941/73 trouxe também inconvenientes. Se anteriormente surpreendia ao jurado a situação de ver o réu permanecer preso mesmo quando absolvido (a prisão preventiva obrigatória, a prisão decorrente de pronúncia e o

⁴⁶⁸. TORNAGHI, Hélio. Curso de processo penal. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, v. 2, p. 342.

efeito suspensivo à apelação interposta pelo Ministério Público se opunham à liberdade desde logo, quando a absolvição não fosse unânime), agora também o quadro é contraditório: o réu condenado sai do Tribunal do Júri em liberdade em face da possibilidade de apelar, sem o recolhimento à prisão.⁴⁶⁹

Do segundo caso -- dos condenados *com antecedentes criminais* -- tratar-se-á primeiramente, no item seguinte.

4.1. A prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível, do réu com antecedentes criminais

O tema do presente item é relacionado com a natureza jurídica da prisão que decorre de sentença penal condenatória recorrível, em se tratando de réu com antecedentes criminais.

O artigo 594 do Código de Processo Penal concedeu aos condenados *de bons antecedentes* a possibilidade de aguardarem em liberdade o julgamento dos recursos de apelação que interpuserem das sentenças que os condenaram.

Impugna-se, conforme visto anteriormente, quando se tratou da prisão em decorrência de pronúncia, o esquema fixado pela lei processual penal, separando os réus *de bons antecedentes* e os réus *com antecedentes criminais*.

ROGÉRIO LAURIA TUCCI, por exemplo, entende que não se pode fazer distinção entre os imputados tendo em vista sua vida

⁴⁶⁹. DOTTI, René Ariel. Revisão dos caminhos da defesa social: considerações sobre o Anteprojeto Saulo Ramos e seu substitutivo. In: Revista de Política Criminal e Penitenciária. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 1988, v. 1, n. 2, p. 396.

anteacta.

(...) não se pode ter qualquer dúvida acerca de que, inspirado no ideal de liberdade, o legislador constituinte consagrou a regra ora analisada com uma única intenção, qual seja a de favorecer o imputado.

Daí porque não fez inserir no respectivo texto nenhuma ressalva, nem qualquer referência a primariedade e a bons antecedentes como requisito de sua incidência.

(...) Só mesmo, enfim, se outro fosse o enunciado do texto constitucional (por exemplo: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória, desde que *primário e de bons antecedentes*”), é que se poderia imaginar a odiosa restrição da liberdade do imputado precedentemente à provisória (e, conseqüentemente, mutável) condenação.⁴⁷⁰⁻⁴⁷¹

Em suma: para ROGÉRIO LAURIA TUCCI, o encarceramento do réu condenado antes do trânsito em julgado da condenação é possível, sim, desde que ocorram quaisquer das hipóteses autorizadoras da tutela cautelar privativa da liberdade do imputado. Para esse autor, em conseqüência, não é legítima a distinção que a lei processual penal faz entre acusados *com antecedentes* e acusados *sem antecedentes criminais*, com vantagem para estes últimos.

Essas impugnações, contudo, não parecem suficientemente contundentes para condenar como ilegítimo o sistema montado pela

⁴⁷⁰. TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 411-412.

⁴⁷¹. Cf., em idêntico sentido, o pensamento de SCHOLZ, Leônidas Ribeiro. A sentença penal condenatória e a prisão do acusado. In: Fascículos de ciências penais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, ano 4, v. 4, n. 1, p. 32: “(...) a primariedade e os bons antecedentes, embora figurem no dispositivo legal que a contempla, não devem, nem podem, funcionar como o critério fundamental para reger a sua imposição [refere-se à tutela cautelar]”.

lei processual penal.

Em primeiro lugar, porque a afirmação de que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode depender da verificação de qualquer das hipóteses autorizadas da prisão preventiva é claramente excessiva. Fosse verdadeira e não se poderia executar a sentença condenatória no caso de interposição dos recursos extraordinário e especial, que são recebidos somente no efeito devolutivo. Ora, a interposição de qualquer recurso pressupõe a ausência do trânsito em julgado da sentença, como muito bem relembra AFRANIO SILVA JARDIM:

Claro e indiscutível que, na hipótese de recurso extraordinário, como é da tradição de nosso direito processual em geral, teremos, necessariamente, uma execução da pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, à míngua de efeito suspensivo do apelo heróico. Esse fenômeno sempre existiu em nosso direito, embora no processo penal muitos não se tenham dele dado conta ou tirado todas as suas conseqüências jurídicas.⁴⁷²

Em segundo lugar, porque a diferenciação entre condenados *com antecedentes* e condenados *sem antecedentes criminais* -- cuja legitimidade foi sustentada no capítulo anterior -- não foi formulada por causa de uma presunção de culpabilidade e nem indica a presença de semelhante presunção. Trata-se, ao contrário, conforme afirma VICENTE GRECO FILHO,⁴⁷³ de uma “presunção da necessidade da prisão”, verificada não porque o acusado esteja sendo

⁴⁷². JARDIM, Afranio Silva. A prisão em decorrência de sentença penal condenatória recorrível. In: Direito processual penal: estudos e pareceres. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 394.

⁴⁷³. GRECO FILHO, Vicente. Manual de direito processual penal. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 246.

antecipadamente considerado culpado, mas porque, tendo em vista sua vida pregressa, a lei presume que não se conformará com a prisão e fugirá, evitando a implementação da sanção penal.

Ao estabelecer a necessidade do recolhimento à prisão para apelar, o que a lei processual penal fez, na opinião de autores como FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO,⁴⁷⁴ JULIO FABBRINI MIRABETE,⁴⁷⁵ VICENTE GRECO FILHO⁴⁷⁶ e AFRANIO SILVA JARDIM,⁴⁷⁷ foi conceder *efeito suspensivo* ao recurso de apelação do réu, interposto da sentença condenatória.

Em outros termos: para esses autores, a lei processual penal

⁴⁷⁴. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, v. 4, p. 368: “(...) em virtude da alteração sofrida pelo art. 594, por força da Lei n. 5.941, de 22-11-1973, podemos concluir que a apelação de sentença condenatória terá efeito suspensivo (...) se a infração for inafiançável e o réu primário e de bons antecedentes (...)”.

⁴⁷⁵. MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. São Paulo: Atlas, 1991, p. 624: “Segundo o artigo 597, como regra, a apelação da sentença condenatória terá efeito suspensivo. Assim, interposto o apelo da sentença condenatória, não se pode iniciar a execução da pena imposta ao condenado”.

⁴⁷⁶. Cf., GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 331: “Se a sentença é condenatória e o acusado estiver solto (e ao crime não é concedida a fiança ou outro benefício em contrário), será expedido mandado de prisão e o acusado somente poderá apelar se se recolher a ela, ou seja, sua apelação não tem efeito suspensivo. Todavia, não será expedido mandado de prisão se o acusado for primário e de bons antecedentes, (...) de modo que sua apelação suspende o efeito prisional da sentença”.

⁴⁷⁷. JARDIM, Afranio Silva. A prisão em decorrência de sentença penal condenatória recorrível. In: Direito processual penal: estudos e pareceres. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 393: “[A] eficácia prevista no art. 393, inc. I, poderá ser paralisada pelo recurso do réu, caso tenha ele efeito suspensivo, por incidir alguma das hipóteses previstas no art. 594 do Cód. Proc. Penal (...). Neste caso, tendo efeito suspensivo a apelação do réu, não se instaura a execução penal provisória, podendo continuar a ser utilizado o sistema de prisão e liberdade provisória”.

estabeleceu que, uma vez interposto e recebido o recurso de apelação do condenado de *bons antecedentes*, a execução da sentença condenatória é diferida, no aguardo do reexame da sentença recorrida.

Contudo, um exame mais aproximado da hipótese revela que a explicação dada pela doutrina do processo penal brasileiro não clarifica todo o fenômeno relacionado ao tema.

A fim de comprovar essa asserção, basta verificar o significado do vocábulo “efeito”. Para os dicionaristas, como CALDAS AULETE,⁴⁷⁸ e AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA,⁴⁷⁹ “efeito”, nessa acepção, é aquilo que ocorre como consequência, direta ou indireta, de um acontecimento passado e ao qual está ligado numa relação causal. Logo, é algo que ocorre *depois* de uma causa e jamais antes ou contemporaneamente a ela.

Ora, o artigo 594 do Código de Processo Penal dispõe que, para o réu não-primário ou com antecedentes criminais, o recolhimento à prisão é *condição* para o recebimento do recurso de apelação.

A conclusão de que se trata de uma condição e não de um efeito é inevitável, diante da expressão usada pelo referido artigo 594: “O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança (...)”. O que quer significar que, sem o recolhimento à prisão do réu

⁴⁷⁸. AULETE, Caldas. Dicionário contemporâneo da língua portuguesa. 2. ed., Rio de Janeiro: Delta, 1964, v. 2, p. 1.305: “EFEITO, *s. m.* resultado necessário ou acidental de uma causa, ato de um agente qualquer (...).|| Resultado, realização (...).|| Consequência, resultado (...)”.

⁴⁷⁹. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário da língua portuguesa. 2. ed., 24. imp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 619: “EFEITO [Do lat. *effectu.*] S. m. 1. Produto necessário ou fortuito de uma causa. 2. Resultado de um ato qualquer (...)”.

com antecedentes criminais (no caso dos crimes inafiançáveis) ou a prestação de fiança (no caso dos crimes afiançáveis) não poderá ele apelar; ou, tendo apelado, seu recurso não poderá ser recebido. Daí porque não se pode afirmar que a liberdade do condenado primário e de bons antecedentes e a prisão do condenado com antecedentes seja um *efeito* do seu recurso. Esse tema (a liberdade ou o encarceramento do condenado) está definido antes do recebimento da apelação. Logo, não é o *efeito* -- necessariamente posterior à causa, que é a interposição do recurso -- que define o *status libertatis* do acusado.

Assim, o que a lei processual penal fez foi acrescentar um requisito para o exercício da faculdade recursal por parte dos condenados com antecedentes criminais. Isto é: o recurso desses condenados tem um requisito a mais, para ser admitido, além da sucumbência e da tempestividade: o prévio recolhimento à prisão.

Tanto é verdadeira essa visão da matéria, que a regra do artigo 595 do Código de Processo Penal⁴⁸⁰ complementa a disciplina estabelecida pelo artigo 594, sancionando com a declaração de deserção a fuga posterior à interposição do recurso. Isso ocorre para deixar claro que é um *comportamento* -- o recolhimento à prisão e sua manutenção encarcerado -- o que a lei exige do condenado. Logo, trata-se de um requisito que o condenado deve atender para ter sua pretensão recursal conhecida pelo tribunal *ad quem*.

Recentemente, aventou-se a possibilidade de que a adição de um pressuposto de admissibilidade do recurso do réu sem bons antecedentes condenado encerra uma injustiça.

É o que escreve AFRANIO SILVA JARDIM:

⁴⁸⁰. “Se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação”.

(...) parece-nos sumamente injusto negar o duplo grau de jurisdição, ou seja, a possibilidade de apelar, ao réu pelo fato de não ter ele se recolhido à prisão, tendo maus antecedentes em crimes inafiançáveis. É preciso distinguir nitidamente a desejável ampla admissibilidade dos recursos no processo penal e a conveniência de se iniciar a execução penal desde logo, malgrado a recorribilidade da sentença condenatória. A prisão não deve funcionar como mais um requisito de admissibilidade da apelação do réu de maus antecedentes, mas o seu recurso não impedirá a instauração da execução provisória da pena aplicada.⁴⁸¹

Há alguns reparos a serem feitos a esse entendimento. Em primeiro lugar, o recolhimento à prisão foi o mecanismo escolhido pela lei processual penal. Não é possível substituir-se o juízo de conveniência do legislador por outro juízo de conveniência, no caso, de sede doutrinária ou jurisprudencial. Pode-se ir ao ponto de considerar o critério legal não bom ou mesmo ruim. Não se pode, porém, duvidar de sua validade; nem recusar-se-lhe aplicação. É perfeitamente possível modificar a lei, mas não se pode deixar de aplicá-la por diferença de opinião. Esse entendimento não pode receber o epíteto de legalista, ou dogmático. É simplesmente coerente com o perfil do processo penal, que se vale da lei a cada momento, havendo, mesmo, pouco espaço para a criação mental além do que permite a lei.

Em segundo lugar, a lei cria esse requisito a mais quando se trata de acusado sem bons antecedentes. Há, aqui, presunção de que ele não se conformará com a pena aplicada e tentará obviá-la. Nesses casos, conforme visto anteriormente, é perfeitamente lícito à lei valer-

⁴⁸¹. JARDIM, Afranio Silva. A prisão em decorrência de sentença penal condenatória recorrível. In: Direito processual penal: estudos e pareceres. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 402.

se de certas presunções.

ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS já havia deixado escrito que “a norma do art. 594, do C.P.P., deve ser examinada no juízo de admissibilidade do recurso”⁴⁸²

Com efeito, a definição sobre a liberdade do réu não se ajusta somente à idéia de soma ou subtração de efeitos ao recurso mas, antes disso, à idéia de adição de requisitos ao exercício da faculdade recursal por parte do condenado.

Fique claro que a liberdade do réu também fica tolhida pela ausência do efeito suspensivo ao recurso de apelação. Contudo, esse fenômeno ocorre em um segundo momento, após o exercício da faculdade recursal. Caso contrário, o réu haveria de ser solto logo após a interposição e seu recolhimento à prisão carcerária de sentido.

AFRANIO SILVA JARDIM escreveu sobre o tema da prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível. Para esse autor, como o recurso de apelação por vezes não é recebido no efeito suspensivo, instaura-se a execução provisória da sentença condenatória. *A contrario sensu*, quando há esse efeito, a eficácia da sentença restaria paralisada.

Eis o que afirma:

(...) em face do teor da regra [artigo 393, inciso I, da Código de Processo Penal] a *prisão é um efeito da sentença. Esta, a sentença, passa a ser o título da prisão do réu condenado*. Se o acusado já se encontrava preso por outro motivo, incidindo tal eficácia sentencial segundo o disposto no art. 594, fica substituído o título da prisão anterior. Repetindo, o réu será preso ou permanecerá preso em razão da sentença de mérito condenatória. Tal percepção é importante para que não se continue, nesta hipótese, a trabalhar com o sistema de

⁴⁸². BARROS, Romeu Pires de Campos. Processo penal cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 278.

prisão e liberdade provisória (...).

Entretanto, tal eficácia prevista no art. 393, inc. I, poderá ser paralisada pelo recurso do réu, caso tenha ele efeito suspensivo, por incidir alguma das hipóteses do art. 594 do Cód. Proc. Penal (...).

Assim, se a apelação do réu não tiver efeito suspensivo, instaura-se a execução penal desde logo, ainda que em caráter provisório. Neste caso, beneficia-se o réu dos direitos outorgados pela Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84), funcionando a sentença de mérito como título único e exclusivo da prisão, substituindo-se a qualquer outro anterior, não mais cabendo falar-se em liberdade provisória ou revogação de prisão preventiva anteriormente decretada.

Inversamente, tendo efeito suspensivo a apelação do réu, em razão da sentença condenatória não ficará preso. Em outras palavras, o réu não ficará preso como efeito da sentença. Tal não impede que venha a ser preso preventivamente, presentes os requisitos do art. 312 do Cód. Proc. Penal, bem como possa o réu ter a sua eventual prisão em flagrante substituída pela liberdade provisória do art. 310, parágrafo único, ou ter a sua prisão preventiva revogada, se for o caso, nos termos do art. 316. Tal visão sistemática do fenômeno processual não tem sido compreendida na prática judiciária.⁴⁸³

Essa doutrina, verdadeiramente inovadora, serve para deixar claro que não há, necessariamente, cautelaridade na prisão do condenado que aguarda o julgamento de seu recurso de apelação. Os argumentos de AFRANIO SILVA JARDIM nesse sentido são claramente superiores aos de ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS, que sustenta a cautelaridade da sentença condenatória recorrível e, em linha de conseqüência, da prisão que a ela se segue.⁴⁸⁴⁻⁴⁸⁵

⁴⁸³. JARDIM, Afranio Silva. A prisão em decorrência de sentença penal condenatória recorrível. In: Direito processual penal: estudos e pareceres. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 392-393.

⁴⁸⁴. BARROS, Romeu Pires de Campos. Processo penal cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 275: "Inegável é a providência cautelar contida na sentença penal

Contudo, não parece ser necessário apelar-se para todos os argumentos esgrimidos para AFRANIO SILVA JARDIM para obter o resultado que visou; não há, de fato, cautelaridade na prisão do réu com antecedentes criminais após sua condenação recorrível; isso não ocorre, porém, pelos motivos que levantou. Não há *cautelaridade* na prisão do réu decorrente de sua condenação recorrível simplesmente

condenatória, por força do disposto no art. 393, n° I, C.P.P., que determina a prisão do condenado. Tanto assim, que esse efeito persiste ainda nas infrações afiançáveis, enquanto não prestar fiança. Acontece que a fiança é contracautela, sendo admitida essa providência, cujos efeitos persistem até que a sentença transite em julgado, não se pode contestar que aquele efeito mediato desse ato jurisdicional, consistente na prisão, tem por finalidade assegurar o resultado do processo principal, ou seja, tornar possível a relação executiva penal, com o cumprimento da sanção penal imposta”.

⁴⁸⁵. Cf., em sentido contrário tanto a AFRANIO SILVA JARDIM quanto a ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS, a posição de TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 492: “No caso de condenação recorrível, se se disser que a prisão é cautelar, indaga-se: a cautela não está subordinada à existência do *periculum in mora*? Qual seria esse perigo? Periculosidade não mais existe, a não ser para os inimputáveis, e, ainda que existisse, não seria *periculum in mora*... Seria, então, o perigo de fuga? Em primeiro lugar não pode haver, por estúpida, uma presunção legal de fuga, e, por último, ainda que fosse verdade, não se justifica entenda o legislador que o autor de crime inafiançável, condenado a uma pena severa, dê primário e de bons antecedentes, não fugirá, ao contrário do reincidente condenado a 2 anos... Há quem entenda que a prisão resultante de sentença penal condenatória recorrível não é, propriamente, uma prisão provisória, e sim uma provisória execução da pena... Evidentemente há equívoco nessa afirmação. Antes da LEP, o art. 669, I, do CPP cuidava de uma provisória execução da pena. Era a hipótese de prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível. Com o advento daquele diploma, tornou-se necessariamente imprescindível o trânsito em julgado da sentença condenatória para a execução da pena. É como soa o art. 105 da LEP. A execução pressupõe, sempre, sentença transitada em julgado. Logo, não se pode dizer que a prisão resultante de sentença penal condenatória recorrível seja uma ‘provisória execução da pena’. Há mais a considerar: em face do princípio constitucional da presunção de inocência, não teria sentido executar-se uma sentença, antes do seu trânsito em julgado”.

porque não há urgência nem situação de perigo a obviar.

Por uma razão ainda mais simples não há *tutela sumária antecipatória*: a prisão decorre da condenação, ainda que sujeita a recurso. Não há, nesse caso, nem a *urgência*, nem a *sumariedade procedimental*, requisitos também exigidos na *tutela sumária antecipatória*.

A prisão do réu é, aqui, conforme deixou claro AFRANIO SILVA JARDIM, *execução provisória da pena privativa de liberdade aplicada*. Por força do parágrafo único do artigo 2º da Lei n. 7.210, de onze de julho de 1984,⁴⁸⁶ e da própria detração penal, o recolhimento do réu à prisão faz instaurar a execução de sua pena, ainda que provisória.

Não há inconstitucionalidade nessa espécie de prisão, ao contrário do que sustenta ROGÉRIO LAURIA TUCCI.⁴⁸⁷ É que o inciso LXVI do artigo 5º da Constituição⁴⁸⁸ a autoriza, ao dar à lei a competência para dispor sobre os casos em que cabe e os casos em que não cabe fiança. O caso de recolhimento à prisão e permanência dela para propiciar o processamento de recurso do réu de sua condenação, disciplinado pelo artigo 594 do Código de Processo Penal é, pura e simplesmente, de descabimento de fiança. Além disso, a prisão não significa, por si só, consideração antecipada de culpabilidade, conforme já visto anteriormente quando se tratou do princípio da *presunção de inocência*.

⁴⁸⁶. “Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório (...)”.

⁴⁸⁷. TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 409: “(...) a *prisão provisória de natureza processual*, decorrente de ato decisório de pronúncia ou de sentença condenatória recorrível, não tem como se manter perante o examinado regramento constitucional, sobretudo por significar *antecipada admissão de culpabilidade* do pronunciado ou do condenado, de todo inadmissível”.

⁴⁸⁸. “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

É esse o entendimento de JULIO FABBRINI MIRABETE:

Resta verificar a situação do condenado em sentença recorrível por crime em que não se livra solto nem é afiançável. Diante da Constituição Federal de 1988, que prevê no inciso LVII que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória, e do inciso LXVI, que diz que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança, chegou-se a defender a tese de que o juiz não poderia determinar mais a prisão senão quando a sentença transitasse em julgado (...) ou que seria necessário, para o recolhimento à prisão, uma decisão fundamentada (...). Entretanto, a ordem de recolher-se o réu à prisão para possibilitar o processamento do recurso não significa considerá-lo culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. As regras constitucionais citadas apenas impedem que o seu nome seja inscrito no “rol dos culpados”, que se inicie a *execução* da pena ou que se produzam outros *efeitos* da condenação. A Constituição Federal não proíbe qualquer prisão provisória ou cautelar, desde que decretada por órgão jurisdicional, nem demarca rigidamente o conceito de liberdade provisória, preferindo delegar ao legislador ordinário a previsão de seus pressupostos. É na lei processual que se verifica quais as hipóteses em que a liberdade provisória pode ser admitida, nada impedindo que se obrigue o condenado, na ausência dos requisitos legais, a ser recolhido à prisão para aguardar o julgamento do apelo, como uma das hipóteses de prisão provisória, semelhante à prisão em flagrante, à prisão temporária e à prisão preventiva. A Carta Magna permite a custódia por ordem da autoridade judiciária competente e o artigo 594 não contempla interpretação extrema e nem aplicação limitada quando prevê o recolhimento do réu condenado à prisão: é regra procedimental condicionante do processamento da apelação, não foi derogada pelo artigo 5º, LVII, da CF de 1988, está fundamentada pela sentença condenatória e

não ofende a garantia constitucional de ampla defesa.⁴⁸⁹

Da lição acima, somente poder-se-ia fazer alguns reparos. O *princípio da presunção de inocência* tem principal sede de aplicação no campo dos ônus probatórios em matéria processual penal. Contudo, enquanto parte integrante do *princípio do devido processo legal*, pode-se admitir que também proíbe que se aplique uma sanção penal antes da condenação definitiva do imputado.

Essa proibição, entretanto, precisaria ser vista *cum granum salis*. Isso porque toda prisão processual, quer queira, quer não, constitui-se em uma antecipação da sanção penal, dado o princípio da detração. Além disso, a conclusão de JULIO FRABBRINI MIRABETE decorre de um *aproach* formal da situação. Admitindo-se, para argumentar, que a execução antecipada da condenação se constitui em uma violação do *princípio da presunção de inocência*, é impossível deixar de reconhecer que é, ao mesmo tempo, uma afirmação do *princípio da individualização da pena*, também de sede constitucional. Negar-se a individualização da pena a um condenado preso, sob o argumento de que ele é presumido inocente é, *data venia*, dar interpretação perversa a um instituto concebido em seu favor.

De lege ferenda, a hipótese deveria ser solucionada através da liberação, por lei, da fiança a todos os crimes não mencionados no inciso XLIII do artigo 5º da Constituição.⁴⁹⁰ Além disso, a medida haveria de ser reforçada com a ampliação dos poderes das autoridades (Delegado de Polícia e Juiz) para a fixação dos valores das fianças e a revogação do artigo 350, *caput*, do Código de Processo

⁴⁸⁹. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 619-620.

⁴⁹⁰. “a lei considerará *inafiáveis* e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos (...)” [o grifo não consta do original].

Penal,⁴⁹¹ que autoriza a liberdade provisória, sem a prestação da fiança, nos casos de afiançabilidade, para o réu que o Juiz considerar pobre. Somente com providências pragmáticas o instituto da fiança -- que, além de vincular o imputado às suas obrigações processuais, viabiliza, por vezes, o ressarcimento do prejuízo à vítima do crime -- retomará sua dignidade.

4.2. A prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível, do réu sem antecedentes criminais

Como conseqüência dos argumentos expendidos no item anterior, está claro que a prisão de réu sem antecedentes criminais, decorrente de sentença penal condenatória, desde que o recurso cabível da decisão tenha efeito suspensivo, é caracteristicamente *cautelar*, isto é, está submetida aos requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Não será possível submeter-se à prisão um condenado por sentença recorrível sem antecedentes criminais, no caso de ser cabível da decisão recurso com efeito suspensivo, se não estiver presente ao menos uma das hipóteses autorizadoras da prisão enunciadas pelo artigo 312 do Código de Processo Penal.

Conclui-se, pois, que poderá ele ser preso se, por exemplo, houver elementos de convicção no sentido de que se prepara para deixar o território nacional, frustrando a execução da pena. Outras

⁴⁹¹. “Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando ser impossível ao réu prestá-la, por motivo de pobreza, poderá conceder-lhe a liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328. Se o réu infringir, sem motivo justo, qualquer dessas obrigações ou praticar outra infração penal, será revogado o benefício”.

hipóteses -- como conveniência da instrução criminal, garantia da ordem pública ou da ordem econômica -- poderiam ocorrer, embora menos comumente, na medida em que a instrução criminal já terminou, salvo o caso do artigo 616 do Código de Processo Penal⁴⁹² e as hipóteses de perigo à ordem pública e à ordem econômica surgem com o crime e não com a condenação, ao menos usualmente. Seja como for, somente no caso de ocorrência de qualquer dessas hipóteses será possível decretar-lhe a prisão.

A prisão decorrente da condenação recorrível do réu sem antecedentes criminais -- bem como em qualquer outra hipótese em que o recurso cabível tenha efeito suspensivo -- é *medida cautelar*.

5. A prisão temporária

A *prisão temporária* foi criada pela Medida Provisória n. 111, de 24 de novembro de 1989, pouco depois transformada na Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989⁴⁹³ e resultou de um antigo pleito dos Delegados de Polícia, que a reivindicavam como um instrumento a mais para realizarem suas investigações.

Escreveram OTO LUIZ SPONHOLZ e ANTONIO ACIR BREDÁ em 1978, onze anos antes de ser criada a medida e a propósito da sua inclusão no projeto de Código de Processo Penal de JOSÉ FREDERICO

⁴⁹². “No julgamento das apelações poderá o tribunal, câmara ou turma proceder a novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou determinar outras diligências”.

⁴⁹³. Cf. MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. São Paulo: Atlas, 1991, p. 374 e TORNAGHI, Hélio. Curso de processo penal. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, v. 2, p. 80.

MARQUES, então em tramitação no Congresso Nacional:

Parece indispensável a adoção da chamada prisão para averiguações (ou prisão temporária, na terminologia do Projeto de Código de Processo Penal) baixada por autoridade jurisdicional. A realidade demonstra que a prisão para averiguações existe, mesmo que não tolerada na justiça comum. (...). Realmente, em casos de infratores perigosos (assaltantes, terroristas etc.), ausente a prisão em flagrante, esperar-se a prisão preventiva é frustrar a detenção. Por isso mesmo, o futuro Código de Processo Penal cria o instituto da prisão temporária, como um substitutivo legal da famigerada “prisão para averiguações”.⁴⁹⁴

Segundo VICENTE GRECO FILHO, tratava-se, então, de uma medida exigida pela sociedade brasileira e, embora tenha sido “editada dentro de um contexto de maior repressão a determinados crimes, ligados à criminalidade organizada e violenta”, deve ser interpretada sob o signo da mais estrita necessidade.⁴⁹⁵

Há medidas semelhantes em outros ordenamentos jurídicos, como a *garde à vue*, do processo penal francês,⁴⁹⁶ o *fermo di indiziato di*

⁴⁹⁴. SPONHOLZ, Oto Luiz e BREDA, Antonio Acir. Aspectos processuais da reforma da lei de segurança nacional. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, 1978, n. 59, p. 150.

⁴⁹⁵. GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 240.

⁴⁹⁶. Cf. PITOMBO, Sérgio M. de Moraes. Prisão temporária e crise urbana. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, n. 603, p. 295-296: “O Código de Processo Penal francês possui a *garde à vue* (arts. 64, 65, 77 e 78). O oficial de polícia judiciária, durante a investigação preliminar, necessitando, pode manter o *suspeito* detido por 24 horas. Prorrogáveis, entretanto, por outras tantas, se autorizado pelo Procurador da República, ou pelo juiz de instrução (art. 77)”. Cf., outrossim, PÓVOA, José Liberato da Costa e BOAS, Marco Anthony Steveson Villas. Prisão temporária. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 31.

delitto, do processo penal italiano,⁴⁹⁷ a *detenção fora de flagrante delito, por iniciativa de autoridade da polícia criminal*, do processo penal português,⁴⁹⁸ a *Identifizierungssichernde Flagranzfestnahme* do processo penal alemão,⁴⁹⁹ para dar alguns exemplos.⁵⁰⁰

Também não é novidade no processo penal brasileiro, tendo

⁴⁹⁷. Cf. artigo 384, *comma* 1, do Código de Processo Penal italiano (1988): “*Anche fuori dei casi di flagranza, quando sussistono specifici elementi che fanno ritenere fondato il pericolo di fuga, il pubblico ministero dispone il fermo della persona gravemente indiziata di un delitto per il quale la legge stabilisce la pena dell’ergastolo o della reclusione non inferiore nel minimo a due anni e superiore nel massimo a sei anni ovvero di un delitto concernente le armi da guerra e gli esplosivi*”. Tradução livre: “Mesmo fora dos casos de flagrante, quando subsistam específicos elementos que tornem fundado o perigo de fuga, o Ministério Público pode decidir a prisão temporária da pessoa gravemente indiciada de um delito para o qual a lei estabeleça a pena de prisão perpétua ou reclusão superior, no mínimo, a dois anos e superior, no máximo, a seis anos, ou [se a pessoa for indiciada pela prática de] crime relacionado com posse de armas de guerras ou explosivos”.

⁴⁹⁸. Cf. artigo 257, número 2 do Código de Processo Penal português: (1987): “As autoridades de polícia criminal podem também ordenar a detenção fora de flagrante delito, por iniciativa própria, quando: a) Se tratar de caso em que é admissível a prisão preventiva; b) Existirem elementos que tornem fundado o receio de fuga; e c) Não for possível, dada a situação de urgência e de perigo na demora, esperar pela intervenção da autoridade judiciária”.

⁴⁹⁹. Cf. COLOMER, Juan-Luis Gomez. El proceso penal alemán: introduccion y normas basicas. Barcelona: Bosch, 1985, p. 104: “*Según el § 127 StPO, existen tres classes de detención provisional: (...) 2ª) La detención oficial para identificación, realizada por la Fiscalía o la Policía [§§ 127, ap. (1), segunda frase, y 163b y 163c StPO]. La Ley considera a esta detención como presupuesto de la medida de identificación personal prevista en los §§ 163b e 163c (...)*”. Tradução livre: “Segundo o § 127 do Código de Processo Penal alemão, existem três classes de prisão provisória: (...) 2ª) a detenção oficial para identificação, realizada pelo Ministério Público ou pela Polícia [§§ 127, item 1, segunda frase, e 163b e 163c do Código de Processo Penal alemão]. A lei considera esta prisão como pressuposto da medida de identificação pessoal prevista nos §§ 163b e 163c (...)”.

⁵⁰⁰. Cf., a respeito do tema, PITOMBO, Sérgio M. de Moraes. Prisão temporária e crise urbana. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, n. 603, p. 294.

em conta a prisão estabelecida pelo artigo 33 da Lei n. 7.170, de quatorze de dezembro de 1983, que “define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências”. Esse dispositivo autoriza a autoridade policial que presidir inquérito policial para apurar crimes dessa natureza, a “manter o indiciado preso ou sob custódia, pelo prazo de 15 (quinze) dias, comunicando imediatamente o fato ao juízo competente”. O § 1º do mesmo artigo 33 autoriza a dilação desse prazo por outros quinze dias, dessa vez mediante autorização judicial, precedida da manifestação do Ministério Público. O § 2º, inclusive, autoriza a incomunicabilidade do preso.

Essa prisão da Lei n. 7.170/83 está parcialmente revogada pela atual Constituição. Isto é: conjugando-se o inciso LXI do artigo 5º,⁵⁰¹ com o § 3º, inciso I, do artigo 136 ambos da Constituição,⁵⁰² tem-se que essa prisão não decretada por autoridade judiciária só tem aplicação -- e, ainda assim, de forma deveras modificada -- durante a vigência do *estado de defesa*.

Eis aqui a primeira diferença entre a *prisão temporária* e as demais medidas privativas da liberdade: aquela somente é aplicável aos indiciados⁵⁰³ pela prática de qualquer infração penal, enquanto

⁵⁰¹. “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”.

⁵⁰². “Na vigência do Estado de defesa (...) a prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida, será por esse comunicada imediatamente ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, facultado ao preso requerer exame de corpo de delito à autoridade policial”.

⁵⁰³. *Indiciado*, segundo a concepção aqui esposada, é aquele sobre quem paira a simples suspeita de uma infração penal. Não existe, no ordenamento processual penal brasileiro, nenhum ato formal de indiciamento. *Indiciar*, no processo penal do Brasil,

estas podem se referir tanto aos indiciados quanto aos acusados⁵⁰⁴ pela prática de infração penal. Porque decretável apenas durante a fase do inquérito policial, a prisão temporária somente atinge os indiciados e jamais os acusados pela prática de infração penal.

JULIO FABBRINI MIRABETE, deplorando o fato, afirma que o artigo 1º, inciso I, da Lei n. 7.960/89, autoriza a prisão temporária de alguém não suspeito da prática da infração penal (por exemplo, uma testemunha, um perito, ou mesmo o ofendido) “já que, ao contrário dos demais incisos do artigo 1º, não se refere ela especificamente ao ‘indiciado’”.⁵⁰⁵ Não parece que assim seja. A interpretação literal é apenas uma fase da interpretação da norma jurídica. A prisão temporária não pode ser isolada das demais medidas de urgência. Há, para a hipótese de testemunha recalcitrante, a ser ouvida em inquérito policial, uma medida perfeitamente conhecida e menos drástica, que é a da busca

significa apontar com o dedo indicador e é sinônimo de indicar (a gíria tem um termo chulo: dedurar). Logo, desde que apontado por uma testemunha, por um documento ou por uma perícia, uma pessoa é *indiciada*. O Delegado de Polícia não indicia ninguém. Se indiciar, por conhecimento próprio, é testemunha e não pode presidir o inquérito, dado seu impedimento (Código de Processo Penal, artigo 252, inciso III, segunda parte). Uma vez que o Delegado de Polícia investiga em nome do Juiz e do órgão do Ministério Público (por isso o termo: “Delegado”) as causas de impedimento também a ele se aplicam. Não há norma expressa estabelecendo essa aplicabilidade porque absolutamente desnecessário. Indiciado é, portanto, todo aquele envolvido, como suspeito da prática de uma infração penal, num inquérito policial. Cf., a respeito, RAMOS, João Gualberto Garcez. Audiência processual penal: doutrina e jurisprudência: Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 385-386.

⁵⁰⁴. Nessa linha de raciocínio, *acusado* é aquele contra quem instaurou-se um processo penal condenatório. Por fim, *denunciado* é aquele contra quem ofereceu-se uma denúncia criminal, sendo que esse termo tem aplicação antes do recebimento, por órgão jurisdicional, da referida denúncia.

⁵⁰⁵. MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. São Paulo: Atlas, 1991, p. 375.

domiciliar, estabelecida no § 1º, letra “h”, do artigo 240 do Código de Processo Penal⁵⁰⁶ a qual, no caso, traduz-se numa condução coercitiva. A prisão temporária da testemunha, ou mesmo do ofendido, é de um excesso injustificável. Para esses casos bastaria a dita condução, que não obriga a detenção da pessoa sobre a qual recai. E a regra geral, relativamente à privação da liberdade pessoal com finalidade processual, é a do alcance do resultado com o menor dano possível aos direitos individuais; logo, inadmissível a prisão temporária de alguém que não seja suspeito da prática de infração penal. Tal hipótese seria de um absurdo inominável. E, conforme já salientado anteriormente, na interpretação da norma jurídica, deve-se evitar o resultado conducente ao absurdo.

Quanto à nomenclatura, é preciso dizer que, embora somente a prisão criada pela Lei n. 7.960/89 chame-se “temporária”, todas as formas de prisão, obviamente, são temporárias, na medida em que não duram para sempre.⁵⁰⁷ A diferença é que as prisões processuais, gênero do qual a prisão temporária é espécie, além de temporárias, nascem sob o signo da *temporiedade*. Assim, *prisão temporária* é apenas um nome, não servindo como indicativo da natureza da prisão de que se cuida.

Os pressupostos da prisão temporária vêm arrolados no artigo 1º da Lei n. 7960/89. Sua redação indica que não precisam ocorrer

⁵⁰⁶. “Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para (...) colher qualquer elemento de convicção”.

⁵⁰⁷. Cf. observação nesse sentido de PITOMBO, Sérgio M. de Moraes. Prisão temporária e crise urbana. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, n. 603, p. 294: “*Temporária*, note-se emerge qualquer prisão, no nosso sistema. Seja ela civil, penal, administrativa ou processual. É só temporário o que dura algum tempo; o transitório e o *provisório*. Já o oposto acha-se no perene. Encontra-se no que surge *perpétuo*. Ora, no Brasil inexistente *prisão perpétua* (...)”.

simultaneamente para legitimar-se a medida. Com essa afirmação não concorda ANTONIO SCARANCE FERNANDES, para quem os requisitos devem se somar para legitimar-se a prisão temporária.⁵⁰⁸

Utiliza esse autor, para fundamentar sua conclusão, o recurso de, interpretando literalmente os dispositivos da Lei n. 7.960/89, chegar a resultados absurdos.⁵⁰⁹ Um exame detalhado dos incisos do artigo 1º da referida lei, entretanto, leva a concluir que as hipóteses não precisam se somar para legitimar-se a medida. O advérbio de tempo “quando”, colocado em cada um dos incisos, permite chegar-se tranqüilamente a essa conclusão. Se o *caput* do artigo 1º da Lei n. 7.960/89 enunciasse “Caberá prisão temporária quando” e arrolasse as hipóteses, a razão estaria com ANTONIO SCARANCE FERNANDES: as hipóteses pertencem à mesma ocasião. Ao contrário, o *caput* do referido artigo não contém o advérbio de tempo, que está colocado em cada inciso do artigo, o que indica que as hipóteses podem ocorrer separadamente.

Manifesta entendimento semelhante, com fortes argumentos, DIAULAS COSTA RIBEIRO:

Dúvidas, por exemplo, quanto à necessidade de se conjugar as exigências dos três incisos para se decretar a prisão, ou a autonomia de cada um deles.

Nunca concordei com essa primeira solução, que exigia um concerto entre os três incisos. No que pese ser uma respeitável

⁵⁰⁸. FERNANDES, Antonio Scarance. Prisão temporária e “fermo”: estudo comparativo. *In: Justitia*. São Paulo: Procuradoria-Geral de Justiça e Associação Paulista do Ministério Público, 1992, n. 157, p. 28 e *in: Fascículos de ciências penais: penas e prisões*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992, ano 5, v. 5, n. 3, p. 85.

⁵⁰⁹. FERNANDES, Antonio Scarance. *Idem*, p. 85: “(...) bastaria que alguém não tivesse residência fixa e em qualquer infração penal poderia ser preso, com base no inciso II, do art. 1º”.

opinião, tem ela, por conseqüência lógica, a restrição da prisão temporária aos crimes do n. III, e ainda se presentes as condições dos ns. I ou II, o que não é, creio a forma correta de aplicá-la. Se fosse essa a sua melhor interpretação, não haveria qualquer razão para se dividir o art. 1º em incisos. A interpretação topográfica, apesar de não ser essencial, é significativa. Os incisos, no sistema legislativo brasileiro, sempre foram unidades autônomas entre si, vinculadas ao preceito do parágrafo ou do artigo, como é o caso.⁵¹⁰

Isso não significa que a prisão temporária pode ser utilizada com objetivos iníquos: *é preciso*, antes de tudo, *que ela seja*, ao menos, *útil às investigações*, sendo que a *utilidade* só se legitima a partir de uma relação de *proporcionalidade* da medida com a gravidade do crime tratado. Repetindo VICENTE GRECO FILHO, está claro que, a prisão temporária deve ser interpretada dentro do sistema geral das prisões processuais e não como um puro e simples instrumento de perseguição.⁵¹¹

O pressuposto que se apresenta em primeiro lugar é o da imprescindibilidade da prisão provisória para as investigações do inquérito policial.⁵¹² A imprescindibilidade é um conceito aberto, cujas hipóteses de ocorrência devem ser delimitadas pela jurisprudência. Advirta-se que “utilidade”, ainda que levada ao seu grau máximo, não se confunde com “imprescindibilidade”. Imprescindível é a qualidade do que não se pode dispensar,

⁵¹⁰. RIBEIRO, Diaulas Costa. Prisão temporária: (Lei 7.960, de 21.12.89): um breve estudo sistemático e comparado. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, n. 707, p. 272.

⁵¹¹. GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 240.

⁵¹². Artigo 1º, inciso I, da Lei n. 7.960/89: “Caberá prisão temporária (...) quando imprescindível para as investigações do inquérito policial”.

renunciar, ao menos sem uma perda absolutamente relevante. Útil é o que ajuda, auxilia, otimiza, mas não é essencial.

É importante essa afirmação porque, dada a estrutura inquisitória do inquérito policial, a prisão do indiciado será quase sempre útil para a autoridade policial. Conforme escreve FRANCO CORDERO, “*l'affare inquisitorio esige lunghe clausure dove i pazienti, macerati dall'atesa, diventino comodamente manipolabili: expediente istruttorio, tale custodia è un ferro del mestieri; in ambiente normale l'inquisito non confesserebbe*”.⁵¹³

O desinteresse pela prisão do indiciado, por parte da autoridade policial, ocorre, por vezes, quando o crime investigado é de pouca importância; nesses casos, a autoridade policial pode chegar a negligenciar a prisão do indiciado, seja porque não tem espaço para recolher o indiciado com segurança, seja porque não tem recursos para alimentá-lo na cadeia, seja por perceber que o incômodo que terá com as investidas dos parentes do preso temporário anulará os eventuais benefícios da prisão, para as investigações.

Mas é preciso que não haja engano: para o Delegado de Polícia, autoridade inquisidora que é, a situação perfeita é do indiciado preso, à sua disposição. A imprescindibilidade da prisão é, pois, um *plus* a essa utilidade.

Além disso, a prisão temporária deve estar especificamente justificada. Isso quer dizer que, salvo as exceções estabelecidas pela própria lei, nos demais incisos do artigo 1º da Lei n. 7.960/89, não será possível a prisão temporária sob a simples alegação de que se

⁵¹³. CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Milão: Giuffrè, 1991, p. 431. Tradução livre: “o trabalho inquisitório exige longos tempos de prisão nos quais os pacientes, dilacerados pela espera, tornam-se comodamente manipuláveis: expediente inquisitório, essa custódia é um osso do ofício; em um ambiente normal o indiciado não confessaria”.

trata de medida imprescindível às investigações; será necessário que a autoridade policial ao menos descreva qual a diligência que está a depender, para sua realização, da prisão temporária do indiciado e em que medida a privação de sua liberdade viabilizará as ditas diligências.

O pressuposto apresentado pelo artigo 1º, inciso II, da Lei n. 7.960/89, apresenta exceções ao postulado exposto acima. Diz o referido dispositivo: “Caberá prisão temporária (...) quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade.”

Eis aí duas hipóteses em que a prisão do indiciado é utilíssima às investigações, mas não essencial. O Delegado de Polícia, em determinadas situações, pode dispensar a presença do indiciado ao alcance de sua mão; interroga-o, recolhe dele material gráfico, ou outra espécie de material para exames periciais, e já não mais precisa dele. Pode deixá-lo solto e as investigações não sofrerão perda substancial. Pois bem. Se o indiciado não tem residência fixa ou não tem identidade certa, nem fornece elementos seguros para o esclarecimento de sua real identidade, a lei permite a prisão temporária, independentemente de outra justificação. É uma situação de utilidade e não de imprescindibilidade, excepcionada pela própria lei processual penal. Está claro que se a prisão temporária do indiciado -- que tem residência e identidade certas -- for imprescindível às investigações, poderá ser decretada, agora com base no artigo 1º, inciso I, da Lei n. 7.960/89; mas a revelação da diligência a ser realizada e a apresentação do porquê da imprescindibilidade são procedimentos necessários à legitimação de tal espécie de prisão.

A prisão temporária também poderá ser decretada,

independentemente da imprescindibilidade, no caso de suspeita da prática dos crimes citados no inciso III do artigo 1º da dita lei.⁵¹⁴

A redação do referido inciso é deveras defeituosa. Nele se lê: “Caberá prisão temporária (...) quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal [SIC], de autoria ou participação [SIC] do indiciado nos seguintes crimes (...)”.

Essa redação tosca mereceu severa crítica de EDMUNDO OLIVEIRA:

Ora, que vêm a ser “razões de autoria ou participação”? Isso não tem sentido! Ao passo que a expressão “fundada suspeita” [utilizada pela Medida Provisória n. 111/89, que deu origem à lei] tem amparo na linguagem da Psicologia e na do Direito. Que é a suspeita? *Suspectare* é uma palavra latina que significa *ver do alto*. Quem vê do alto colhe uma primeira impressão que não abarca as minúcias, mas que é, em todo o caso, baseada na realidade.⁵¹⁵

A suspeita da prática desses crimes por parte do indiciado

⁵¹⁴. São eles: a) homicídio doloso (art. 121, *caput*, e seu § 2º); b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, *caput*, e seus §§ 1º e 2º); c) roubo (art. 157, *caput*, e seus §§ 1º, 2º e 3º); d) extorsão (art. 158, *caput*, e seus §§ 1º e 2º); e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, *caput*, e seus §§ 1º, 2º e 3º); f) estupro (art. 213, *caput*, e sua combinação com o art. 223, *caput*, e parágrafo único); g) atentado violento ao pudor (art. 214, *caput*, e sua combinação com o art. 223, *caput*, e parágrafo único); h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223, *caput*, e parágrafo único); i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, *caput*, combinado com o art. 285); l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei n. 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas; n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976); o) crimes contra o sistema financeiro (Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986).

⁵¹⁵. OLIVEIRA, Edmundo. Prisão temporária. In: ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de (org.). Ciência e política criminal em honra de Heleno Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 159.

dispensa, conforme dito, o requisito da imprescindibilidade da prisão temporária. Todavia, deve estar presente, ao menos, o requisito da utilidade da prisão, sem o que estar-se-ia permitindo medida grandemente prejudicial ao indiciado sem qualquer motivação jurídica relevante. Está claro que a lei processual penal não poderia compactuar com semelhante desfaçatez para com o *status libertatis* de pessoas simplesmente suspeitas da prática de infrações penais, ainda que graves.

Quanto à natureza jurídica da prisão temporária, tema central do presente estudo, pode-se afirmar que se trata de *medida* caracteristicamente *cautelar*.

Essa conclusão é autorizada por um silogismo do tipo aristotélico. Sua premissa maior: o inquérito policial é uma *medida cautelar complexa*. Sua premissa menor: a prisão temporária é uma medida destinada exclusivamente a garantir a otimização do inquérito policial. Conclusão: *a prisão temporária é uma medida cautelar*.

A premissa maior será desenvolvida adiante. Por ora, basta afirmar que as investigações em sede de inquérito policial são preventivas, isto é, somente se justificam na medida em que acautelam diversas situações, desde a prova, em si, até a versão que a prova corporifica. Conforme escreve WALTER FANGANIELLO MAIEROVITCH, a prisão provisória “assegura, imediatamente, o bom êxito da persecução. Mediamente, constitui instrumento que garantirá o provimento jurisdicional a ser lançado no processo de conhecimento”.⁵¹⁶

A prisão temporária, que exclusivamente serve o inquérito policial é, como ele, *medida cautelar*. Somente se justifica porque as

⁵¹⁶. MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. *Prisão temporária*. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, n. 680, p. 326.

investigações precisam se realizar antes do desvanecimento dos elementos de convicção, sob pena de sua completa inutilidade. Se imprescindível⁵¹⁷ ou útil⁵¹⁸ às investigações, a prisão temporária tem natureza *cautelar*, porque *urgente* -- e, portanto, *sumária formal* e *materialmente* -- e baseada na *aparência*. Além disso, é *temporária* e incapaz de gerar a *coisa julgada material*. É, por fim, *referível* à pretensão de direito material que arrima o processo penal condenatório.

⁵¹⁷. Artigo 1º, inciso I, da Lei n. 7.960/89.

⁵¹⁸. Artigo 1º, incisos II e III, da Lei n. 7.960/89.

Capítulo 2 - AS MEDIDAS PROTETIVAS DA LIBERDADE DO IMPUTADO

0. Introdução

Pode-se afirmar que o Código de Processo Penal, em sua formulação atual, dispõe de uma grande quantidade de medidas protetivas da liberdade do imputado. Essa quantidade permite afirmar que, iniciada uma persecução penal, é maior a probabilidade do imputado se defender solto do que preso, exceto no caso dos crimes hediondos e equivalentes e salvo, obviamente, situações pessoais.

Contudo, para uma perfeita compreensão do quadro atual, é preciso deixar registrado que o Código de Processo Penal não nasceu com tamanha vocação libertária. Ao contrário, logo que foi editado, com sua estrutura predominantemente inquisitória, pode-se afirmar que seu pendor era no sentido da ampliação da função repressiva do processo penal condenatório.⁵¹⁹ A leitura de parte de sua Exposição de Motivos é, uma vez mais, esclarecedora:

II - De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinqüem.

O desenvolvimento da legislação processual penal -- e não somente do Código de Processo Penal -- até os dias atuais, foi no sentido do arrefecimento da sua vocação repressiva. Se fosse o caso

⁵¹⁹. Cf., a respeito da estrutura predominantemente inquisitória do processo penal brasileiro, RAMOS, João Gualberto Garcez. Audiência processual penal: doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, 477 p.

de valorar essa desenvolvimento, poder-se-ia afirmar, por amor à verdade científica, que teve ela muito de positivo e muito de negativo. Mas é simplesmente impossível precisar, sem um fundo engajamento ideológico, se o seu saldo é favorável ou não. Além disso, não é objetivo central do presente estudo definir-se filosófica ou politicamente a respeito do tema

O fato é que, no momento atual, a quantidade de oportunidades de um imputado esperar em liberdade seu julgamento é bem maior do que as que existiam no momento da edição do Código de Processo Penal. Se esse fato é positivo ou negativo é impossível afirmar -- conforme já frisado acima -- sem armar-se de fortes preconceitos ideológicos, correndo o altíssimo risco de ser, no mínimo, impreciso na análise.

Talvez seja o caso de deixar registrado que, de cada lado, muitas das críticas e muitos dos elogios ao desenvolvimento do processo penal brasileiro, no campo da proteção à liberdade do imputado, são tão apaixonados quando acrílicos; e, só de ler algumas linhas a respeito do tema, por parte de autores de nomeada, é perfeitamente possível vislumbrar-lhes a concepção ideológica e, por vezes, até a atividade profissional desenvolvida...

Seja como for, um efeito a evolução do processo penal brasileiro inegavelmente teve: a quebra da sistemática original, com o ensejamento de alguns paradoxos difíceis de resolver logicamente. Também aqui não são cabíveis considerações de valor. Essa quebra era inevitável, dada a evolução da sociedade e a necessidade de modernização de algumas regras e somente não teria ocorrido se o legislador tivesse optado por um Código de Processo Penal

organicamente novo, o que por diversas vezes tentou,⁵²⁰ sem obter êxito. Daí a inevitabilidade de alguns paradoxos, os quais devem ser resolvidos pela doutrina do processo penal.

Por tudo isso, a tarefa de quem se propõe a um estudo sério a respeito do tema deve iniciar pela reconstrução da sistemática original, com a demonstração das modificações sofridas e dos efeitos advindos dessas alterações.

O sistema original do Código de Processo Penal, no campo da liberdade ou prisão do imputado, previa apenas quatro situações, das quais apenas excepcionalmente se podia fugir: *i*) infração penal em que era possível a liberdade independentemente da prestação de fiança, *ii*) infração penal afiançável, *iii*) infração penal inafiançável e *iv*) infração penal que, além de ser inafiançável, impunha a prisão preventiva obrigatória, todas arroladas na ordem crescente de gravidade.

Uma quinta situação se podia colocar, tendo em vista apenas a situação pessoal do imputado, nos casos de infrações penais “afiançáveis”. Dela tratar-se-á adiante, quando se cuidar dessa espécie de infrações penais.

Tratem-se, primeiramente, das infrações penais, em geral contravenções penais e crimes de bagatela, das quais o imputado,

⁵²⁰. A referência é feita *i*) ao Projeto de Processo Penal de autoria de Hélio Tornaghi, enviado ao Congresso em 1963, durante o Governo de Jânio Quadros (sendo Ministro da Justiça Oscar Pedroso Horta), *ii*) ao Projeto de Código de Processo Penal de Frederico Marques, elaborado em 1970 e enviado ao Congresso em junho de 1975, durante o governo de Ernesto Geisel (sendo Ministro da Justiça Armando Ribeiro Falcão) e *iii*) ao Projeto de Código de Processo Penal de autoria coletiva (participaram de sua elaboração Rogério Lauria Tucci, Francisco de Assis Toledo e Hélio Fonseca e, da sua revisão, Francisco de Assis Toledo, Rogério Lauria Tucci, José Frederico Marques e Jorge Alberto Romeiro) enviado ao Congresso em junho de 1983, durante o governo de João Figueiredo (sendo Ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel).

uma vez preso em flagrante, se livrava solto independentemente da prestação de fiança. Regulava a matéria o artigo 321 do Código de Processo Penal.⁵²¹⁻⁵²²

Entre essas infrações contavam-se as que não tinham, dentre as sanções cominadas, isolada, cumulativa ou alternativamente, pena privativa de liberdade, bem como as que apresentavam pena privativa de liberdade cominada, até um máximo de três meses. As únicas exceções possíveis, que geravam a inafiançabilidade dessas infrações, ocorriam no caso de reincidência específica do imputado e no caso de haver prova, no processo, de ser ele vadio -- ambas aplicáveis se a infração penal tratada fosse punida com pena privativa de liberdade, de qualquer quantidade.

Com relação a essas infrações penais não se colocava, obviamente, a questão da prestação de fiança, salvo no caso de

⁵²¹. “Ressalvado o disposto no art. 323, ns. III e IV, o réu livrar-se-á solto, independentemente de fiança: I - no caso de infração, a que não for, isolada, cumulativa ou alternativamente, cominada pena privativa de liberdade; II - quando o máximo da pena privativa de liberdade, isolada, cumulativa ou alternativamente cominada, não exceder a três meses”.

⁵²². A medida é tradicional no processo penal brasileiro. Dispunha o artigo 100, primeira parte, da Lei de 29 de novembro de 1832 (Código de Processo Criminal de Primeira Instância): “Nos crimes, que não tiverem maior pena do que a de seis meses de prisão, ou desterro para fora da Comarca, poderá o réu livrar-se solto (...)”. Dispunha, além disso, o artigo 299 do Regulamento n. 120, de 31 de janeiro de 1842: “A fiança não é precisa, porque neles os réus se livrarão soltos, nos crimes a que não estiver imposta pena maior que a de multa até cem mil réis, prisão, degredo, ou desterro até seis meses, com multa correspondente à metade desse tempo, ou sem ela, e três meses de Casa de Correção, ou oficinas públicas”. Esses dois diplomas atendiam ao mandamento constitucional de então (artigo 179, inciso IX, da Constituição brasileira de 25 de março de 1824) assentava: “Ainda com culpa formada, ninguém será conduzido à prisão, ou nela conservado estando já preso, se prestar fiança idônea, nos casos que a Lei a admite; e em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis meses de prisão, ou desterro para fora da comarca, poderá o Réu livrar-se solto”.

suspeita da prática de duas infrações penais punidas com pena privativa de liberdade de, no máximo, três meses, se a soma delas ultrapassasse esse patamar. Nesse caso, poderia ser considerada a fiança para condicionar a concessão da liberdade vinculada.

A respeito dessa espécie de infrações penais e dos seus efeitos sobre o *status libertatis* do imputado, escreveu EDUARDO ESPÍNOLA FILHO:

Se qualquer das infrações (...) traz, pela sua gravidade, o resultado de, havendo prisão em flagrante, ou sendo decretada prisão preventiva, dever o réu sujeitar-se, inevitavelmente ao processo em custódia, outras violações da lei penal são consideradas de tão pequena importância que, embora se compreenda a necessidade social de reprimi-las, não são reputadas em ordem a deverem acarretar a prisão, em qualquer das suas modalidades, como punição definitiva, ou, em caso contrário, a privação da liberdade é por muito pequeno período de tempo, não se justificando, em consequência, a sujeição ou conservação em custódia antes de solucionada a causa.⁵²³

Para essas infrações penais, além de não ser necessária a prestação de fiança, também não se colocava a necessidade de qualquer compromisso assumido por parte do imputado por ocasião de sua soltura, razão pela qual JOSÉ FREDERICO MARQUES denominava essa forma de liberdade de “não vinculada”.

Não se confunda com a chamada *liberdade provisória* (ou liberdade vinculada), a liberdade pessoal de que usufrui o réu nos casos mencionados no art. 321 do Cód. de Proc. Penal. É que os ônus processuais impostos ao réu, quando pode livrar-se solto, independente de fiança e por força da norma do art. 321, não

⁵²³. ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de processo penal brasileiro anotado. 3. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. 3, p. 469.

atingem, se descumpridos, ao seu *status libertatis*.⁵²⁴

A segunda situação disciplinada pelo sistema original do Código de Processo Penal se referia aos “crimes afiançáveis”.

Entre essas infrações era possível encontrar as punidas com pena privativa de liberdade, no grau máximo, além dos três meses, e as infrações penais não compreendidas nas hipóteses relacionadas pelo artigo 323 do Código de Processo Penal. Foi o que expôs JOSÉ FREDERICO MARQUES:

A afiançabilidade, ou não, do fato delituoso atribuído ao réu ou indiciado é regulada, no início da *persecutio criminis*, ou ao instaurar-se a instância, pela pena abstratamente cominada à figura típica em que aquele fato se enquadra: se a *sanctio juris* traduzir-se em pena de detenção, afiançável será a infração penal imputada ao réu; e se a pena for a de reclusão, somente se admitirá a liberdade provisória, quando não ultrapassar a dois anos, na cominação abstrata para a pena máxima, e desde que o réu tenha mais de 70 anos, ou menos de [21] anos.

Isso na hipótese de ter de aplicar-se o art. 323, n. I, do Cód. de Proc. Penal, pois que nos casos do art. 323, n. II, do citado Código (...) afere-se da afiançabilidade unicamente pela natureza da infração.⁵²⁵

Apesar da vocação repressiva de todo o diploma, o artigo 322

⁵²⁴. MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1965, v. 4, p. 172-173.

⁵²⁵. MARQUES, José Frederico. *Idem*, p. 134. No texto, tal como se encontra impresso, FREDERICO MARQUES se refere, certamente por engano, aos menores de 18 anos, que não são alcançados pela norma processual penal, quando o artigo 323, inciso I, do Código de Processo Penal, em que se baseou, refere-se expressamente aos menores de 21 anos. Daí porque foi feita a correção do trecho transcrito.

do Código de Processo Penal⁵²⁶ apresentava uma redação que primava pela peremptoriedade e que jamais poderia ser inquinada de opressiva. Estabelecia tal dispositivo que, salvo as exceções postas pela lei, uma vez prestada a fiança, ninguém seria levado à prisão ou nela conservado. No caso de ocorrência de prisão em flagrante, assim como na hipótese anterior, o auto de prisão em flagrante manteria apenas sua função cautelar instrutória, voltada à conservação dos elementos de convicção para futura utilização no processo penal de conhecimento. EDUARDO ESPÍNOLA FILHO tratou do tema:

Embora possa, à primeira vista, parecer uma iniquidade, pela desigualdade de tratamento que traduz, em atenção às possibilidades pecuniárias dos delinqüentes, a admissão de soltura provisória dos presos, ainda não definitivamente condenados, quando prestem caução em dinheiro, a fiança permanece como um instituto familiar ao processo penal, de todos os tempos, em qualquer lugar.⁵²⁷

A acusação de iniquidade, à qual EDUARDO ESPÍNOLA FILHO não adere, não parece justa, principalmente em face do disposto no artigo 350, *caput*, do Código de Processo Penal, vigente até hoje.

Além disso, na construção do sistema relativo à fiança, a antecedência não foi uma qualidade pela qual se notabilizaram os autores do Código de Processo Penal. Se eles a tivessem, estariam previamente advertidos de que em uma nação com economia frágil, como o Brasil, diversos períodos inflacionários se seguiriam à edição daquele diploma. Com isso, teriam evitado o sistema de fixação dos

⁵²⁶. “Ninguém será levado à prisão ou nesta conservado, se prestar fiança, nos casos em que a lei não a proibir”. A redação atual do artigo 322 foi determinada pela Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977.

⁵²⁷. ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de processo penal brasileiro anotado. 3. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. 3, p. 484.

valores da fiança na própria lei; ou dando ao Juiz liberdade na sua fixação, ou adotando valores de referência máximos e mínimos, ou criando uma norma processual penal em branco, possibilitando ao Poder Executivo fixar novos valores à medida em que isso parecesse necessário.

Porém, o sistema original do Código de Processo Penal acabou por consagrar o artigo 325, que fixou valores de fiança na própria lei -- ainda em réis e contos de réis⁵²⁸ -- sem a previsão de mecanismo de atualização. Do processo de debilitação desses valores e da desmoralização do sistema tratar-se-á adiante.

Uma situação intermediária entre a das infrações penais afiançáveis e as que geravam a liberdade independentemente da prestação de fiança era criada e disciplinada, conforme já registrado acima, pelo artigo 350 do Código de Processo Penal.

Nesses casos, estando sob exame infrações penais afiançáveis e concorrendo os requisitos atinentes à matéria e mais um -- o estado de pobreza do imputado -- era possível a liberdade vinculada, sem a prestação de fiança, substituída por um comprometimento expresso e escrito de cumprir as obrigações estabelecidas pelos artigos 327⁵²⁹ e

⁵²⁸. “O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder, nos limites seguintes: de duzentos mil réis a cinco contos de réis, quando se tratar de infração punida, no grau máximo, com detenção ou prisão simples até um ano; de quinhentos mil réis a dez contos de réis, quando o máximo da pena não for além de dois anos; de setecentos mil réis a quinze contos de réis, quando não for além de três anos; de um conto a vinte contos de réis, quando for maior de três anos”. Esse dispositivo foi objeto de inúmeras alterações, posteriormente.

⁵²⁹. “A fiança tomada por termo obrigará o afiançado a comparecer perante a autoridade, todas as vezes que for intimado para atos do inquérito e da instrução criminal e para julgamento. Quando o réu não comparecer, a fiança será havida como quebrada”.

328⁵³⁰ do Código de Processo Penal. Eis a explicação dada por JOSÉ FREDERICO MARQUES:

Pressupostos da liberdade provisória sem fiança são, em primeiro lugar, todos aqueles requisitos exigidos para a concessão da fiança criminal: é o que se deduz da própria linguagem do texto legal, visto que o citado art. 350 do Cód. de Proc. Penal só admite a liberdade vinculada sem caução *nos casos em que couber fiança*.

Imprescindíveis se apresentam, portanto, para a concessão da liberdade provisória sem fiança, todos os requisitos, pressupostos ou condições de admissibilidade constantes dos artigos 323 e 324 do Cód. de Proc. Penal (...).

Mas para que se dispense o ônus da caução, ao réu, cumpre que, além desses pressupostos, mais um outro esteja presente: o seu estado de pobreza. Não se tratando de réu pobre, a liberdade provisória somente será concedida, se cabível, mediante prestação de fiança (...).⁵³¹

As duas hipóteses seguintes, a rigor, não tratam de medidas protetivas da liberdade, mas de situações em que a liberdade é vedada. É preciso tratar delas unicamente para possibilitar uma visão panorâmica do sistema original do Código de Processo Penal, tema deste item. Essas situações, contudo, exatamente pela razão de que não protegem, mas vulneram, o direito de liberdade do imputado, não serão tratadas nos itens seguintes.

Examinem-se agora os chamados “crimes inafiançáveis”, sob a ótica do sistema original do Código de Processo Penal.

⁵³⁰. “O réu afiançado não poderá, sob pena de quebramento da fiança, mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, ou ausentar-se por mais de oito dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado”.

⁵³¹. MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1965, v. 4, p. 166-167.

A estes, na visão primitiva, foi reservado o segundo tratamento mais rigoroso do sistema. O artigo 323, em sua primeira redação,⁵³² estabelecia quais os crimes ditos “inafiáveis”. O artigo 324,⁵³³ por sua vez, disciplinava situações pessoais que tornavam um determinado imputado insuscetível de ser beneficiado pela fiança, ainda que se tratasse de crime afiável. Embora na prática as conseqüências dos dois tratamentos fossem as mesmas, é necessário registrar a diferença.

Estando em causa qualquer desses crimes e ocorrendo prisão em flagrante, o imputado deveria permanecer preso até o final do processo, sem exceções possíveis; JOSÉ FREDERICO MARQUES, inclusive, sustentava que a necessidade da prisão, nesses casos, fundava-se em presunção absoluta.⁵³⁴ O Juiz poderia decretar a

⁵³². “Não será concedida fiança: I - nos crimes punidos com pena de reclusão, salvo ao réu maior de setenta anos ou menor de vinte e um, no caso de não ser superior a dois anos o máximo da pena cominada; II - nas contravenções previstas nos artigos 50, 51 e seu parágrafo 1º, 52 e seu parágrafo, 53 e seu parágrafo, 54 e seu parágrafo, 58, 59 e 60 da Lei das Contravenções Penais; III - nos crimes ou contravenções punidos com pena privativa de liberdade, se o réu já tiver sido condenado por infração penal da mesma natureza em sentença irrecorrível; IV - em qualquer caso, se houver no processo prova de ser o réu vadio”. Essa é, note-se, a redação original do artigo 323, que foi alterado, posteriormente, pela Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977, que, inclusive, acrescentou um inciso ao dispositivo.

⁵³³. “Não será, igualmente, concedida fiança: I - aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se refere o art. 350; II - em caso de prisão por mandado do juiz do cível, de prisão disciplinar, administrativa ou militar; III - ao que estiver no gozo de suspensão condicional da pena ou de livramento condicional, salvo se processado por crime culposo, ou contravenção penal que admita fiança”. A Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977 acrescentou um inciso a esse artigo.

⁵³⁴. MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1965, v. 4, p. 42.

prisão preventiva do imputado, obviamente, caso presentes os requisitos ditados pelo artigo 313 do Código de Processo Penal.⁵³⁵ O fato é que, ocorrendo a prisão em flagrante, a manutenção do réu preso era obrigatória e automática.

A respeito, escreveu EDUARDO ESPÍNOLA FILHO:

Se estiver em foco crime punido com pena de reclusão, que, no grau máximo, for inferior a dez anos e superior a três meses, o réu, tendo sido preso em flagrante, preso se conservará até a apreciação do processo pelo juiz de primeira instância. E poderá ser decretada a sua prisão preventiva, se, verificando provada a existência da infração na sua materialidade e a autoria apontada por indícios suficientes, o juiz vir conveniência ou necessidade na tomada de tal medida, como garantia da ordem pública, ou para assegurar a marcha e o curso normais da instrução criminal e o cumprimento da pena porventura imposta afinal (...).⁵³⁶

Cuidem-se, por fim, dos crimes inafiançáveis e de prisão preventiva obrigatória.

⁵³⁵. “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal: I - nos crimes inafiançáveis, não compreendidos no artigo anterior [refere-se aos crimes inafiançáveis a cujos autores dever-se-ia, obrigatoriamente, decretar a prisão preventiva]; II - nos crimes afiançáveis, quando se apurar no processo que o indiciado é vadio ou quando, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou indicar elementos suficientes para esclarecê-la; III - nos crimes dolosos, embora afiançáveis, quando o réu tiver sido condenado por crime da mesma natureza, em sentença transitada em julgado”. A redação atual desse artigo foi determinada pela Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977.

⁵³⁶. ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de processo penal brasileiro anotado. 3. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. 3, p. 465.

O artigo 312, em sua redação original,⁵³⁷ estabelecia o tratamento para esses crimes. No caso de sua ocorrência, e ainda que não houvesse prisão em flagrante, o Juiz deveria decretar a prisão preventiva. Obviamente, no caso de ocorrência de prisão em flagrante, a liberdade, ainda que vinculada, estaria vedada. Nesses casos, a esperança de liberdade para o imputado era virtualmente inexistente.

Escreveu EDUARDO ESPÍNOLA FILHO:

Uma inovação do Código nacional está na catalogação, entre os casos de prisão preventiva, do em que, pela gravidade da infração, é essa medida de decretação obrigatória, se reunidos os dois requisitos gerais -- a prova da existência da infração, na sua materialidade, e a designação do autor, por indícios bastantes e sérios. Os termos do art. 312 (...) são categóricos, retirando todo poder de apreciação do juiz, salvo quanto a verificação dessas duas condições. Provado haver infração da lei penal, apontada a autoria, por indícios suficientes, se o crime for punido, no grau máximo, com pena igual ou superior a dez anos de reclusão, cessa, para o juiz, todo o poder de considerar a conveniência, ou a necessidade, de tal medida; a decretação da prisão preventiva passa a constituir um dever do magistrado.⁵³⁸

Por fim, é preciso deixar registrado que nas duas hipóteses em que, preso em flagrante o imputado, deveria ficar preso (dada a inafiançabilidade do crime) ou prestar fiança, havia a possibilidade de liberdade vinculada, sem a prestação de fiança, mas apenas

⁵³⁷. “A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos”. A redação atual desse artigo foi determinada pela Lei n. 8.884, de onze de junho de 1994.

⁵³⁸. ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de processo penal brasileiro anotado . 3. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. 3, p. 371.

mediante o compromisso de comparecimento a todos os “atos do processo”, conforme estabelece o artigo 310, *caput*, do Código de Processo Penal, desde que o Juiz percebesse, somente da análise dos elementos de convicção, que o imputado praticou a infração penal acobertado por causa de exclusão da tipicidade material (ou ilicitude, para alguns autores, ou antijuridicidade, para outros).

Esse o quadro na sistemática original do Código de Processo Penal, o qual se alterou sobremaneira com o curso do tempo, conforme será visto adiante.

Antes de prosseguir, é preciso que sejam recordados os critérios para a análise da natureza jurídica das medidas de urgência, cabíveis também na análise das dirigidas à proteção da liberdade do imputado.

Serão cautelares as que apresentarem os requisitos da *urgência*, da *sumariedade formal*, da *sumariedade material*, da *referibilidade*, da *aparência*, da *temporiedade* e da *incapacidade de gerar coisa julgada material*. Serão *antecipatórias*, em princípio, as que não apresentarem qualquer dessas características. A falta de referibilidade faz com que as medidas se tornem *atos de polícia judiciária* meramente inseridos em processo penal condenatório.

1. A liberdade não-vinculada e independente de fiança

Conforme visto anteriormente, as infrações penais mais brandamente tratadas eram aquelas cuja prisão em flagrante tinha apenas a função cautelar instrutória, de preservação dos elementos de convicção emergentes do fato da prisão.

Em outras palavras, eram as infrações penais cuja prisão em

flagrante não se mantinha de forma alguma, mesmo que esse, absurdamente, fosse o desejo do imputado. Apenas para rememorar, a hipótese era denominada por JOSÉ FREDERICO MARQUES de “liberdade não vinculada”.⁵³⁹

Na atualidade, regulam a matéria o artigo 69, *caput*,⁵⁴⁰ e seu parágrafo único,⁵⁴¹ ambos da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.⁵⁴² Comenta-o FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO:

*Não se deve deslembrar que, atualmente, as contravenções e os crimes apenados com detenção até um ano no máximo, não sujeitos a procedimento especial, são considerados de menor potencial ofensivo, sujeitando-se às disposições da Lei do Juizado Especial Criminal e, segundo dispõe o parágrafo único do art. 69 da Lei n. 9.099/95, nesses casos pode até a autoridade policial deixar de lavrar o auto, limitando-se à confecção do termo circunstanciado, encaminhando-o, a seguir, ao Juizado Especial ou ao próprio Juiz de Direito se ainda não houver instalado aquele órgão, salvo se a prisão do contraventor ocorrer em outra Comarca. Nesse caso, o auto será lavrado no lugar da prisão (art. 332 do CPP), fazendo-se a remessa ao Juizado do lugar em que se consumou a infração.*⁵⁴³

Está mais do que claro que a Lei n. 9.099/95 trouxe modificações importantes para o processo penal brasileiro, pois

⁵³⁹. MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1965, v. 4, p. 172-174.

⁵⁴⁰. “A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários”.

⁵⁴¹. “Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao Juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança”.

⁵⁴². “Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências”.

⁵⁴³. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 517.

implementou mandamento constitucional de há muito ansiado⁵⁴⁴ e foi além, dando tratos à idéia de um “processo penal consensual”. Com tudo isso, pela intensidade e pela abrangência, representou uma quase inédita reação contra o *status quo ante*, e somente isso já faz com que valha a pena a experiência que, entre nós, enseja.

No caso das antigamente denominadas infrações penais de que o imputado se livrava solto independentemente de fiança, houve, em primeiro lugar, modificação de nomenclatura. Elas hoje se chamam de “infrações penais de menor potencial ofensivo”. Além disso, o artigo 61 da Lei n. 9.009/95 ampliou-lhes o rol, na medida em que o limite máximo de pena privativa de liberdade, para serem entendidas como de bagatela (outro nome para “menor potencial ofensivo”) saltou dos antigos três meses para um ano, atualmente. Embora o referido dispositivo não mencione, é óbvio que as infrações penais não punidas com pena privativa de liberdade são de “menor potencial ofensivo”. Nesse sentido, o artigo 321, inciso I, do Código de Processo Penal,⁵⁴⁵ encontra-se em vigor e continua tendo importância para a compreensão da matéria.

Dir-se-á que não se pode mais prender em flagrante; permite-se apenas lavrar “termo circunstanciado”, salvo o improvável caso de

⁵⁴⁴. Trata-se do artigo 98, inciso, I, da Constituição: “A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão (...) juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”.

⁵⁴⁵. “Ressalvado o disposto no artigo 323, III e IV [refere-se ao imputado que já tenha sido definitivamente condenado por outro crime doloso e ao imputado vadio] o réu livrar-se-á solto, independentemente de fiança (...) no caso de infração, a que não for, isolada, cumulativa ou alternativamente, cominada pena privativa de liberdade”.

recalcitrância na assinatura do compromisso de comparecer ao juizado. Contudo, como nesses casos, antigamente, era permitida a prisão em flagrante apenas para possibilitar o registro dos elementos de convicção, dê-se que o indiciado se livrava solto, independentemente de fiança, o moderno “termo circunstanciado” não inova, substancialmente, com relação àquele. Durante a lavratura do “termo circunstanciado” o direito de ir e vir do suspeito fica, natural e legitimamente, coarctado. Após a lavratura esse direito torna a ser completo, sem qualquer contrapartida, a não ser o compromisso de comparecer ao juizado.

Nesse particular setor, a modificação mais relevante talvez tenha sido -- se é permitida a expressão -- de “marketing jurídico”. Isso porque, com o passar do tempo, as autoridades pareciam ter “desaprendido” como deveriam tratar os autores das infrações penais “anãs”. De um lado, por consciência ou sensação de que o processo penal era “enorme” para a sua persecução; de outro, por falta de conhecimento ou negligência pura e simples. Há leis que, malgrado a vigência formal, não se entronizam na consciência popular ou, uma vez entronizadas, perdem-se dela. Era o que estava ocorrendo com os procedimentos com vistas à persecução penal dessas infrações penais: a lei existia, mas as autoridades e os advogados não a aplicavam. Pois a Lei n. 9.099/95 trouxe, aos operadores do processo penal, novo instrumento para trazer à luz parte da cifra negra respeitante às infrações penais de bagatela, prestigiando as vítimas, até como forma de afirmar-lhes a cidadania outrora perdida. Essa a importância, basicamente, da Lei n. 9.099/95.

Analise-se, por fim, a questão da natureza jurídica dessa espécie de liberdade.

A liberdade do indiciado, sem o pagamento de fiança, nas

hipóteses do artigo 321 do Código de Processo Penal, apresenta o requisito da *urgência*; de fato, ela ocorre imediatamente após a lavratura do “termo circunstanciado” (outrora, do auto de prisão em flagrante) e obviamente não poderia tardar; é, pois, fundada na *urgência*. Essa liberdade, outrossim, é marcada pela *sumariedade*, tanto *formal* quanto *material*. Esses requisitos já foram objeto de exaustiva exposição. Trata-se de decisão *referível* ao conteúdo do processo penal condenatório a se instaurar. Por fim, funda-se na *aparência* de existência do direito afirmado -- até como consequência da sumariedade formal e material -- pelo “termo circunstanciado”. Em outras palavras, baseia-se no fato de que, suspeito da prática de infração penal anã (e surpreendido pela autoridade policial nessas condições) é plausível a previsão de que a situação de liberdade do indiciado, uma vez concedida, não mudará mesmo no caso de condenação: isso porque a liberdade, ainda que condicional, acabará por ser concedida, ou verificar-se-á alguma pena alternativa à prisão.

Contudo, uma característica central das medidas cautelares a liberdade independente de fiança não tem: a *temporiedade*. Efetivamente, a liberdade que se segue à lavratura do termo circunstanciado é definitiva ou, antes, é decretada sob o signo da definitividade e não da temporiedade. Não é definitiva, em termos categóricos, porque *não pode gerar a coisa julgada material*: o processo pode perfeitamente experimentar as hipóteses descritas nos artigos 383 e 384 do Código de Processo Penal, e a pena acabar por privar o acusado de sua liberdade. No entanto, quando se concede a liberdade, ela é concedida para durar para sempre (ainda que não dure) e não para que dure por um determinado tempo. A *temporiedade*, característica fundamental da *medida cautelar*, está ausente nessa espécie de medida de urgência.

Daí porque se concluir que a liberdade do imputado independentemente da prestação de fiança, nas hipóteses descritas no artigo 321 do Código de Processo Penal e no artigo 61 da Lei n. 9.099/95, tem a natureza jurídica de medida processual penal *sumária antecipatória*.

2. A liberdade vinculada com fiança

O fundamento político da liberdade vinculada com fiança deu-o o deputado e jurista ALENCAR ARARIPE, em um discurso pronunciado em dezesseis de setembro de 1869, na Câmara dos Deputados, a propósito dos trabalhos de elaboração da Lei n. 2.033, de vinte de setembro de 1871, nos seguintes termos:

A caução segura os direitos sociais, devendo ser tal que force o réu a não faltar ao compromisso em que se acha para com a comunhão civil. O temor da perda da caução obriga o réu a preferir os lances do julgamento, no qual ele pode justificar-se e isentar-se de toda a penalidade.⁵⁴⁶

⁵⁴⁶. ARARIPE, Alencar. Discurso parlamentar de dezesseis de setembro de 1869. Câmara dos Deputados: 1869, *apud* ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. O processo criminal brasileiro. Rio de Janeiro: Laemmert, 1901, v. 1, p. 428-429. O referido Deputado acrescenta o seguinte: “O nosso Código de Processo, sendo redigido sob princípios liberais e modelado pela legislação inglesa, que amplamente liberaliza a caução, não a seguiu neste ponto. Os nossos legisladores de 1832 receiaram-se por certo desta providência, entendendo que seria uma fonte de abusos contra a segurança individual e contra a pública tranqüilidade. A situação do país está mudada; não devemos hesitar em aceitar tão importante regalia da nossa liberdade. O país tem sede de garantias para o cidadão. Se os povos mais antigos e menos adiantados em civilização liberalizavam a fiança, não devemos ficar em condição inferior: cumpre aceitar a importante e salutar providência da caução provisória”.

RENÉ ARIEL DOTTI também salienta “o alcance social da fiança criminal, (...) pois a lei determina que, em caso de condenação, o dinheiro ou os objetos dados como garantia ficarão sujeitos ao pagamento das custas, da indenização do dano e da multa”.⁵⁴⁷

Regulam a matéria, hoje, os artigos 322⁵⁴⁸ e 325⁵⁴⁹ do Código de Processo Penal.

É preciso afirmar, todavia, que é, talvez, no campo das infrações penais afiançáveis, que a ação do tempo tenha sido mais desagregadora do que em qualquer outro capítulo do processo penal brasileiro.

Conforme consta do item introdutório ao presente tema, a combinação do fato da lei processual penal ter consagrado o sistema de fixação dos valores da fiança em valores numéricos, mais o fato dos diversos períodos inflacionários, mais intensos ou menos intensos, que se seguiram à sua edição, essa combinação, como dito, foi lentamente desmoralizando o instituto da fiança criminal.

Porém, foi com a nova redação dada ao artigo 312⁵⁵⁰ e com o

⁵⁴⁷. DOTTI, René Ariel. Revisão dos caminhos da defesa social: considerações sobre o Anteprojeto Saulo Ramos e seu substitutivo. In: Revista de Política Criminal e Penitenciária. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 1988, v. 1, n. 2, p. 407.

⁵⁴⁸. A redação ora em vigor do artigo 322 foi determinada pela Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977.

⁵⁴⁹. A redação ora em vigor do artigo 325, alíneas “a”, “b” e “c”, do Código de Processo Penal, foi determinada pela Lei n. 7.780, de 22 de junho de 1989; as dos seus parágrafos 1º e 2º foram determinadas pela Lei n. 8.035, de 27 de abril de 1990.

⁵⁵⁰. “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 de existência do crime e indícios suficientes de autoria”. A expressão grifada foi acrescentada pela Lei n. 8.884, de onze de junho de 1994; no mais, a nova redação foi determinada pela Lei n. 5.349, de três de novembro de 1967.

parágrafo único acrescentado ao artigo 310,⁵⁵¹ ambos do Código de Processo Penal, que o instituto da liberdade vinculada com fiança sofreu um irresistível empurrão no rumo da desmoralização.

A somação desses dois dispositivos levou a uma conseqüência inusitada, incoerente, mas quase inevitável: o tratamento processual penal dos indiciados pela prática de crime afiançável tornou-se mais severo do que o dirigido aos presumidos autores de crimes inafiançáveis.

Isso porque a manutenção do indiciado detido, após sua prisão em flagrante, ficava a depender não mais somente da prestação ou não de fiança, mas também da verificação dos requisitos pertinentes à prisão preventiva. Inexistentes esses requisitos, a solução passa a ser, por força de norma processual penal expressa, a concessão de liberdade vinculada ao indiciado, mediante compromisso de comparecimento a todos os atos do processo penal condenatório. E não foi feita distinção relativamente aos crimes inafiançáveis. Assim, mesmo inafiançável a infração penal, o indiciado pode livrar-se solto sem o pagamento da fiança, prometendo apenas comparecer a todos os atos do processo.

Esse foi o fator final da derrocada do instituto da liberdade vinculada com fiança, desmoralizado por uma armadilha legal, que tornou mais ameno o tratamento processual penal ao autor de infração penal mais grave do que o dispensado ao autor de infração penal menos grave.

É o que afirma, com todas as letras, WEBER MARTINS

⁵⁵¹. “Igual procedimento será adotado [refere-se ao de dar liberdade provisória ao réu mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo] 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)”. Esse parágrafo foi inserido pela Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977.

BATISTA:

Depois da Lei 6.416, de 1977, (...) a fiança perdeu toda a importância que tinha, pois, ou o juiz verifica que a prisão provisória do autor do fato criminoso é necessária, e, nesse caso, o detido não pode prestar fiança (se já a prestou, fica ela sem efeito).

Ou verifica que incoorre qualquer das hipóteses que autorizariam sua prisão preventiva, caso em que o agente deverá ser colocado em liberdade provisória, sem fiança (se já a prestou, esta, igualmente, lhe será devolvida).

Em qualquer dos casos, portanto, não se presta fiança, ou esta fica sem efeito.⁵⁵²

Para esse autor, a única solução ao problema virá com a alteração da legislação atinente à matéria,⁵⁵³ o que equivale a dizer que, com a legislação ora vigente, não há solução lógica para o problema.

Atualmente, a Constituição parece ter dado à liberdade vinculada com fiança um alento novo, fazendo menção a ela em diversas oportunidades.⁵⁵⁴

⁵⁵². BATISTA, Weber Martins. Liberdade provisória: modificações da Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 80.

⁵⁵³. BATISTA, Weber Martins. *Idem*, p. 114.

⁵⁵⁴. Assim nos incisos XLII (“a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”), XLIII (a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”), XLIV (“constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”), LXVI (“ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”), todos do artigo 5º, e os §§ 1º (“Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de

Trata-se de um dado novo, com notáveis efeitos, inclusive e principalmente jurídicos, sobre o ordenamento processual penal e que, por isso mesmo, deve ser levado em consideração quando da análise do tratamento dado aos presos pela prática desses crimes.

Um efeito importante da Constituição se fez sentir no campo dos crimes hediondos, já tratados num dos itens anteriores. Daí porque a análise da liberdade vinculada com fiança, apesar de sua aparente desmoralização, ser de considerável importância.

Além disso, *de lege ferenda*, parece conveniente afirmar o quão imperativo é o ideal de que a fiança retome sua importância dentro do sistema, até como forma de reafirmar os direitos das vítimas, de há muito postergados nos processos penais condenatórios.

É possível afirmar, inclusive, que o legislador ordinário pratica inconstitucionalidade por omissão, na medida em que não solve, de uma vez por todas, o paradoxo jurídico existente nessa hipótese: há fiança, para os crimes afiançáveis e liberdade vinculada a mero compromisso escrito -- não caucionada, portanto -- no caso dos crimes inafiançáveis, mais graves que aqueles. Trata-se de inconstitucionalidade por omissão e de uma clara violação do direito da coletividade a ter, para os criminosos, um tratamento processual penal coerente com a gravidade dos crimes cometidos. É preciso que uma nova lei processual penal modifique o mecanismo de atualização dos valores da fiança, atenta ao conselho do importante crítico literário paranaense WILSON MARTINS, em sua única obra dedicada ao processo penal; escreve ele que “a fiança é, ao mesmo tempo, uma liberalidade e um constrangimento; convém que o

sua Casa”) e 3º (“No caso de flagrante de crime inafiançável, os autos serão remetidos, dentro de vinte e quatro horas, à Casa respectiva, para que, pelo voto secreto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão e autorize, ou não, a formação da culpa”) ambos do artigo 53.

agente, beneficiando-se daquela, sinta de forma mais eficiente o peso deste último”.⁵⁵⁵ E é preciso que desate o “nó” de incongruência criado pelo artigo 310 do Código de Processo Penal, tornando a fiança a forma principal de obter a liberdade vinculada.

Cuide-se, agora, da natureza jurídica da liberdade vinculada com fiança criminal.

Não basta tratar da natureza jurídica da *fiança criminal*. A medida, integralmente considerada, é, no processo penal brasileiro, de *liberdade vinculada com fiança*.

A fiança criminal, isoladamente considerada, é apenas um “meio da liberdade provisória”, conforme relembra E. MAGALHÃES NORONHA.⁵⁵⁶

A questão não é meramente de terminologia. É que, no processo penal brasileiro, a fiança não é suficiente para manter a liberdade do imputado. Além da prestação real em que consiste a fiança, o imputado assume compromissos outros perante o Juiz. A medida apresenta-se mais complexa do que meramente a prestação de uma caução real.

A *liberdade vinculada com fiança* é, por excelência, conforme defendido por parte ponderável da doutrina do processo penal brasileiro, medida de natureza *cautelar*.

Essa característica pode ser obtida através da sua comparação com a medida denominada *caução*, prevista nos artigos 826 a 838 do Código de Processo Civil. A *caução* prevista naquele diploma processual tem natureza substancial, ou satisfativa, conforme

⁵⁵⁵. MARTINS, Wilson. Código de processo penal: sugestões para a sua reforma. São Paulo: Anhembi, 1956, p. 49.

⁵⁵⁶. NORONHA, E. Magalhães. Curso de direito processual penal. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1971, p. 174.

esclarece OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, ao comentar o artigo 829 do referido código:

A natureza satisfativa e, pois, não cautelar das cauções revela-se, a partir deste dispositivo, de modo muito claro: “aquele que for obrigado a dar caução”, diz o art. 829, a tornar evidente que a relação jurídica de que deriva tal obrigação, preexiste ao processo, situando-se, naturalmente, nalgum texto de lei ou de negócio jurídico.

Nas hipóteses previstas no art. 829, a necessidade da caução como medida de segurança contra o estado perigoso não decorre de uma constatação a ser feita no procedimento onde tal caução se deva prestar. Não será o magistrado a avaliar as circunstâncias emergenciais (*periculum in mora*) capazes de justificar o pedido de tutela cautelar. Tal direito é um pressuposto do pedido.⁵⁵⁷

Já a *liberdade vinculada com fiança* não nasce de qualquer direito material preexistente ao processo penal condenatório. Verifica-se no plano do direito processual. Como medida processual, portanto, deve ser tratada.

Além disso, conforme se pode perceber através de uma análise breve, é fundada na *urgência* e marcada pela *sumariedade formal e material*. Justifica-se essa característica dada a situação do beneficiário da fiança quando de sua concessão; encontra-se preso e a medida somente se justifica na medida em que é um sucedâneo expedito à prisão. Daí a *sumariedade formal e material* pela qual é marcada.

Como conseqüência dessas duas características iniciais, a *liberdade vinculada com fiança* é fundada na *aparência*, como afirma OSCAR XAVIER DE FREITAS:

A liberdade com fiança é deferida independentemente de um juízo

⁵⁵⁷. SILVA, Ovídio A. Baptista da. Do processo cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 308.

de certeza quanto à sua desnecessidade [refere-se à desnecessidade da prisão] porque, com as restrições que a acompanham e em se tratando de crimes menos graves, pode substituir a própria prisão necessária.⁵⁵⁸

Também é medida *incapaz de gerar a coisa julgada material*. Por fim, possui as características da *temporiedade*, na medida em que mantém-se apenas enquanto durar o processo penal condenatório, e da *referibilidade*, eis que procura preservar valores da *persecutio criminis* de forma menos gravosa ao imputado.

Daí a natureza jurídica de *medida cautelar* desse instituto jurídico.

3. A liberdade vinculada sem fiança

3.1. A liberdade vinculada tendo em vista a aparência de atipicidade material da conduta

Outra medida tradicional no ordenamento processual penal brasileiro é a da liberdade vinculada que o Juiz deve conceder sempre que o exame superficial do auto de prisão em flagrante revelar ou levar a nível de alta probabilidade a conclusão de que o imputado praticou seu crime em situação de atipicidade material (ou, para outros penalistas, que aceitam a classificação tripartida do crime, ausência de ilicitude da conduta). A hipótese está disciplinada

⁵⁵⁸. FREITAS, Oscar Xavier de. A prisão em flagrante e a liberdade na nova lei. In: Justitia. São Paulo: Procuradoria-Geral da Justiça e Associação Paulista do Ministério Público, 1977, n. 97, p. 29.

no artigo 310, *caput*, do Código de Processo Penal.⁵⁵⁹

A medida funda-se em regra de bom senso. Não seria absolutamente razoável manter-se preso alguém se o próprio auto de prisão em flagrante -- ideologicamente direcionado à obtenção de elementos de convicção contra o autor do crime -- revela a ocorrência de qualquer causa de justificação da conduta.

“Por ser provável a absolvição do réu”, afirma JOSÉ FREDERICO MARQUES, “é que se lhe concede a liberdade provisória, na hipótese prevista no art. 310 do Cód. de Proc. Penal”.⁵⁶⁰ Disso decorre a primeira característica dessa medida de urgência: a *plausibilidade*, ou *aparência*, do direito sobre o qual é baseada.

A medida também é *urgente* e *sumária* sob os prismas *formal* e *material*. O requisito da *referibilidade* é, também, claro, pois a medida é tomada quando o direito e o substrato fático sobre os quais se sustenta a pretensão condenatória demonstram alta probabilidade de improcedência. Malgrado essa quase certeza, é óbvio que a soltura nessas condições *não gera a coisa julgada material*.

Um requisito, porém, falta à consideração dessa medida como cautelar: a *temporiedade*. Realmente, a liberação do imputado, ainda que seja condicionada à assinatura de um termo de comparecimento a todos os “atos do processo”, é deferida com o caráter de definitividade. A ponderação entre os elementos de convicção

⁵⁵⁹. “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”. O trecho se refere à antiga parte geral do Código Penal; na atual, o dispositivo que regula as causas de exclusão da tipicidade material é o artigo 23.

⁵⁶⁰. MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1965, v. 4, p. 123.

emergentes do auto de prisão em flagrante e a proteção do interesse público, refletido na pretensão condenatória -- que desde logo se revela inviável -- autoriza a soltura imediata e definitiva do imputado. A medida não é precária ou temporária. Pode ser que não dure para sempre, mas se isso acontecer é porque um dado novo interpolou-se à situação. Além disso, a assinatura do termo de comparecimento a todos os atos do processo não revela falta de solidez ao favor legal; ao contrário, sustenta-se na conveniência de que o próprio imputado participe do processo, a fim de provar, cabal e terminativamente, sua inocência.

A liberação vinculada do imputado preso, tendo em vista a aparência de atipicidade material da conduta é, portanto, uma *medida sumária antecipatória*.

3.2. A liberdade vinculada na hipótese de pobreza do imputado

O artigo 350, do Código de Processo Penal,⁵⁶¹ cria uma exceção à regra geral da fiança criminal como sucedâneo à prisão no caso dos crimes afiançáveis. Aplica-se ele ao imputado pobre, que não pode prestar a fiança sem privar-se de recursos indispensáveis à sua sobrevivência e à dos seus.

A justificativa da medida encontra-se no item IX da Exposição

⁵⁶¹. “Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando ser impossível ao réu prestá-la, por motivo de pobreza, poderá conceder-lhe a liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos artigos 327 e 328. Se o réu infringir, sem motivo justo, qualquer dessas obrigações ou praticar outra infração penal, será revogado o benefício”.

de Motivos do Código de Processo Penal.⁵⁶²

Segundo afirma o projetista, ela foi criada para substituir o sistema, vigente até então, da chamada *fiança fideijussória*. Esse sistema permitia que, “fixado (...) o valor da fiança [pudesse ela] ser prestada por (...) caução fideijussória, isto é, pelo testemunho de duas pessoas reconhecidamente abonadas, que se [obrigavam] pelo comparecimento do réu durante a dita fiança sob a responsabilidade do valor (...) fixado”.⁵⁶³

A medida, está claro, legitima-se enquanto forma de não tornar iníquo o instituto da fiança.

Guarda a mesma natureza do instituto da fiança, que pretende simplesmente substituir por um *estado coercitivo*, definido por JOSÉ FREDERICO MARQUES como uma ambiência de coação *in actu* ou simplesmente potencial.⁵⁶⁴

As considerações feitas a respeito da natureza jurídica da liberdade vinculada pela fiança, portanto, cabem inteiramente aqui. Trata-se de *medida cautelar* protetiva da liberdade do imputado e como tal deve ser encarada.

⁵⁶². “IX - (...) Não é admitida a fiança fideijussória, mas o projeto contém o seguinte dispositivo, que virá conjurar uma iniquidade freqüente no regime legal atual, relativamente aos réus desprovidos de recursos pecuniários: ‘Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando ser impossível ao réu prestá-la, por motivo de pobreza, poderá conceder-lhe a liberdade provisória...’ (...)”.

⁵⁶³. SIQUEIRA, Galdino. Curso de processo criminal. 2. ed., São Paulo: Livraria Magalhães, 1930, p. 156.

⁵⁶⁴. MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1965, v. 4, p. 121.

3.3. A liberdade vinculada por ausência dos pressupostos da prisão preventiva

Essa medida encontra-se disciplinada, conforme já visto anteriormente, pelo parágrafo único do artigo 310 do Código de Processo Penal e representou, indubitavelmente, o “golpe de misericórdia” no instituto da fiança,⁵⁶⁵ que somente com a Constituição de 1988 recebeu um bafejo de vida.

Na época da edição da Lei n. 6.416/77, que deu a nova redação ao dito parágrafo único, sobre ela escreveu ADA PELLEGRINI GRINOVER:

É com relação à prisão preventiva e em flagrante delito que a Lei n. 6.416/77 introduz relevantes alterações, atenta à orientação de que só deve haver prisão cautelar quando estritamente necessário. É o princípio da necessidade, ao qual alude Tornaghi (...) que deve marcar o ponto de equilíbrio entre o direito à liberdade do réu e o interesse social a que justiça seja feita.⁵⁶⁶

⁵⁶⁵. Cf., em sentido análogo, JARDIM, Afranio Silva. Visão sistemática da prisão provisória no Código de Processo Penal. In: Direito processual penal. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 368-369: “(...) julgamos não ter sido muito feliz o legislador no seu aspecto técnico, pois tornou praticamente ocioso o instituto da fiança, tendo em vista a regra do art. 324, inc. IV, do Cód. Proc. Penal. Sempre que couber a liberdade provisória mediante fiança, caberá igual liberdade sem fiança, na forma do art. 310, parágrafo único. (...). Ademais, a regra supratranscrita [refere-se ao parágrafo único acrescentado ao artigo 310] leva o aplicador a um absurdo lógico, em face do que preceitua o art. 323, inc. I. Casos há em que o Juiz pode soltar sem garantia, mas não pode fazê-lo com garantia (fiança)”.

⁵⁶⁶. GRINOVER, Ada Pellegrini. A nova lei processual penal. In: COSTA JÚNIOR, Paulo José da e GRINOVER, Ada Pellegrini. A nova lei penal e a nova lei processual penal: comentários à Lei 6.416, de 24 de maio de 1977. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 103.

A incongruência que essa lei determinou já foi registrada: com ela, os crimes afiançáveis passaram a ter um tratamento jurídico-processual penal mais severo do que os crimes inafiançáveis. Essa incoerência, que existe, acaso a fiança fosse novamente disciplinada pela legislação infraconstitucional, poderia desaparecer.

Seja como for, a medida existe e tem a mesma natureza jurídica da liberdade vinculada pela fiança. A diferença é que o instrumento de vinculação não é a fiança mas o comprometimento do imputado de cumprir os compromissos que assume por ocasião da soltura.

Por se tratar de medida fundada na *urgência*, caracterizada pela *sumariedade material e formal*, decretada com base na *aparência, referível* à pretensão condenatória subjacente ao processo penal, *temporária e incapaz de gerar a coisa julgada material*,⁵⁶⁷ é *medida cautelar* protetiva da liberdade do imputado.

4. O relaxamento da prisão em flagrante

A medida denominada “relaxamento da prisão em flagrante” está disciplinada pelo inciso LXV do artigo 5º da Constituição.⁵⁶⁸ Já estava prevista nas Constituições brasileiras de 1934,⁵⁶⁹ 1946,⁵⁷⁰

⁵⁶⁷. Cf., nesse sentido, ARRUDA JÚNIOR, Célio de. A liberdade provisória vinculada sem fiança face à Lei n. 6.416, de 1977. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, n. 28, p. 142: “(...) o despacho que concede ou denega a liberdade provisória vinculada não faz coisa julgada”.

⁵⁶⁸. “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”.

⁵⁶⁹. Número 21, parte final, do artigo 113: “(...) A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, e promoverá, sempre que direito, a responsabilidade da autoridade coatora”.

1967⁵⁷¹ e 1969.⁵⁷²

A Constituição vigente institui um procedimento que pode desembocar no relaxamento da prisão em flagrante: em primeiro lugar, no inciso LXII do artigo 5º,⁵⁷³ cria, para a autoridade policial, a obrigação de comunicar a prisão imediatamente ao Juiz competente e à família do preso ou à pessoa que indicar, tudo com o escopo de facilitar o controle da legalidade da prisão. Depois, no inciso LXV do artigo 5º, cria para o Juiz ao menos dois deveres: analisar prontamente a legalidade da prisão, no aspecto de seus pressupostos, e do auto de prisão em flagrante, no seu aspecto formal; e relaxar a prisão, caso verifique ocorrer ilegalidade.

Sobre esse procedimento escreve HÉLIO TORNAGHI:

A Constituição em vigor, no art. 5º, LXII, cria a obrigação de comunicar, ao juiz e à família do preso, a prisão e o local em que este se encontra.

(...) A comunicação deve ser imediata, isto é, sem mediar tempo algum entre ela e a prisão, a não ser o materialmente necessário. Cabe ao juiz avaliar se a autoridade coatora observou o preceito constitucional ou se demorou a fazer a comunicação mais do que o estritamente indispensável.

⁵⁷⁰. Parágrafo 22 do artigo 141: “A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, e, nos casos previstos em lei, promoverá a responsabilidade da autoridade coatora”.

⁵⁷¹. Parágrafo 12, parte final, do artigo 150: “(...) A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará, se não for legal”.

⁵⁷². Parágrafo 12, parte final, do artigo 153: “(...) A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal”.

⁵⁷³. “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”.

A falta ou retardamento do aviso constituirá sempre ilícito disciplinar e poderá configurar o crime de prevaricação (...). De qualquer modo, tipificará o crime definido no art. 4º, c, da Lei n. 4.898, de 9 de dezembro de 1965.

(...) O juiz deve pronunciar-se sobre a legalidade da prisão tão logo receba o comunicado. Se os elementos de que dispõe não lhe permitem julgar, cumpre-lhe diligenciar por todos os meios para colher os dados necessários à formação de um juízo.

(...) O que o juiz verifica ao receber a comunicação (...) é apenas isto: se a prisão se enquadra no esquema da lei, na moldura legal, feita abstração de saber se no caso concreto ela é justa ou injusta, équa ou iníqua.

(...) Se a prisão é ilegal o juiz a relaxa, isto é, manda soltar o preso (Constituição da República, art. 5º, LXV).⁵⁷⁴

Se o Juiz não formar um juízo de ilegalidade da prisão, bem como de seu auto, mantém a custódia, obviamente. Dessa medida tratou-se no capítulo anterior. É possível que a prisão seja, posteriormente, substituída por uma liberdade vinculada mediante fiança ou mediante termo de compromisso assinado pelo imputado, caso legalmente permitida. Esse, entretanto, é um segundo juízo, que pressupõe a superação do primeiro com resposta positiva acerca da legalidade da prisão.

Essa dissimilitude entre o relaxamento da prisão em flagrante e a liberdade vinculada ou não vinculada que se determina após o juízo de legalidade da prisão, hoje é vista como um axioma. Autores há, porém, como VICENTE DE PAULO VICENTE DE AZEVEDO,⁵⁷⁵

⁵⁷⁴. TORNAGHI, Hélio. Curso de processo penal. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, v. 2, p. 45-46.

⁵⁷⁵. AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de. Curso de direito judiciário penal. São Paulo: Saraiva, 1958, v. 2, p. 106: “(...) a (...) prisão em flagrante de crime inafiançável poderá ser relaxada, e concedida ao acusado liberdade provisória, se o juiz verificar do

ROGÉRIO LAURIA TUCCI⁵⁷⁶ e JOSÉ ROBERTO BARAÚNA,⁵⁷⁷ entre outros,⁵⁷⁸ que fazem ou fizeram confusão a respeito. É preciso, portanto, registrar a diferença, embora hoje ela pareça óbvia.

Conforme registrado, o objeto do juízo é duplo: recai ele sobre a legalidade da prisão *lato sensu*, isto é, verifica se a prisão obedeceu aos pressupostos legais -- em suma: se havia situação de flagrância, própria, imprópria ou ficta -- e se o auto de prisão em flagrante é formalmente perfeito, isto é, se foram inquiridas as testemunhas instrumentárias da apresentação do preso pelo condutor, se a autoridade que lavrou o auto é competente, se foi dado curador ao preso menor de 21 anos, se os prazos foram cumpridos, se foi dada nota de culpa ao preso, se foi comunicada sua família ou a pessoa por ele indicada etc. O cumprimento das formalidades do auto de prisão em flagrante é tão importante quanto a verificação de seus

auto de flagrante, que o crime foi praticado naquelas condições: Código de Processo Penal, arts. 314 e 310, respectivamente”.

⁵⁷⁶. TUCCI, Rogério Lauria. Aspectos processuais da reforma penal de 1977. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, n. 506, p. 306: “Estabeleceu, também, a analisada Lei n. 6.416, de 24 de maio último, a faculdade de o juiz conceder ao réu liberdade provisória, relaxando a prisão em flagrante, quando inócenas as hipóteses que autorizam a prisão preventiva”.

⁵⁷⁷. BARAÚNA, José Roberto. Lições de processo penal. 2. ed., São Paulo: Bushatsky, 1979, p. 154: “Também determinará a soltura do preso, por relaxamento do flagrante (art. 310 do CPP), a verificação, feita pelo juiz, de que o fato foi praticado ao agasalho de qualquer uma das quatro circunstâncias excludentes da antijuridicidade mencionadas no (...) Código Penal”.

⁵⁷⁸. Cf. ALMEIDA, Jorge Luiz de. Da aplicação da Lei n. 5.941, de 1973 às prisões em flagrante. In: Revista Interamericana de Direito Processual Penal: doutrina, pareceres, jurisprudência comentada. Porto Alegre: Revista Jurídica Ltda., 1976, ns. 1 e 2, p. 53; ARRUDA JÚNIOR, Célio de. A liberdade provisória vinculada sem fiança face à Lei n. 6.416, de 1977. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, n. 28, p. 131.

pressupostos materiais. É o que escreve JOSÉ FREDERICO MARQUES:

O auto de flagrante deve estar escoimado de irregularidades e defeitos substanciais, sob pena de ser nulo e írrito, motivando, em consequência, o relaxamento da prisão, embora possa valer como peça informativa da investigação.

De modo geral, as formalidades do auto de prisão em flagrante são indeclináveis, pois que o referido auto é exigido *ad solemnitatem*, como instrumento imprescindível da coação cautelar que nele vem documentada. Trata-se de prisão que, excepcionalmente, fica dispensada a ordem escrita de autoridade judiciária: por essa razão, as formalidades e cautelas que a lei prevê, no tocante à lavratura do auto, são sacramentais, porquanto se constituem em meio e modo de tutela da liberdade (...).⁵⁷⁹

Em sentido contrário, mas completamente sem razão, sustenta INOCÊNCIO BORGES DA ROSA a completa irrelevância, na prática, das formalidades da prisão em flagrante. Escreve ele:

A falta da nota de culpa e da remessa do acusado, com o auto de prisão em flagrante ao Juiz formador da culpa, constituem irregularidades a serem notadas para evitar-se a sua repetição, mas não bastantes para invalidar ou neutralizar a prisão do acusado, efetuada com justa causa. Aliás, a falta de nota de culpa não dá lugar à concessão de habeas corpus, porquanto dita falta não constitui coação ilegal, de vez que não se ajusta a nenhum dos casos expressos no art. 684 do Cód. de Processo.

Apenas poderá dar lugar à aplicação de pena disciplinar ao responsável pela falta, e isto mediante reclamação ou representação

⁵⁷⁹. MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1965, v. 4, p. 73. Cf., no mesmo sentido, SIQUEIRA, Geraldo Batista de. Audiência do Ministério Público no auto de prisão em flagrante: Lei n. 6.416/77. In: Estudos de direito e processo penal. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 160.

do preso, ou mesmo “de ofício”.⁵⁸⁰

Sobretudo hoje, com os novos dispositivos constitucionais a respeito da prisão em flagrante, o entendimento de INOCÊNCIO BORGES DA ROSA apresenta-se como indefensável, embora já o fosse quando escrito.⁵⁸¹

A questão do presente item se coloca, então, quando o juízo sobre a legalidade da prisão resulta negativo, isto é, quando o Juiz se convence que a prisão não está conforme a lei. Nesse caso, determina a Constituição que ele deve relaxá-la imediatamente.⁵⁸²⁻⁵⁸³

Interessante a utilização do verbo “relaxar” pela Constituição.

⁵⁸⁰. ROSA, Inocêncio Borges da. Comentários ao Código de Processo Penal. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 415.

⁵⁸¹. Cf., a propósito do tema, PEDROSO, Fernando de Almeida. Prisão em flagrante. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, n. 705, p. 298-300.

⁵⁸². Cf., nesse sentido, REIS, Carlos David Santos Aarão. O silêncio do indiciado e a lavratura de auto de prisão em flagrante. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, n. 575, p.330: “Nulo o auto, torna-se ilegal a prisão, uma vez que após a prisão em flagrante é indispensável a lavratura do auto respectivo, logicamente, do auto válido e revestido das formas legais. Quando a Constituição manda que o juiz relaxe a prisão, se esta for ilegal (...) isto significa que o relaxamento é imperativo se as formalidades legais a observar quando da prisão não o foram. (...) Ou seja, a invalidade do auto de prisão em flagrante impõe ao juiz o relaxamento da prisão (...)”.

⁵⁸³. Cf., também, BRANDÃO, Paulo de Tarso. Prisão e liberdade no parágrafo único do art. 310 do CPP. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, n. 677, p. 323-324: “(...) ocorrendo um fato típico, em tese, sendo preso o indigitado autor, o juiz deve verificar se é caso de prisão legal ou ilegal. Se ilegal, relaxa a prisão imediatamente. Se legal, investiga sobre [SIC] os pressupostos e a necessidade da manutenção da prisão e se não há, por qualquer forma, a possibilidade de conceder a liberdade provisória”.

Segundo AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA,⁵⁸⁴ esse verbo, derivado do verbo latino *relaxare*, tem, em sua forma transitiva direta, diversos sentidos. Significa “diminuir a força ou a tensão de; tornar frouxo ou lasso; afrouxar”, “dispensar do cumprimento de (lei ou dever)”, “remitir culpas ou pecados a; perdoar a; absolver”, “atenuar, moderar, abrandar, suavizar”, “corromper, perverter; depravar” e, finalmente, “tornar fraco ou mais fraco; enfraquecer, debilitar”.

Sua utilização pela Constituição, como solução judicial prevista para a prisão ilegal, é assaz curiosa, pois se trata de um verbo que somente se aplica a esse caso, não tendo sentido nem aplicação -- dentro da boa técnica -- quando se fala em cancelar outras medidas constritivas.⁵⁸⁵ Equivale a outro verbo utilizado no processo penal, “trancar”, que também só tem sentido jurídico rigoroso se aplicado à solução que se dá ao inquérito policial, sob o argumento de que encerra coação ilegal.

Disso decorre uma diferença importante: o relaxamento da prisão em flagrante não é assimilável à anulação do auto de prisão em flagrante. Essa diferença foi apenas parcialmente entendida por JOSÉ FREDERICO MARQUES:

O juiz pode entender insubsistente a prisão em flagrante, ou por nulidade do auto que a formaliza, ou da própria captura e custódia do acusado [SIC]. Em qualquer uma dessas hipóteses, a prisão em

⁵⁸⁴. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1995.

⁵⁸⁵. Cf. opinião contrária de ARRUDA JÚNIOR, Célio de. A liberdade provisória vinculada sem fiança face à Lei n. 6.416, de 1977. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, n. 28, p. 131: “(...) o relaxamento da prisão é cabível em todas as hipóteses de prisão provisória desde que ocorra ilegalidade ou não mais subsistam os motivos determinantes da prisão (...) sem criar qualquer encargo ou dever ao imputado”.

flagrante será relaxada e o réu posto em liberdade (...). Também pode o juiz anular a prisão em flagrante e decretar a prisão preventiva do acusado, com o que mudará a razão de ser e fundamento da custódia em que este deve ser mantido.⁵⁸⁶

Na verdade, as duas decisões são muito semelhantes, embora guardem características que as afastam entre si, de forma que se pode perfeitamente entender quando é o caso de tomar uma decisão ou outra.

O relaxamento da prisão em flagrante ocorre quando a prisão é materialmente ilegal -- não havia situação de flagrância -- ou quando foi esquecida formalidade tida pela lei como essencial. Nesse caso ocorre o relaxamento da prisão, com a soltura do indiciado. Se for o caso da ocorrência de qualquer das hipóteses da prisão preventiva, o Juiz a decreta e do relaxamento não resulta a liberdade do indiciado. É o que leciona FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO, ao afirmar, apoiado em inúmeras decisões judiciais, que não existe “óbice em substituir o decreto de prisão preventiva ao despacho de relaxamento da prisão em flagrante”.⁵⁸⁷

A anulação do auto de prisão em flagrante tem outra razão de ser. E pode vir acompanhada do relaxamento da prisão do indiciado ou da decretação da prisão preventiva. A diferença está em que a anulação ocorre quando o defeito jurídico do auto de prisão em flagrante é tal que não só não pode manter-se como título da prisão, como também não pode sequer servir como base para a formação da *opinio delicti*. Da anulação resulta a nenhuma serventia do auto de

⁵⁸⁶. MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1965, v. 4, p. 76.

⁵⁸⁷. PEDROSO, Fernando de Almeida. Prisão em flagrante. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, n. 705, p. 301.

prisão em flagrante; do relaxamento resulta a incapacidade para ser título de prisão de alguém.

Trate-se, agora, da natureza jurídica do relaxamento da prisão em flagrante.

Segundo HÉLIO TORNAGHI, trata-se de *habeas corpus* de ofício, razão pela qual, acrescenta, deve o Juiz recorrer, também de ofício, de sua decisão.⁵⁸⁸

Contra essa opinião insurge-se vigorosamente JOSÉ FREDERICO MARQUES, que chega a qualificá-la de esdrúxula. Escreve ele:

A prisão em flagrante não é ato judiciário. Trata-se de medida cautelar administrativamente realizada. É um procedimento de autodefesa estatal de natureza cautelar, o qual pode ser praticado por qualquer do povo e é sempre obrigatório para as *autoridades policiais e seus agentes* (...). Diz GIOVANNI LEONE que se trata de ato que influi na relação processual apesar de extraprocessualmente praticado. Tanto isso é exato que remetidas as peças do inquérito policial, ou de outra atividade investigatória (...), ao juízo criminal competente, o réu preso ficará à disposição do respectivo titular. Por isso mesmo, a prisão passará a ser da responsabilidade do juiz criminal que presidir ao processo instaurado com a denúncia do Ministério Público. Se o réu preso passa a ficar à disposição do juiz que dirige o processo, não podemos conceber que esse magistrado conceda um *habeas corpus* contra si próprio, *quod est absurdum*.

(...) Parece-nos supinamente ridículo que um juiz, depois de verificar a nulidade de um auto de flagrante, passe ordem de *habeas corpus* em favor do réu, quando *simpliciter et de plano* ele poderia declarar sem

⁵⁸⁸. TORNAGHI, Hélio. Curso de processo penal. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, v. 2, p. 47.

valor a prisão e mandar soltar o réu se este *por al não estiver preso*.⁵⁸⁹

De fato, não parece razoável o entendimento de que o relaxamento da prisão em flagrante é uma forma de *habeas corpus* de ofício. Não há nenhum argumento que indique essa solução. Tal tese tem ainda menos fundamento hoje, dado que o artigo 581, inciso V, última figura, do Código de Processo Penal,⁵⁹⁰ acrescentou a hipótese de relaxamento da prisão como ensejadora de recurso em sentido estrito, voluntário por natureza.

É preciso, então, colocar o relaxamento sob a ótica dos caracteres da tutela de urgência, para o fim de definir se se trata de tutela cautelar, tutela antecipatória, ou uma mera medida de polícia judiciária encartada no processo penal condenatório.

Sem dúvida, o relaxamento da prisão em flagrante ilegal é baseado na *urgência*. Os dois mandamentos constitucionais atinentes à matéria não deixam dúvidas: tanto o inciso LXII [“a prisão (...) e o local (...) serão comunicados imediatamente (...)”] quanto o inciso LXV [“a prisão ilegal será imediatamente relaxada (...)”] usam o advérbio que dá a significar a necessidade de pronta ação do Estado, a premência exigida pela situação anormal que se está vivendo com a prisão ilegal do imputado.

Dada a urgência, um outro fator exsurge claro: a *sumariedade formal*. Não há espaço no procedimento para dilação probatória a respeito da situação de ilegalidade. A medida, outrossim, por sua própria natureza, *não gera a coisa julgada material*: não parece necessário tecer maiores considerações a esse respeito.

⁵⁸⁹. MARQUES, José Frederico. *Prisão em flagrante*. In: *Estudos de direito processual penal*. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1960, p. 223-224.

⁵⁹⁰. “Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença: (...) que (...) relaxar a prisão em flagrante”.

Quatro características da tutela cautelar, contudo, o relaxamento da prisão em flagrante ilegal não possui: a medida *não é temporária*, no sentido de que não tem prazo fixado para durar nem se sustenta em função da permanência de algum fato jurídico. Além disso, *não é referível* ao direito material posto em discussão no processo penal condenatório; antes, diz respeito apenas à situação de ilegalidade que pretende remediar. Por fim, a medida, embora urgente, também *não é baseada na aparência*; por conseqüência, *não é marcada pela sumariedade material*. O Juiz que relaxa uma prisão em flagrante não julga com base na verossimilhança da alegação de que a prisão foi ilegal. É preciso que se certifique da ilegalidade antes de julgar. Embora a medida seja caracterizada pela sumariedade formal e material, o Juiz pode determinar diligências para certificar-se da ilegalidade. Vale repetir o trecho de HÉLIO TORNAGHI: “O juiz deve pronunciar-se sobre a legalidade da prisão tão logo receba o comunicado. *Se os elementos de que dispõe não lhe permitem julgar, cumpre-lhe diligenciar por todos os meios para colher os dados necessários à formação de um juízo*”.⁵⁹¹

A opinião de que o relaxamento da prisão em flagrante ilegal é um *habeas corpus* de ofício -- de resto, improcedente -- revela uma importante faceta da medida. Não é um *habeas corpus*, conforme acertadamente pondera JOSÉ FREDERICO MARQUES,⁵⁹² porque a autoridade que mantém a prisão é, precisamente, o Juiz que dela toma conhecimento; e não teria a menor razão que ele, numa situação dessas, desse ordem de *habeas corpus*, quando bastaria que

⁵⁹¹. TORNAGHI, Hélio. Curso de processo penal. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, v. 2, p. 46 [o grifo não consta do original].

⁵⁹². MARQUES, José Frederico. Prisão em flagrante. In: Estudos de direito processual penal. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1960, p. 223-224.

relaxasse a prisão ilegal. A ordem de *habeas corpus* de ofício, em suma, destina-se a corrigir a ilegalidade praticada por outra autoridade e da qual o Juiz toma conhecimento em determinado processo penal condenatório. Embora não seja um *habeas corpus* de ofício, dadas essas razões, o relaxamento da prisão em flagrante não perde, conforme estava para ser dito, a característica essencial de ser um *remédio jurídico à ilegalidade*.

Trata-se de um remédio *sui generis*, na medida em que não carece de provocação. Parece ser ensejado, pois, pelo poder de polícia do Magistrado, a quem, justamente por ser autoridade estatal, cabe genericamente o dever de zelar pela legalidade. Recorde-se o exemplo da prisão preventiva baseada na garantia da ordem pública: trata-se de um exemplo de medida baseada no poder de polícia genérico da autoridade judiciária, poder de polícia esse vocacionado à proteção da ordem jurídica.

Pois bem. O relaxamento da prisão em flagrante, por ser medida de urgência que não apresenta as características da cautelaridade (não é baseada na *aparência*, nem é *temporária*) nem é uma medida antecipatória (não tem *referibilidade* com o direito material que se discute no processo principal) pode ser definido como uma medida de urgência baseada no poder de polícia da autoridade judiciária encartada em processo penal. Poder de polícia esse vocacionado à defesa da ordem jurídica e, na hipótese, à proteção do direito constitucional de liberdade de ir e vir, que só pode ser coarctado com base em título legítimo.

5. A liberdade não vinculada do preso em flagrante por ausência de indícios de autoria

O parágrafo 1º do artigo 304, do Código de Processo Penal,⁵⁹³ regula uma hipótese muito interessante e que precisa ser examinada.

Do exame *a contrario sensu* deste dispositivo colhe-se que a autoridade judiciária, uma vez resultando das oitivas do condutor e das testemunhas e do interrogatório do conduzido, todos realizados quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, a plausibilidade da tese de que o conduzido não praticou crime algum, dar-lhe-á a liberdade, sem vinculação qualquer.⁵⁹⁴

HÉLIO TORNAGHI⁵⁹⁵ e FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO assimilam a hipótese à do relaxamento da prisão em flagrante ilegal. Escreve o primeiro o seguinte:

Poderá a Autoridade Policial relaxar a prisão?

Pelo que se infere do § 1º do art. 304 do CPP, tal será possível. Se, quando da lavratura do auto, não resultar das respostas dadas pelo condutor, pelas testemunhas e pelo próprio conduzido, fundada suspeita contra este, a Autoridade não poderá mandar recolhê-lo à prisão. E, se não pode assim proceder, conclui-se que a Autoridade Policial deve relaxar a prisão, sem, contudo, descumprir o preceito constitucional inserto no art. 5º, LXII, a fim de que se apure

⁵⁹³. “Resultando das respostas [refere-se às respostas dadas pelo condutor, pelas testemunhas e pelo próprio conduzido] fundada suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão, exceto no caso de livrar-se solto ou de prestar fiança, e prosseguirá nos atos do inquérito ou processo, se para isso for competente; se não o for, enviará os autos à autoridade que o seja”.

⁵⁹⁴. Cf. MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1965, v. 4, p. 75

⁵⁹⁵. TORNAGHI, Hélio. Curso de processo penal. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, v. 2, p. 66-67.

possível responsabilidade da Autoridade coatora, isto é, da Autoridade que efetuou a prisão.⁵⁹⁶

Com efeito, a Constituição dirige ao Juiz a ordem de, deparando-se com prisão em flagrante ilegal, relaxá-la.

Portanto, nada impede -- aliás, tudo aconselha -- que autoridade policial -- delegada, que é, da autoridade judiciária -- antecipe-se à solução judicial e relaxe a prisão em flagrante que, pelo exame dos depoimentos, resulte ilegal.

A hipótese tem a mesma natureza jurídica do relaxamento da prisão em flagrante. Isto é: é *uma medida de urgência fundada no poder de polícia da autoridade*, no caso, policial, que age por delegação legal da autoridade judiciária.

6. A revogação da prisão preventiva

Dispõe o artigo 316, primeira parte, do Código de Processo Penal,⁵⁹⁷ que o Juiz pode revogar a prisão preventiva se verificar a falta de motivo para que subsista.⁵⁹⁸

⁵⁹⁶. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 459.

⁵⁹⁷. “O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista (...)”.

⁵⁹⁸. Cf., a propósito do tema, a definição de NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Revogação da prisão preventiva. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, n. 19, p. 157: “Revogação da prisão preventiva é o ato pelo qual o juiz, entendendo não existirem mais os pressupostos que autorizam e legitimam a decretação da medida extrema, determina a soltura do custodiado, devolvendo-lhe a liberdade e fazendo cessar a medida cautelar imposta no procedimento criminal”. Trata-se de definição que deixa de apresentar características que a revogação da prisão

Comentando o artigo 316 do Código de Processo Penal, escreve JOSÉ FREDERICO MARQUES:

A razão de ser dessa norma está em que a sentença sobre a prisão preventiva descansa sobre um juízo de probabilidade e é proferida segundo o estado da causa.

De início, são os elementos informativos do inquérito policial, ou de outra *informatio delicti*, que servem de base à imposição do ato coativo. Se, posteriormente, a prova colhida na instrução mostra que não podem subsistir os elementos informativos que constituíram o fundamento da decretação da prisão, cumpre ao juiz reformar a sentença anterior, tendo em vista o novo estado da causa.

(...) a revogabilidade da providência coativo-cautelar deriva da própria natureza da sentença que a decreta, isto é, de decisão proferida segundo o estado da causa. Sendo assim, tudo quanto se refira aos elementos pertinentes à *aparentia juris* em que se funda a medida cautelar está sujeito a ulterior apreciação, uma vez que se comprove não haver mais elementos que mostrem ser provável a imputação, em face das provas colhidas no curso da instrução.⁵⁹⁹

Mas não é somente essa situação -- verificar o Juiz não subsistirem as evidências quanto à materialidade do crime ou quanto à sua autoria -- que autoriza a revogação da prisão preventiva. Observa JULIO FABBRINI MIRABETE que “ao Juiz é facultado, inclusive, modificar seu ponto de vista, seja por prova superveniente,

preventiva tem -- como a revogação baseada no reconhecimento, pelo juiz, de que nunca existiram os motivos autorizadores da medida. Por fim, conforme já visto, incorre no mesmo equívoco da doutrina do processo penal brasileiro, que trata todas as formas de prisão preventiva como hipóteses de tutela cautelar, o que, conforme visto no presente estudo, não é verdadeiro.

⁵⁹⁹. MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1965, v. 4, p. 53-54.

seja por nova consideração do assunto”.⁶⁰⁰⁻⁶⁰¹

E, óbvio está, o Juiz deve revogar a prisão preventiva se qualquer dos pressupostos de sua decretação, que estavam presentes naquele momento, houverem desaparecido. É o que escreve FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO:

Já vimos que a prisão preventiva é medida excepcional e, por isso mesmo, decretável em casos de extrema necessidade. Segue-se, pois, que, se durante o processo o Juiz constatar que o motivo ou os motivos que a ditaram já não mais subsistem, *poderá* revogá-la. É claro que, se a medida excepcional fica condicionada a uma daquelas circunstâncias -- garantir a ordem pública, preservar a instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal --, se nenhum desses motivos subsiste, outro caminho não resta ao Juiz senão revogar a medida odiosa.⁶⁰²⁻⁶⁰³

Isso se deve ao fato de que a decretação da prisão preventiva é uma decisão conforme o estado da causa e, enquanto tal, sujeita à cláusula *rebus sic stantibus*.

⁶⁰⁰. MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo penal. São Paulo: Atlas, 1991, p. 373.

⁶⁰¹. Cf., nesse sentido, GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 245: “A prisão preventiva poderá ser revogada a qualquer tempo, se cessarem os motivos de sua decretação ou se esses motivos forem reexaminados, independentemente de fato novo”.

⁶⁰². TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 487.

⁶⁰³. Cf., em sentido um pouco diverso dos aqui expostos, ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal brasileiro anotado. 3. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. 3, p. 440: “Se é um fato deva apreciar-se a legalidade da ordem de prisão de acordo com as circunstâncias conhecidas no momento da sua expedição, sem atenção às mudanças que possam, posteriormente, ter-se operado (...), não resta dúvida, quanto a ser susceptível de revogação a prisão preventiva (...), quando fatos novos vêm determinar o desaparecimento das causas em que se estribou a autoridade, ao decretá-la”.

Assim, se o Juiz percebe, ao final da fase instrutória do processo de conhecimento, que o acusado praticou o fato acobertado por alguma causa de exclusão da tipicidade, ou se dá conta de que há provas seguras de que não cometeu o fato criminoso que lhe é imputado, poderá revogar a prisão. Nesse caso, acrescenta HÉLIO TORNAGHI, “evidentemente não deve ele esperar a sentença para relaxar a prisão decretada a fim de assegurar o cumprimento da pena”.⁶⁰⁴

A propósito da caracterização da revogação da prisão preventiva, cabe repetir o lúcido esclarecimento proporcionado por AFRANIO SILVA JARDIM:

Não se deve confundir revogação da prisão preventiva com liberdade provisória. A primeira restabelece a liberdade plena daquele que fora preso preventivamente. Volta ele à mesma situação e liberdade [em] que se encontrava antes do ato coercitivo. Já a liberdade provisória cria uma nova situação de liberdade restrita, vinculada aos termos do processo. É uma contracautela que se destina a evitar os efeitos maléficos da clausura, não funcionando nunca como substitutiva da prisão preventiva.⁶⁰⁵

Não parece correta a afirmação, subscrita por alguns autores do processo penal brasileiro,⁶⁰⁶ de que, uma vez encerrada a fase instrutória do processo de conhecimento, deverá ser revogada a

⁶⁰⁴. TORNAGHI, Hélio. Curso de processo penal. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 95.

⁶⁰⁵. JARDIM, Afranio Silva. Visão sistemática da prisão provisória no Código de Processo Penal. In: Direito processual penal. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 365.

⁶⁰⁶. Cf., MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo penal. São Paulo: Atlas, 1991, p. 373 e TORNAGHI, Hélio. Curso de processo penal. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 95.

prisão preventiva decretada por conveniência da instrução criminal. Por uma razão muito simples: “fase instrutória do processo de conhecimento” não é expressão sinônima de “instrução criminal”: é perfeitamente admissível produção de provas após o término da fase instrutória e, inclusive, em fase recursal, conforme estabelece o artigo 616 do Código de Processo Penal.⁶⁰⁷

Além disso, o término da fase instrutória do processo de conhecimento não autoriza que a prova já produzida (ou que poderia tê-lo sido, mas não foi, por esquecimento, erro ou outro fator) fique exposta a perigo. Se o risco oferecido por um acusado era de, solto, ameaçar testemunhas, uma ameaça a qualquer delas, realizada após o término da fase instrutória, pode estimulá-la a comparecer a juízo a fim de modificar seu primeiro depoimento. O dano à instrução criminal será rigorosamente equivalente ao que ocorreria se a testemunha tivesse sido ameaçada quando da fase instrutória do processo condenatório e dado seu depoimento nessa ocasião.

Está claro que, havendo risco de dano à instrução criminal durante a fase instrutória, ao menos em princípio, ele remanesce após seu término. Embora, evidentemente, o Juiz possa fazer uma apreciação diversa quando analisar a hipótese de revogar a prisão preventiva. É o que afirma EDUARDO ESPÍNOLA FILHO:

Do fato de contra um réu (...) ter sido decretada a prisão preventiva, sob o fundamento de ser, pelo seu poderio, pela sua temibilidade, ou por qualquer influência sua, de recear a perturbação maléfica da instrução criminal, com o temor, o suborno ou o sentimentalismo de testemunhas ou peritos, com a ocultação ou destruição de elementos materiais de prova, se não segue seja de revogar a medida,

⁶⁰⁷. “No julgamento das apelações poderá o tribunal, câmara ou turma proceder a novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou determinar outras diligências”.

terminada a instrução, pois seria uma temeridade restituir à liberdade indivíduo audacioso, que sempre representa um perigo para a ordem pública e tudo faz para evitar o cumprimento da pena, justamente na época em que a prova contra ele produzida, mais seguramente, anuncia ter de ser submetido a tal pena, quando, em breves dias, for proferida a sentença da causa. (...)

O simples encerramento da instrução criminal não pode, pois, por si só, constituir motivo de revogação da prisão preventiva, ainda quando ordenada, apenas, para evitar perturbasse o réu, alterasse [SIC] a produção da prova, nessa fase processual.⁶⁰⁸

Não parece totalmente acertado falar em *revogação facultativa* ou em *revogação obrigatória* da prisão preventiva. Nem o Juiz está totalmente obrigado à revogação da prisão, nem pode negar-se a revogá-la por simples capricho, como quem dispõe de um bem de seu.

Há casos em que a lei determina a revogação, restando ao Juiz pouco espaço para decidir contrariamente: a essa situação, meramente por comodidade terminológica, chama-se *obligatoriedade*. A tardança exagerada e não justificada dos prazos procedimentais, segundo iterativa jurisprudência de diversos tribunais do país, é um exemplo dessa situação, em que o sistema compele o Juiz a revogar a prisão preventiva anteriormente decretada.⁶⁰⁹

⁶⁰⁸. ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal brasileiro anotado. 3. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. 3, p. 442-443.

⁶⁰⁹. Cf., a propósito do tema, NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Revogação da prisão preventiva. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, n. 19, p. 167-169: “A provisoriade é uma característica da prisão preventiva. O excesso de prazo na movimentação do processo enseja a revogação da medida extrema (RT 418/60). Carnelutti observou que a longa permanência do custodiado no cárcere indica uma disfunção do processo penal que degrada a civilização e que este escândalo deveria cessar (...). Em nosso código processual penal não há

Quanto ao *status* do imputado após a revogação, diga-se que passará a gozar da mesma liberdade de que gozava antes da decretação da medida. Uma vez revogada a prisão preventiva, o imputado não passa a gozar de uma liberdade vinculada, mas de uma liberdade limitada apenas pelo processo penal condenatório a que responde. Fenômeno semelhante ocorre no vigente Código de Processo Penal italiano, conforme registra FRANCO CORDERO: “*misure cautelare presuppongono ‘indizi gravi’, nonché una diagnosi cautelare, essendo applicabili solo dove servano a qualcosa; appena risultano superflue, l’imputato ridiventa libero, senza lo stigma inerente alla libertà provvisoria*”.⁶¹⁰

Analise-se o tema da natureza jurídica da revogação da prisão preventiva.

É, obviamente, um provimento *urgente* e, por conseqüência, marcado pela *sumariedade formal*. Não gera a *coisa julgada material*: o

determinação de prazo para a duração da prisão preventiva, mas alguns de seus artigos determinam maior celeridade do feito quando o réu estiver preso (...). Segundo nossa jurisprudência dominante, o prazo para conclusão do processo criminal no rito ordinário é de 81 (oitenta e um) dias, servindo para os casos em que o réu foi preso em flagrante ou preventivamente. (...). Muito embora os 81 dias tenham sido amplamente aceitos pela jurisprudência como o lapso temporal em que o processo deve estar terminado, esse entendimento vem sofrendo considerável mitigação pelas mais atuais decisões de nossos tribunais. Entende-se, atualmente, que é a *instrução* que deve encerrar-se em 81 dias e não o processo. Assim, encerrada a fase instrutória com a ouvida das testemunhas da Justiça Pública e do réu, não configura constrangimento ilegal a permanência do réu na prisão se já ultrapassados os 81 dias”.

⁶¹⁰. CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Milão: Giuffrè, 1991, p. 432. Tradução livre: “medidas cautelares pressupõem ‘indícios graves’, e também uma diagnose cautelar, sendo aplicáveis somente quando sirvam para alguma coisa; tão logo mostrem-se supérfluas, o imputado torna a ser livre, sem o estigma inerente à liberdade provisória”.

próprio artigo 316 do Código de Processo Penal,⁶¹¹ em sua segunda parte, abre a possibilidade de nova decretação da prisão preventiva se os pressupostos voltarem a se manifestar.

Contudo, *não é decretado com base na aparência*. O Juiz deve certificar-se da inocorrência dos pressupostos da prisão preventiva. Daí a *inocorrência da sumariedade material* como uma de suas características.

Além disso, *não é uma medida temporária*: o Juiz, ao revogar a prisão, decide-o para que sua medida dure. Outro fator, como a condenação do acusado, pode alterar a situação, mas a medida não é naturalmente precária. Temporária era a prisão preventiva, mantida até então.

Também não é uma medida *referível* à pretensão condenatória discutida no processo penal. A revogação da prisão preventiva -- ao contrário da maioria das hipóteses de prisão preventiva -- volta-se à legalidade mesma da medida de prisão preventiva outrora decretada. Não pretende garantir ou obviar a pretensão condenatória, mas consertar uma situação de ilegalidade que se estava a perpetrar contra o imputado.

Por tais razões, conclui-se que a revogação da prisão preventiva não é cautelar nem antecipatória.

Na verdade, a revogação da prisão preventiva é uma medida urgente, baseada no *poder de polícia* da autoridade judiciária. Dotado desse poder -- que é, conforme visto anteriormente, preordenado à defesa da legalidade processual -- e diante da inexistência das circunstâncias autorizadas da prisão preventiva, o Juiz decide pela revogação da medida coercitiva.

⁶¹¹. “O juiz poderá (...) de novo decretá-la [refere-se à prisão preventiva], se sobrevierem razões que a justifiquem”.

7. A revogação da prisão temporária e a liberação do indiciado pelo decurso do prazo da detenção

O § 7º do artigo 2º, da Lei n. 7.960/89,⁶¹² com uma redação ruim,⁶¹³ dispõe que, ultrapassado o prazo de cinco dias da prisão temporária, será o preso colocado em liberdade. A redação do dispositivo dá a entender que, superado o prazo legal, o preso será colocado automaticamente em liberdade, independentemente de decisão judicial. Isso porque a prisão temporária é decretada para durar um certo prazo, salvo a prorrogação, também expressa e decidida pela autoridade judiciária. Daí o automatismo de que se reveste a liberação do indiciado.

Mas a referida lei tem outro defeito. Não trata da possibilidade de *revogação* da prisão temporária, fazendo referência apenas à liberação do indiciado pela superação do prazo. Isso, contudo, não pode induzir o intérprete ao erro de pensar que

⁶¹². “Decorrido o prazo de 5 (cinco) dias de detenção, o preso deverá ser posto imediatamente em liberdade, salvo se já tiver sido decretada sua prisão preventiva”.

⁶¹³. O defeito da redação está em que outro artigo da mesma lei (o artigo 2º, *caput*) autoriza a prorrogação da prisão, por cinco dias, em casos de “extrema e comprovada necessidade”: daí a impropriedade da disposição de que, vencido o prazo de cinco dias, será solto o indiciado, pois ele pode passar ao menos dez dias preso, em hipóteses-limite, além dos casos de crimes hediondos, cujos autores estarão sujeitos a uma prisão temporária de trinta dias, prorrogáveis por trinta dias, em casos de “extrema e comprovada necessidade” (§ 3º do artigo 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990). Melhor teria andado o legislador se tivesse redigido assim o § 7º do artigo 2º da Lei n. 7.960/89: “Decorrido o prazo de cinco dias de detenção, ressalvada a hipótese de prorrogação do artigo 2º, *caput*, o preso deverá ser posto imediatamente em liberdade, salvo se já tiver sido decretada sua prisão preventiva”.

somente pelo decurso do prazo a prisão temporária não pode se manter.

Ela também não pode subsistir se for demonstrado que os pressupostos de sua decretação não existiram nunca ou não existem mais. Por analogia com o artigo 316, primeira parte, do Código de Processo Penal, será caso de revogação da prisão temporária. Nesta hipótese, obviamente, a liberação do indiciado, por revogação da prisão, dependerá de decisão judicial.

Da natureza jurídica da liberação do indiciado preso temporariamente já se falou. Ela se opera naturalmente porque a prisão temporária é decretada para valer por um certo prazo. Não há *decisão* judicial ou policial específica a respeito, mas mero despacho de expediente: como a prisão foi decretada para durar por um certo tempo, será cancelada quando esse prazo terminar. A manutenção da detenção após o prazo, sem que seja decretada a prisão preventiva, por exemplo, configurará coação ilegal.

Quanto à natureza jurídica da revogação da prisão temporária, valem todas as observações feitas a propósito da revogação da prisão preventiva. Como aquela, a revogação da prisão temporária é uma medida de urgência baseada no poder de polícia da autoridade judiciária, poder de polícia esse, conforme dito, vocacionado à fiscalização da aplicação da lei processual penal e do devido processo legal.

8. A liberação do acusado preso, em virtude de sua absolvição recorrível

Dispõe o artigo 596, *caput*, do Código de Processo Penal,⁶¹⁴ em outros termos, que a apelação da sentença absolutória não tem *efeito suspensivo*.⁶¹⁵

Isso quer dizer que, absolvido um acusado, a apelação que porventura se interpuser da sentença absolutória não terá *efeito suspensivo*. Em outras palavras, a absolvição não altera a situação do acusado que se encontrava solto e, no caso do que se encontrava preso preventivamente (ou em virtude de flagrante, ou em virtude de pronúncia) determina sua libertação, ainda que, porventura, subsistam os motivos que autorizaram a decretação da prisão preventiva.⁶¹⁶ Mais: o artigo 596, *caput*, do Código de Processo Penal dispõe que a soltura do acusado, nessa situação, será *imediate*. Em termos práticos, o Juiz há de determinar essa liberação no próprio corpo da sentença, como um dispositivo conseqüente à própria absolvição, tendo em vista que tal providência não poderá ser obviada, ao menos por decisão sua, excetuada a hipótese do acusado

⁶¹⁴. “A apelação da sentença absolutória não impedirá que o réu seja posto imediatamente em liberdade”.

⁶¹⁵. Cf., a advertência de MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 166-167: “Consiste este efeito, que não se confunde com o acima indicado [refere-se ao efeito devolutivo], em fazer *subsistir* o óbice à manifestação da eficácia da decisão. A interposição não faz *cessar* efeitos que já se estivesse produzindo: apenas prolonga o estado de ineficácia em que se encontrava a decisão, pelo simples fato de estar sujeita à impugnação através do recurso. A denominação ‘efeito suspensivo’, por isso, apesar de tradicional, é a rigor *inexata*”.

⁶¹⁶. Exceção feita, obviamente, à constatação de que o acusado absolvido se encontra preso em virtude de outro título, outra prisão processual.

estar preso em virtude de outra prisão processual. Seria possível imaginar a prisão preventiva do recorrido, decretada pelo relator do recurso de apelação, mas a hipótese é quase acadêmica, tendo em vista que a absolvição, nesse caso, subtrai a aparência de juridicidade (*fumus boni iuris*) de eventual *medida cautelar* privativa da liberdade do acusado. A decretação ficaria condicionada, talvez, ao encontro de novas provas a autorizar a prisão preventiva.

A soltura do acusado absolvido é, conforme visto, imediata e deve ser determinada pelo próprio prolator da sentença absolutória. Ela é, portanto, uma *medida de urgência*. Resta determinar-lhe a natureza jurídica.

Antes, porém, é preciso fazer uma breve digressão histórica na direção das raízes do instituto.

A redação original do artigo 596, *caput*, do Código de Processo Penal,⁶¹⁷ dava outra solução à questão dos efeitos do recurso de apelação: havia *efeito suspensivo* nos casos de recurso de sentença absolutória por crime ao qual a lei cominasse, no máximo, pena de reclusão igual ou superior a oito anos, salvo a hipótese do artigo 318 do Código de Processo Penal.⁶¹⁸ Posteriormente, a Lei n. 263, de 23 de fevereiro de 1948 modificou a redação do artigo 596, *caput*, acrescentando um parágrafo 2º⁶¹⁹ ao dispositivo e renumerando o

⁶¹⁷. “A apelação de sentença absolutória não impedirá que o réu seja posto imediatamente em liberdade, salvo nos processos por crime a que a lei comine pena de reclusão, no máximo, por tempo igual ou superior a oito anos”.

⁶¹⁸. “Em relação àquele que se tiver apresentado espontaneamente à prisão, confessando crime de autoria ignorada ou imputada a outrem, não terá efeito suspensivo a apelação interposta da sentença absolutória, ainda nos casos em que este Código lhe atribuir tal efeito”.

⁶¹⁹. “A apelação de sentença absolutória não terá efeito suspensivo, quando for unânime a decisão dos jurados”.

então parágrafo único que, como parágrafo 1º, não teve sua redação substancialmente alterada:⁶²⁰ fê-lo, em resumo, para dar *efeito suspensivo* ao recurso de apelação das absolvições não unânimes do Tribunal do Júri. Na época, escreveu JOSÉ FREDERICO MARQUES:

O apelo contra sentença absolutória não impede a imediata soltura do réu: a) quando proferida em processo por infração penal a que a lei não comine pena de reclusão, no máximo, por tempo igual ou superior a oito anos; b) quando, qualquer que seja a infração, ocorrer a hipótese do art. 318 do Cód. de Proc. Penal; c) quando, em decisão do Tribunal do Júri, for unânime o veredicto absolutório (art. 596, § 2º).

Claro está, portanto, que em todos esses casos não tem efeito suspensivo a apelação interposta.⁶²¹

A atual redação do artigo 596 foi dada pela Lei n. 5.941/73 e, no seu parágrafo único, manteve apenas a declaração expressa de que a apelação interposta de sentença absolutória imprópria, no caso de aplicação provisória de medida de segurança, não tem efeito suspensivo.

Por todas essas razões, o exame do artigo 596, *caput*, do Código de Processo Penal, e sua evolução até hoje, revela que a liberação do acusado preso, no caso de sua absolvição, é devida à subtração do efeito suspensivo ao recurso de apelação que eventualmente se possa interpor da respectiva decisão. Quanto a essa idéia parecem não divergir os autores do processo penal brasileiro, podendo-se tomar os exemplos de FERNANDO DA COSTA TOURINHO

⁶²⁰. “A apelação não suspenderá a execução da medida de segurança aplicada provisoriamente”.

⁶²¹. MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1965, v. 4, p. 260.

FILHO,⁶²² WALTER P. ACOSTA,⁶²³ HERMÍNIO ALBERTO MARQUES PORTO,⁶²⁴ VICENTE GRECO FILHO,⁶²⁵ JULIO FABBRINI MIRABETE,⁶²⁶

⁶²². TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, v. 4, p. 310: “Tratando-se de sentença absolutória, não haverá efeito suspensivo. Absolvido o réu, haja ou não recurso da apelação, se estiver preso, será posto em liberdade”.

⁶²³. ACOSTA, Walter P. O processo penal. 18. ed., Rio de Janeiro: Editora do Autor, 1989, p. 363-364: “O efeito da apelação interposta de sentença absolutória passou a ser somente *devolutivo* depois que a Lei 5.941, de 22-11-73, dando nova redação ao art. 596, estabeleceu que, em qualquer caso, o réu absolvido é libertado incontinenti. Segundo o antigo texto desse artigo, a apelação podia ter um ou outro dos seus efeitos conforme a quantidade de pena abstratamente cominada ou, no júri, conforme fosse, ou não, unânime a decisão. E, nos termos do art. 318 do C.P.P., implicitamente revogado por aquele dispositivo, premiava-se com o efeito devolutivo o réu que se apresentasse espontaneamente à prisão, confessando o crime.” Todavia, não se pode concordar com o referido autor, quando afirma que o artigo 318 do Código de Processo Penal foi revogado pela nova redação do artigo 596, *caput*, do mesmo diploma. Esse dispositivo perdeu o sentido para a absolvição aqui tratada, mas continua aplicável à absolvição sumária tratada pelo artigo 411 do Código de Processo Penal. Daí não se poder falar de incompatibilidade entre os dispositivos.

⁶²⁴. PORTO, Hermínio Alberto Marques. Júri: procedimento e aspectos do julgamento: questionários. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 303: “Em sua redação anterior o art. 596, tratando dos efeitos de apelação contra sentença absolutória, condicionava a liberdade do réu à cominação penal em abstrato (pena de reclusão, no máximo, por tempo igual ou superior a oito anos), menos, com atenção ao Tribunal do Júri, quando unânime a decisão absolutória dos jurados (§ 2º, na antiga redação), estando, pela nova redação dada ao artigo pela Lei 5.941/73, afastada aquela condição: assim, absolvido o réu em julgamento pelo Júri, qualquer que seja a votação, terá direito de aguardar em liberdade o julgamento de apelação da acusação, bem como, se provida, o novo julgamento pelo Tribunal do Júri (...)”.

⁶²⁵. GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 319: “Assim, se a sentença é absolutória, o acusado que estava preso será imediatamente colocado em liberdade, o que significa que o recurso contra essa sentença *não* tem efeito suspensivo da ordem de soltura”.

e HÉLIO TORNAGHI.⁶²⁷

A ausência do efeito suspensivo, portanto, enseja a medida de soltura do acusado eventualmente preso. Ainda assim, há uma *decisão* a esse respeito, até porque o Juiz precisa precaver-se de que o acusado se encontra preso *apenas* por aquele título processual. Verificando que a única prisão processual que recai sobre o réu é em virtude do processo que conduz, o Juiz decide pela imediata soltura, que pode ser implementada tão logo publicada a sentença absolutória.

Quando o juiz absolve o acusado, pronuncia-se, na verdade, sobre a base probatória existente no processo penal condenatório. E o faz para dizer que não existe base suficiente para condenar; ou que há base suficiente para absolver, o que, para a consequência aqui tratada, redundaria no mesmo.

Qualquer das medidas de urgência que porventura tomara se basearam na probabilidade que havia, então, de condenar. Com a absolvição se revela que essa base é inexistente. Em outros termos, que não há *fumus boni iuris*.

Daí porque se pode afirmar que a *soltura do acusado absolvido em virtude de sentença absolutória recorrível* é uma medida de *urgência*, baseada

⁶²⁶. MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo penal. São Paulo: Atlas, 1991, p. 619 (cf., também, p. 436): “Não mais existe a restrição à liberdade do acusado, como na lei anterior, a não ser nas hipóteses expressas [refere-se à descrita no artigo 411 do Código de Processo Penal ou à eventualidade do réu estar preso por outro motivo] e não se pode sustentar o efeito suspensivo da apelação acusatória nos casos de absolvição pelo juiz singular ou pelo Júri, aqui independentemente da unanimidade ou não da votação dos jurados”.

⁶²⁷. TORNAGHI, Hélio. Curso de processo penal. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, v. 2, p. 342: “A apelação de *sentença absolutória* não tem efeito suspensivo e, conseqüentemente, não impede que o réu, eventualmente preso, seja posto logo em liberdade (art. 596)”.

no *poder de polícia* da autoridade judiciária. No caso, diante da verificação da falta de base probatória que revele a probabilidade de condenação, o Juiz cancela a medida de urgência tomada anteriormente. Cabem, nesse caso, as mesmas observações feitas quando se tratou da revogação da prisão preventiva.

9. A medida liminar em *habeas corpus*

Dispõe o inciso LXVIII do artigo 5º da Constituição que “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

O Código de Processo Penal idealizou e conceituou o *habeas corpus* como um recurso; *recurso ordinário*, segundo ANTÔNIO LUIZ DA CÂMARA LEAL,⁶²⁸ *recurso especial* ou *misto*, segundo EDUARDO ESPÍNOLA FILHO.⁶²⁹

Todavia, conforme demonstraram, de maneira superior, PONTES DE MIRANDA⁶³⁰ e JOSÉ FREDERICO MARQUES,⁶³¹ apenas

⁶²⁸. LEAL, Antônio Luiz da Câmara. Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro. Rio de Janeiro-São Paulo: Freitas Bastos, 1943, v. 4, p. 174-175.

⁶²⁹. ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal brasileiro anotado. 3. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. 7, p. 52.

⁶³⁰. MIRANDA, Pontes de. História e prática do habeas-corpus: direito constitucional e processual comparado. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 1979, t. 1, p. 161: “Direito, pretensão, ação e remédio jurídico-constitucionais, garantia constitucional, aí está o que se tornou o habeas-corpus”.

⁶³¹. MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1965, v. 4, p. 367: “O habeas corpus que o Cód. de Proc.

para ficar com dois exemplos, o *habeas corpus* mais se afeiçoa à idéia de um *remédio jurídico-constitucional*. É o que é: uma *ação constitucional*, vocacionada à proteção do direito de ir-e-vir, seja quando violado, seja quando apenas ameaçado.

Por conta dessas características, é possível afirmar a enorme similitude que o *habeas corpus* tem com o mandado de segurança e com o *habeas data*. Juntamente com a ação popular, constituem um formidável conjunto de instrumentos constitucionais de tutela de direitos, individuais e coletivos.

Essa similitude está comprovada historicamente pela chamada “Teoria” ou “Doutrina Brasileira do *Habeas Corpus*”.

Conforme opinião generalizada, essa teoria nasceu durante a última década do Século XIX e as duas primeiras deste Século; no Brasil, obviamente.

Possibilitou-a a amplitude, ou ambigüidade, da redação do § 22 do artigo 72 da Constituição brasileira de 1891, então em vigor.

Esse dispositivo tratava do *habeas corpus* da seguinte maneira: “Dar-se-á o *habeas-corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder”.

A Constituição brasileira de 1824 não tratara do *habeas corpus*. Foi ele previsto no Brasil, pela primeira vez, no artigo 340 do Código de Processo Criminal de Primeira Instância, de 1832. Conforme se vê, a norma constitucional de 1891, sabe-se lá por qual motivo, não restringia -- ou não era expressa em restringir -- o *habeas corpus* às violações e ameaças à liberdade ambulatoria.

Ainda de acordo com a opinião dominante, os próceres e

Penal inclui entre os recursos, é, antes de mais nada, remédio de Direito Processual Constitucional”.

pioneiros da teoria foram RUI BARBOSA e PEDRO LESSA.

O primeiro, por tê-la defendido como jurista e também como advogado, junto aos Juízes e tribunais e, principalmente, junto ao Supremo Tribunal Federal. LEDA BOECHAT RODRIGUES chega ao ponto de atribuir-lhe a paternidade da idéia.⁶³²

De fato, já em quinze de agosto de 1893, em editorial publicado no “Jornal do Brasil”, RUI BARBOSA escreveu a respeito do tema, sustentando o cabimento do *habeas corpus* para assegurar a liberdade de imprensa:

Não há (...) em face da nossa lei constitucional, base alguma, para se circunscrever esse remédio [refere-se, obviamente, ao *habeas corpus*] contra os abusos da força às hipóteses de constrangimento à liberdade de locomoção. Os termos constitucionais são amplos: abrangem todas as eventualidades de constrangimento arbitrário aos direitos individuais... Não haverá violência, ou coação no ato de vedar a publicação de uma folha? Essa coação, essa violência não recairão sobre o indivíduo? Não envolverão para ele um sofrimento pessoal? Incontestavelmente. Logo, a inteligência, que banisse desses casos a possibilidade jurídica do *habeas-corpus*, seria arbitrária em sua severidade: restringiria, cercearia, mutilaria a plenitude constitucional do remédio estabelecido.⁶³³

O segundo instituidor da doutrina teria sido PEDRO LESSA, então Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Contra essa idéia insurge-se com inusitado vigor LEDA

⁶³². RODRIGUES, Leda Boechat. História do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, t. 3, p. 33.

⁶³³. BARBOSA, Rui. Editorial. In: Jornal do Brasil. Rio de Janeiro: Jornal do Brasil, 1893, edição de quinze de agosto, *apud* ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal brasileiro anotado. 3. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. 7, p. 25.

BOECHAT RODRIGUES,⁶³⁴ que afirma ter sido PEDRO LESSA, na verdade, um vigoroso, arrogante e destemperado combatente da idéia do *habeas corpus* como um instrumento de proteção de direitos que não o de locomoção; a autora mineira propõe o nome do Ministro ENEAS GALVÃO como o que mais desenvolveu, no seio do Supremo Tribunal Federal, a idéia da ampliação desse remédio.⁶³⁵

O mais seguro, porém, é afirmar que a “Teoria Brasileira do *Habeas Corpus*”, seguramente uma criação original e brilhante, tenha sido uma criação dos advogados brasileiros de antanho, advogados hoje anônimos, porque no olvido, e não tenha paternidade nem propriedade definida.

Diante da redação do § 22 do artigo 72 da Constituição brasileira de 1891, duas correntes foram formadas a respeito do assunto. A primeira, capitaneada por RUI BARBOSA -- e, segundo LEDA BOECHAT RODRIGUES, pelo Ministro ENEAS GALVÃO -- sustentava que o *habeas corpus* poderia ser utilizado para proteger a liberdade de locomoção, mas não exclusivamente. RUI BARBOSA já defendera essa teoria, conforme visto, em 1893. ENEAS GALVÃO defendeu-a, em acórdão que redigiu em 1915, da acusação de excessivamente ampliativa:

Acho que não há erro na ampliação do *habeas-corpus*. Se o conceito do *habeas-corpus* evoluiu por esse modo é porque as necessidades da nossa organização social e política o exigiram, como resultado de

⁶³⁴. RODRIGUES, Leda Boechat. História do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, t. 3, p. 121-130 (especialmente a p. 124, donde se pode extrair os adjetivos usados pela autora) e 333-336.

⁶³⁵. RODRIGUES, Leda Boechat. *Idem*, p. 33: “O Ministro *Eneas Galvão*, nomeado em 1912 e morto em 1916, serviu ao Supremo Tribunal Federal apenas quatro anos. (...) Ninguém mais do que ele deixou seu rastro luminoso no *habeas-corpus* brasileiro e na sua aplicação, justificando a chamada Doutrina Brasileira do *Habeas-Corpus*”.

repetidos ataques à liberdade individual, determinando, assinalando função maior, mais lata, ao instituto do *habeas-corpus*. (...) No nosso meio político, os repetidos ataques à liberdade individual impuseram a necessidade de alargar a concepção do *habeas-corpus*, o exercício deste meio judicial. (...) O Tribunal está cumprindo a sua missão tutelar dos direitos, está evoluindo com as necessidades da Justiça; se há excesso, é o excesso que leva ao caminho da defesa das liberdades constitucionais.⁶³⁶

A outra corrente foi capitaneada por PEDRO LESSA, que aceitou a ampliação do *habeas corpus* com uma formulação diversa, que diminuiu a amplitude de sua utilização. Enquanto a primeira corrente buscava uma absoluta independência do *habeas corpus* em relação ao direito de ir-e-vir, PEDRO LESSA buscou uma identidade entre o direito de liberdade e o direito a ser tutelado pelo *habeas corpus*, criando o conceito de *direito-escopo*. Essa tese acabou por afastar do *habeas corpus* as pessoas jurídicas, incapazes de locomoção e, portanto, nenhum direito seu haveria de depender dessa espécie de liberdade. E acabou vencedora na jurisprudência, conforme explica MIGUEL SEABRA FAGUNDES:

A jurisprudência, vindo ao encontro do reclamo de proteção a relevantes situações jurídicas, desamparadas de um eficaz remédio processual, desenvolve, então, um memorabilíssimo trabalho construtivo, reconhecendo ao *habeas corpus* uma latitude, que, em país algum, jamais se lhe reconhecera. Ele se apresenta a esse tempo, com feitiço marcadamente brasileiro, facilmente utilizável pelo indivíduo contra quase todos os atos violentos do Poder Público, destoando do tipo clássico anglo-americano. Os julgados ampliativos do velho instituto se fundamentam, sobretudo, na correlação entre o exercício do direito de ir e vir e o exercício

⁶³⁶. *Habeas corpus* n. 3.695 - STF - Relator Ministro Eneas Galvão - julgado em 1915, *apud* RODRIGUES, Leda Boechat. *Ibidem*, p. 33-34.

doutros direitos, admitindo o *habeas corpus* sempre que o direito de locomoção fosse essencial ao exercício dum outro qualquer. É o direito de locomoção como *meio* de pleno exercício dum outro, que se apresenta como *direito-escopo*, na conhecida expressão de PEDRO LESSA (...).⁶³⁷

A redação original do § 22 do artigo 72 da Constituição brasileira de 1891 manteve-se até setembro de 1926, quando uma reforma constitucional deu-lhe a seguinte nova redação: “Dar-se-á o *habeas-corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção”. LEDA BOECHAT RODRIGUES, em candente libelo, atribui essa emenda a uma manobra política autoritária e mesmo abjeta do então Presidente Arthur Bernardes.⁶³⁸

Contudo, enquanto esteve vigorando a redação original do texto constitucional de 1891, o Supremo Tribunal Federal manteve a doutrina ampliativa do *habeas corpus*. Destacou-se, na jurisprudência, a fórmula encontrada por PEDRO LESSA.⁶³⁹

Conforme comprova a acima citada lição de MIGUEL SEABRA FAGUNDES, os tribunais e o Supremo Tribunal Federal aceitaram a “Teoria Brasileira do *Habeas Corpus*”, tendo em vista o “reclamo de proteção a relevantes situações jurídicas, desamparadas de um eficaz remédio processual”.

Eis a idéia-chave no estudo do *habeas corpus*. Ele é um

⁶³⁷. FAGUNDES, Miguel Seabra. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. 3. ed, Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 286.

⁶³⁸. RODRIGUES, Leda Boechat. História do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, t. 3, p. 21.

⁶³⁹. RODRIGUES, Leda Boechat. *Idem*, p. 33.

instrumento judicial idealizado para corrigir situações para as quais não se dispõe de outro remédio eficaz. Confirma-se um pronunciamento do final do Século passado, a respeito do tema:

Tem-se querido ainda restringir o *habeas-corpus*, quando na espécie há recursos ordinários; mas se o *habeas-corpus* é remédio *prompto* contra qualquer opressão da liberdade, fazê-lo depender, por exemplo, da apelação, remédio moroso, em que se despende, em geral meses, equivaleria a retirar com mão avara aquilo que outra não concedera liberalmente. De que serviria essa garantia quando o ato ilegal, revestindo esta ou aquela forma, sujeita o cidadão à maior das violências, obrigando-o a responder criminalmente sob prisão por um ato inocente ante a lei?⁶⁴⁰

Essa, portanto, a premissa da presente análise: o *habeas corpus* é uma ação constitucional idealizada para solucionar situações em que o ordenamento jurídico não preveja outros instrumentos eficientes de tutela.

Sobre a eficácia da sentença concessiva de *habeas corpus*, pronuncia-se PONTES DE MIRANDA:

A eficácia da sentença que concede o *habeas-corpus* é preponderantemente *mandamental*. Pode acontecer que alguma ou algumas das questões prejudiciais, partes do pedido, sejam de nulidade do processo, ou de ato processual, ou de declaração da existência ou inexistência de fato, de que resulte nulidade do processo ou de ato processual.

Se o ato ou omissão, que se imputa ao acusado, ou ameaçado, não é crime, nem contravenção, (...) a parte da sentença que o enuncia é *declarativa*, porque nega a existência de relação de ordem penal. Porém esse elemento é secundário. É efeito, e não força específica

⁶⁴⁰. GALVÃO, M. N. Fonseca. Relatório ao Governo do Estado de Pernambuco. Sem data, *apud* ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. O processo criminal brasileiro. Rio de Janeiro: Laemmert, 1901, v. 2, p. 247.

da sentença concessiva de habeas-corpus, que entra na classe estudada por GEORG KUTTNER: a das *sentenças mandamentais*.⁶⁴¹

A admissão da existência de sentenças com eficácia mandamental é problemática na doutrina do processo civil brasileiro, conforme adverte OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA.⁶⁴² Entretanto, o presente estudo assume, como premissa, que a sentença concessiva de *habeas corpus* tem, prevalentemente, eficácia mandamental, podendo ter, acidentalmente, di-lo PONTES DE MIRANDA, eficácia (des)constitutiva e declaratória. É, portanto, *ato judicial decisório prevalentemente mandamental*.

Feitas essas considerações introdutórias, diga-se, a bem da verdade, que essa sentença, embora seja protetiva da liberdade do indivíduo, não se encaixa como objeto do presente estudo.

Isso porque, embora o *habeas corpus* tenha, conforme também afirmado por PONTES DE MIRANDA, “rito mínimo”,⁶⁴³ ou seja, é célere e destituído de formalidades desnecessárias, a verdade é que não se pode identificar a sentença concessiva de ordem de *habeas*

⁶⁴¹. MIRANDA, Pontes de. História e prática do habeas-corpus: direito constitucional e processual comparado. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 1979, t. 2, p. 229-230.

⁶⁴². SILVA, Ovídio A. Baptista da. Jurisdição e execução na tradição romano-germânica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 12-13: “Dizer (...) como o faz Pontes de Miranda, que ‘está assente na ciência do direito’ a classificação das ações e sentenças em cinco espécies [refere-se às ações e sentenças declaratórias, constitutivas, condenatórias, mandamentais e executivas] é, no mínimo, um exagero, se não for uma inocultável falsidade científica. Ao contrário, o que está solidamente ‘assente’ na doutrina processual é o entendimento de que somente existem as três ações, identificadas como declaratórias, constitutivas e condenatórias”.

⁶⁴³. MIRANDA, Pontes de. História e prática do habeas-corpus: direito constitucional e processual comparado. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 1979, t. 2, p. 229-208: “O processo do habeas-corpus tem rito mínimo”.

corpus como medida motivada por uma concreta situação de *urgência*.

Há, de fato, uma situação de premência ante a ilegalidade, que reclama uma tutela rápida e eficaz. Nem sempre, porém, a *urgência*, ou, mais propriamente, o *periculum in mora*, está presente.

A concessão da ordem de *habeas corpus* está motivada pela ilegalidade praticada que viola -- ou tende a violar -- a liberdade de locomoção de qualquer pessoa. Daí a necessidade da celeridade.

Mas a *urgência*, enquanto tal, não é remediada pelo *habeas corpus*. Ou, antes: o *habeas corpus* não é, *de per se*, instrumento apto a atalhar uma situação de *urgência*. Isso porque ele, embora célere em comparação com outros processos judiciais, torna-se moroso se colocado diante de uma concreta situação de perigo de perecimento de algum direito.

Daí porque, na realidade, o que corrige as situações de perigo para algum direito são, dentro do processo de *habeas corpus*, medidas intestinas proferidas antes do seu final, e vocacionadas a corrigir essas situações. Escrita a propósito da medida liminar em mandado de segurança, a lição de LUIZ GUILHERME MARINONI se adapta à matéria:

O problema da equação rapidez-certeza, posta pela excessiva morosidade do processo, foi que inspirou o surgimento das liminares cautelares e antecipatórias e a execução provisória da sentença contra o *periculum in mora*, que, segundo alguns doutrinadores italianos de renome, como Mario Dini, natureza cautelar também possui.⁶⁴⁴

⁶⁴⁴. MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à adequada tutela jurisdicional: a proibição das liminares e da execução provisória da sentença no mandado de segurança. In: Efetividade do processo e tutela de urgência. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994, p. 66.

Outro esclarecimento metodológico.

A pesquisa da tutela de urgência, para a redação deste trabalho, resumiu-se às medidas relacionadas ao processo penal condenatório. Há medidas de urgência em processos penais não condenatórios, mas estudá-las em sua totalidade seria tarefa não cabível dentro dos compromissos assumidos para a redação do presente estudo.

Entretanto, dada a freqüência com que surge no dia-a-dia do profissional do foro criminal, justificou-se a inclusão, entre as medidas de urgência estudadas, de uma providência não relacionada ao processo penal condenatório, mas relacionada a um processo penal mandamental, que é, justamente, o *habeas corpus*.

Isso porque, durante a tramitação de um processo de *habeas corpus*, há situações em que o Juiz pode, diante do que lhe é posto, proferir uma decisão liminar. É essa decisão, sempre traduzível em providências práticas, que procura eliminar uma situação de perigo a algum direito.

No presente item, investigar-se-á a natureza jurídica dessa decisão liminar em *habeas corpus*.

Conecta-se ela com o princípio constitucional da “inafastabilidade da tutela jurisdicional”, pronunciado pelo inciso XXXV do artigo 5º da Constituição.⁶⁴⁵

Segundo esse princípio, nenhuma lesão ou ameaça de lesão está abaixo ou acima da tutela jurisdicional, que deve ser proporcionada com eficiência.

Além de atender a esse princípio, a medida liminar, no caso, em *habeas corpus*, corresponde à concepção de processo de GIUSEPPE CHIOVENDA, para quem “o processo deve dar, quanto for possível

⁶⁴⁵. “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

praticamente, a quem tem direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem direito de conseguir”.⁶⁴⁶

Por fim, a medida liminar em *habeas corpus* deve ser analisada sob a ótica da chamada “efetividade do processo”, que pretende garantir.

Quando o Presidente da República Fernando Collor de Mello editou Medidas Provisórias proibindo a concessão de liminares em mandados de segurança contra o chamado “Plano Collor”, escreveu, a respeito, LUIZ GUILHERME MARINONI:

O mandado de segurança, se examinado através da ótica da efetividade do processo, jamais poderá ser admitido com a supressão do instrumento propício à tutela contra o *periculum in mora*, sob pena de deixar de ser um relevante remédio constitucional posto a serviço do cidadão, para tornar-se um procedimento inefetivo e incoerente, por pressupor tutela urgente e, ao mesmo tempo, não dispor de instrumento necessário para realizá-la.⁶⁴⁷

É possível, agora, uma maior aproximação com o objeto do presente item. Referindo-se ao mandado de segurança, afirma ALFREDO BUZAID que “a liminar é uma medida acautelatória e corresponde à função preventiva do processo”.⁶⁴⁸ Da mesma forma, para HELY LOPES MEIRELLES, “a medida liminar é provimento cautelar

⁶⁴⁶. CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Trad. de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 1 e 2, p. 46-48 *apud* CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. A lide cautelar no processo civil. Curitiba: Juruá, 1992, p. 34-35.

⁶⁴⁷. MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à adequada tutela jurisdicional: a proibição das liminares e da execução provisória da sentença no mandado de segurança. In: Efetividade do processo e tutela de urgência. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994, p. 68.

⁶⁴⁸. BUZAID, Alfredo. Do mandado de segurança. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 213.

admitido pela própria lei de mandado de segurança *quando sejam relevantes os fundamentos da impetração e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da ordem judicial, se concedida a final*".⁶⁴⁹

CELSO AGRÍCOLA BARBI, embora confirme a natureza cautelar da medida liminar em mandado de segurança, ensina que, proferindo-a, "terá o juiz antecipado, em caráter provisório, a providência que caberia à sentença final, e isso para 'evitar o dano' que decorreria da natural demora na instrução do processo".⁶⁵⁰

Ela corresponderia, então, ao terceiro grupo de provimentos cautelares relacionado por PIERO CALAMANDREI, "*con cui si decide interinalmente, in attesa che attraverso il processo ordinario si perfezioni la decisione definitiva, un rapporto controverso, dalla indecisione del quale, se questa perdurasse fino alla emanazione del provvedimento definitivo, potrebbero derivare a una delle parti irreparabili danni*".⁶⁵¹ Daí a filiação do pensamento de CELSO AGRÍCOLA BARBI ao pensamento do processualista florentino.

Em sentido contrário, isto é, entendendo que a medida liminar em mandado de segurança não é, de forma alguma, antecipatória, manifestam-se HELY LOPES MEIRELLES,⁶⁵² ARRUDA ALVIM⁶⁵³ e

⁶⁴⁹. MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data". 14. ed., atualizada por Arnaldo Wald. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 56.

⁶⁵⁰. BARBI, Celso Agrícola. Do mandado de segurança. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 174.

⁶⁵¹. CALAMANDREI, Piero. Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari. Pádua: Cedam, 1936, p. 38. Tradução livre: . Tradução livre: "com o qual se decide interinalmente -- na espera que através do processo ordinário se aperfeiçoe a decisão definitiva -- uma relação controversa, pondo fim a uma indecisão que, caso perdurasse até a emanção do provimento definitivo, poderia derivar, a alguma das partes, danos irreparáveis".

⁶⁵². MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data". 14. ed., atualizada por Arnaldo Wald.

ALFREDO BUZAID. Eis o pensamento deste último:

No mandado de segurança (...) a liminar corresponde à necessidade efetiva e atual de afastar o receio de um dano jurídico. Os dois requisitos, que autorizam a concessão da liminar em mandado de segurança, são a relevância do fundamento e o receio de lesão ao direito. A liminar tem duração limitada e provisória e, como tal, pode ser, a qualquer tempo, revogada. Não é a liminar uma antecipação provisória dos efeitos definitivos da sentença que acolhe a segurança. O juiz que concede a liminar não é obrigado a mantê-la no momento de proferir a sentença final, em que reconhece ou nega o direito invocado pelo impetrante.⁶⁵⁴

Contudo -- e essa realidade hoje é perfeitamente aceita pelos doutrinadores do processo civil -- não é conatural ao provimento antecipatório que o Juiz não possa revogá-lo quando proferir a

São Paulo: Malheiros, 1992, p. 56: “A medida liminar não é concedida como antecipação dos efeitos da sentença final, é procedimento acautelador do possível direito do impetrante, justificado pela iminência de dano irreversível de ordem patrimonial, funcional ou moral se mantido o ato coator até a apreciação definitiva da causa. Por isso mesmo, não importa prejulgamento; não afirma direitos; nem nega poderes à Administração. Preserva, apenas, o impetrante de lesão irreparável, sustentando provisoriamente os efeitos do ato impugnado”.

⁶⁵³. ALVIM, Arruda. Anotações sobre a medida liminar em mandado de segurança. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, n. 39, p. 20: “Quanto à natureza da medida liminar, devemos dizer que, na verdade, ela se constitui numa espécie de medida cautelar, embora *satisfaça* o impetrante (*si et in quantum*), da mesma maneira que poderá vir a ocorrer com a possível sentença concessiva da segurança. Em rigor, uma medida cautelar embutida, porque prevista na própria lei disciplinadora do mandado de segurança. Quanto ao tipo de eficácia desta medida, ela se constitui numa antecipação da futura eficácia da sentença concessiva do mandado de segurança, se, por ventura, essa sentença vier confirmar a medida liminar, de maneira que, na realidade, o que ocorre é uma antecipação da eficácia”.

⁶⁵⁴. BUZAID, Alfredo. Do mandado de segurança. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 216-217.

sentença. Isso é perfeitamente possível. O que diferencia um provimento cautelar de um provimento antecipatório é, de um lado, a sua finalidade e, de outro, o seu fundamento.

O provimento cautelar tem finalidade de prevenir a ocorrência de um dano; o provimento antecipatório, de prevenir a ocorrência de um dano através da antecipação dos efeitos da sentença. Quanto ao fundamento, o provimento cautelar se baseia na aparência do direito, enquanto o provimento antecipatório, na evidência do direito afirmado e provado, que justifica a antecipação dos efeitos mesmos da sentença.

De fato, um melhor exame da matéria, através da sua casuística, revela que as liminares em *habeas corpus* i) ora garantem a eficácia da decisão mesma, que se há de proferir, ii) ora antecipam os efeitos da sentença que se haverá de proferir ao final do processo.

Essas situações são identificáveis em virtude do perigo de perecimento antecipado do direito que se quer conservar ou em virtude da evidência dos fatos postos pelo impetrante.

Tome-se o exemplo do *habeas corpus* impetrado com a finalidade de trancar inquérito policial. Nesse caso, se o impetrante requerer, como medida liminar, que o paciente não seja submetido a uma determinada diligência policial, ao menos enquanto não definida a questão jurídica posta no *habeas corpus*, estará requerendo uma tutela cautelar.

Além desse exemplo, tome-se o do *habeas corpus* que possua, além da pretensão mandamental, as de (des)constituição e de declaração. As providências práticas anteriores à (des)constituição ou à declaração, quando servirem para garantir a eficácia desse provimento, também serão cautelares.

Por outro lado, há situações em que o Juiz não concederá uma

medida liminar simplesmente porque há risco de perecimento do direito que o *habeas corpus* pretende garantir, mas em função da evidência do direito afirmado pelo impetrante, evidência essa que se mostra documentalmente e que justifica a antecipação da tutela final pedida no *writ*.

Nas liminares relacionadas no item “i)”, estar-se-á diante de tutela cautelar. Nas liminares relacionadas no item “ii)”, a tutela será sumária antecipatória.

No primeiro caso, há *urgência*, ou *periculum in mora*, pois o direito que o *writ* pretende garantir corre o risco de perecer se se aguardar a prolatação da decisão final.

Há *sumariedade formal*, pois a medida é concedida sem que a autoridade coatora possa se manifestar. Essa supressão do direito de defesa -- no caso, da autoridade coatora -- justifica-se tendo em conta a urgência da situação apresentada.

Há *sumariedade material* pois, nesse caso, a cognição é superficial. O Juiz não define o fundo do direito afirmado, mas apenas garante, através de providências práticas, que haverá utilidade do provimento final. Decide, em outras palavras, com base na *aparência* do direito afirmado.

Há, obviamente, *referibilidade* na medida liminar que prolata. Por fim, ela é *temporária* e *incapaz de gerar a coisa julgada material*.

Nas liminares mencionadas no item “ii)”, que configuram tutela sumária antecipatória, há a situação de *urgência* a justificar a adoção de medidas judiciais antes de que seja tempo de decidir o próprio *writ*.

Havendo a *urgência*, justifica-se a *sumariedade formal*, característica dessas liminares, dadas sem que a autoridade coatora possa, especificamente, sobre elas se manifestar.

Na liminar antecipatória em *habeas corpus*, há *referibilidade* do direito afirmado, para a obtenção da providência liminar, com a relação de direito material afirmada na inicial.

Por outro lado, nas liminares antecipatórias em *habeas corpus*, não está presente a *sumariedade material*, característica da tutela cautelar. Nelas, o Juiz não decide com base na *aparência* mas, ao contrário, com base na *evidência* do direito afirmado e comprovado documentalmente.

Ocorrendo a hipótese de *evidência* do direito afirmado pelo impetrante -- *evidência* essa que se afirma pelo conjunto de provas documentais apresentadas pelo autor -- passa a ser do interesse da administração da justiça que o *habeas corpus* defina, de uma vez, o direito afirmado, evitando-se um processo penal condenatório cuja sentença será muito provavelmente absolutória.

Havendo evidência de inocência do impetrante -- seja por qual razão for, desde que comprovável documentalmente -- o processo penal condenatório trará, sob o prisma do interesse da administração pública, prejuízo e, sob o do interesse do réu, sofrimento rigorosamente inútil.

A liminar antecipatória em *habeas corpus* é *incapaz de gerar a coisa julgada material*, na medida em que não define, de forma imutável, a sentença que se haverá de proferir ao final do processamento do *writ*. É possível que o Juiz, tendo em conta as informações prestadas pela autoridade coatora, venha a revogar a liminar antecipatória que concedera, nada obstante a evidência do direito afirmado, que depois se afirme irreal.

Contudo, a referida liminar *antecipatória* não é *temporária*, embora possa, eventualmente, não durar para sempre. Não nasce sob o signo da *temporiedade*, como a *medida cautelar* o faz. A *medida cautelar* é

temporária porque nasce para evitar o *periculum in mora* enquanto não proferida a decisão final. A *medida antecipatória* não é temporária porque, embora nasça ou, melhor, justifique-se dada uma situação de perigo, é também justificada tendo em vista a evidência do direito afirmado pelo autor e comprovado documentalmente.

Daí o fato de que o Juiz antecipa a sentença de mérito que há de proferir. Não há razão para falar, pois, em *temporiedade* da medida liminar antecipatória em *habeas corpus*.

Capítulo 3 - AS MEDIDAS INSTRUTÓRIAS DE URGÊNCIA

0. Introdução

Apesar do processo penal ser um conjunto de todas as atividades desenvolvidas pelos seus atores (atividades postulatória, administrativa, documentativa, instrutória, crítica, decisória e devolutiva) e, a não ser excetuando exemplos de processos defeituosos ou inconstitucionais (como o extinto processo judicialiforme das contravenções penais e dos crimes culposos) não se poder imaginá-lo sem todas essas atividades, a verdade é que a atividade instrutória foi sempre vista como a mais importante nele desenvolvida. Segundo JOAQUIM JOSÉ CAETANO PEREIRA E SOUZA, por exemplo, “a prova é a alma do processo; é a luz, que deve guiar o juiz”.⁶⁵⁵

Se é, de fato, a mais importante, não se pode afirmar sem risco de incidir em imperdoável imprecisão. Decerto, porém, a atividade instrutória é a mais absorvente do processo penal condenatório, porque nela a maior parte do tempo, na direção de uma sentença, é gasta.

Isso faz com que, em alguns momentos, o próprio processo penal condenatório seja tomado pela sua fase instrutória e chamado, embora indevidamente, de “instrução criminal”.

Daí a preocupação da lei processual penal com a preservação da higidez da atividade instrutória.

⁶⁵⁵. SOUZA, Joaquim José Caetano Pereira e. Primeiras linhas sobre o processo civil brasileiro: acomodadas ao foro do Brasil até 1877 por Augusto Teixeira de Freitas. 2. ed., Paris: Garnier, 1907, p. 158.

Conforme é sabido, a prova criminal está sujeita a azares que vão desde a intervenção voluntária e deletéria de ser humano ou de animal irracional, até ocorrências naturais, como a chuva, o sol, raios elétricos etc. Além disso, está exposta à ação dissolutória do tempo, que a vai lentamente esmaecendo até fazê-la desaparecer: as testemunhas se esquecem do que presenciaram ou morrem das mais diversas causas, os documentos consomem-se pelo fogo, envelhecem, perdem a cor e às vezes, seu conteúdo, tendo em vista a instabilidade química das tintas utilizadas, as paisagens e os acidentes naturais são modificados por obras de construção civil etc.

A fim de evitar a ação humana contra a atividade instrutória, ideou-se, inclusive, uma medida privativa da liberdade do imputado, “por conveniência da instrução criminal”. Conforme visto anteriormente, tal forma de prisão processual apresenta a natureza jurídica de *medida cautelar* privativa da liberdade do imputado.

O direito penal brasileiro dispõe de diversas figuras criminosas que protegem a prova criminal. Algumas, como o homicídio, a lesão corporal, o constrangimento ilegal, a ameaça, o furto, o roubo e tantas outras, protegem a prova criminal de forma inespecífica, isto é, protegem-na enquanto bem jurídico de qualquer natureza. Na medida em que o objeto utilizado na prática de um crime é coisa alheia móvel, o direito penal tipifica a conduta de quem, seja com móvel patrimonial, seja com outro móvel, tenta subtraí-la de seu legítimo dono. Da mesma maneira quanto à vida ou quanto à integridade corporal de testemunhas do fato criminoso. Além disso, no Capítulo III do Título XI da Parte Especial do Código Penal, encontram-se diversas figuras criminosas preordenadas à proteção da prova criminal, como a “denúncia caluniosa”, a “auto-acusação falsa”, o “falso testemunho”, a “falsa perícia”, a “coação no curso do

processo”, a “fraude processual”, o “favorecimento pessoal”, o “favorecimento real”, o “exercício arbitrário ou abuso de poder”, a “fuga de pessoa presa” ou a “fuga de pessoa submetida a medida de segurança” e outras. É preciso também salientar que diversas dessas figuras criminosas apresentam-se com penas dobradas se o resultado danoso que se pretende alcançar o é em processo penal.

Os itens que se seguem procuram tratar dos instrumentos processuais penais idealizados com a finalidade de preservar a prova criminal da ação do tempo e, mesmo, de outros fatos de dissolução.

1. O inquérito policial

Contra a ação do tempo, a lei processual penal somente poderia ter providenciado, como procurou providenciar, a prestação das medidas de iniciativa do processo. É preciso entender que se passava o início da década de 40 e as perspectivas de movimentação processual eram muitíssimo mais modestas do que as atuais; talvez por isso os mecanismos processuais hoje pareçam tão lentos. Além disso, havia um problema que o legislador de 1941, muito sabiamente, procurou obviar: a possível conclusão precipitada quanto aos fatos objeto da pretensão condenatória, para o fim de dar início à ação penal.

Para o fim de prevenir esse problema e, ao mesmo tempo, garantir que as provas do fato não ficariam tão expostas à ação deletéria do tempo, o legislador criou, entre outros instrumentos, o inquérito policial, *medida cautelar administrativa complexa* por natureza, que pretende acautelar a Justiça Pública de diversos inconvenientes.

É conhecida a passagem do item IV da Exposição de Motivos

do Código de Processo Penal:

IV - (...) há em favor do inquérito policial, como *instrução provisória* antecedendo à propositura da ação penal, um argumento dificilmente contestável: é ele uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas. Por mais perspicaz e circunspecta, a autoridade que dirige a investigação inicial, quando ainda perdura o alarma provocado pelo crime, está sujeita a equívocos ou falsos juízos *a priori*, ou a sugestões tendenciosas. Não raro, é preciso voltar atrás, refazer tudo, para que a investigação se oriente no rumo certo, até então despercebido. Por que, então, abolir-se o inquérito preliminar ou instrução provisória, expondo-se a justiça criminal aos azares do *detetivismo*, às marchas e contramarchas de uma instrução imediata e única? Pode ser mais expedito o sistema de unidade de instrução, mas o nosso sistema tradicional, com o inquérito preparatório, assegura uma justiça menos aleatória, mais prudente e serena.

Pois bem: dos “azares do detetivismo” procurou o inquérito policial preservar o aplicador da lei penal.

Mas não é somente nesse sentido que o inquérito policial é *medida cautelar*.

O inquérito policial também intenciona localizar e proteger todos os elementos de convicção que cerquem o fato criminoso, de forma cuidadosa o suficiente para que possibilite o exame por parte dos futuros participantes do processo penal e uma conclusão mais próxima da verdade real. A descoberta do indiciado,⁶⁵⁶ as perguntas sobre o seu estado de espírito no momento do crime ou pouco

⁶⁵⁶. Cf., sobre o tema no processo penal italiano, SIRACUSANO, Delfino. Un'ambigua correlazione: l'indizio e l'indiziato. In: Introduzione allo studio del nuovo processo penale. Milão: Giuffrè, 1989, p. 41-56.

depois, as indagações sobre sua vida pregressa, sobre os motivos do crime, todas feitas pela autoridade policial por ocasião do interrogatório que conduz, também se justificam porque garantem futura utilização em juízo pelo Juiz ou por qualquer das partes.

Por fim, o inquérito policial procura *crystalizar versões* do fato para futuro uso em juízo. A tomada dos testemunhos por escrito, por parte da autoridade policial, garantem que o acusador poderá valer-se da versão ali retratada. Essa talvez seja sua função mais saliente e conseqüente, e ainda está a merecer um estudo mais detalhado por parte dos doutrinadores do processo penal brasileiro, na medida em que, por não ser tão garantista quanto o processo penal condenatório, o inquérito pode ensejar a cristalização de versões não verazes do fato investigado, o que é profundamente danoso para a realização da justiça penal.

O inquérito policial é uma medida *complexa*, pois é formada por diversas outras medidas, todas direcionadas à sua *meta optata*: servir de base e apoio às atividades que se desenvolverão em juízo.

Entre elas, podem-se contar diversas das realizadas pela autoridade policial logo após ter tido conhecimento do fato criminoso, podendo-se enumerar a apreensão de objetos com relevância instrutória,⁶⁵⁷ a oitiva do ofendido,⁶⁵⁸ o interrogatório do indiciado,⁶⁵⁹ o reconhecimento de pessoas e coisas,⁶⁶⁰ a realização de

⁶⁵⁷. Artigo 6º, inciso II, do Código de Processo Penal: “Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá (...) apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais”.

⁶⁵⁸. Artigo 6º, inciso IV, do Código de Processo Penal: “Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá (...) ouvir o ofendido”.

⁶⁵⁹. Artigo 6º, inciso V, do Código de Processo Penal: “Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá (...) ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste

acareações,⁶⁶¹ o providenciamento de exames de corpo de delito e outras perícias,⁶⁶² a identificação criminal, pelo processo dactiloscópico do indiciado sem identidade civil ou daquele cuja identidade civil seja duvidosa,⁶⁶³ a investigação sobre a vida pregressa do indiciado e sobre outros dados relevantes a seu respeito⁶⁶⁴ e, também, a reprodução simulada dos fatos.⁶⁶⁵

Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por 2 (duas) testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura”.

⁶⁶⁰. Artigo 6º, inciso VI, do Código de Processo Penal: “Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá (...) proceder a reconhecimento de pessoas e coisas (...)”.

⁶⁶¹. Artigo 6º, inciso VI, do Código de Processo Penal: “Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá (...) proceder a (...) acareações”.

⁶⁶². Artigo 6º, inciso VII do Código de Processo Penal: “Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá (...) determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias”.

⁶⁶³. Interpretação que é resultado da conjugação do disposto: *a)* no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Processo Penal [“Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá (...) ordenar a identificação do indiciado pelo processo dactiloscópico, se possível (...)”]; *b)* no inciso LVIII do artigo 5º da Constituição (“o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”) e *c)* no artigo 41 do Código de Processo Penal [“A denúncia ou queixa conterà (...) a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo”].

⁶⁶⁴. Artigo 6º, inciso IX, do Código de Processo Penal: “Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá (...) averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter”.

⁶⁶⁵. Artigo 7º do Código de Processo Penal: “Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública”.

Algumas dessas providências, segundo ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS, destinam-se à formação do chamado *corpo de delito*.⁶⁶⁶

O inquérito policial é, também, medida *administrativa*, porque conduzida pela autoridade policial que -- conforme indica o particípio “delegado” (de polícia) já transformado em substantivo -- substitui-se ao Juiz na sua condução; sem poder jurisdicional, obviamente, mas com um poder discricionário substancialmente similar àquele.

Tratem-se das características do inquérito policial e de sua natureza jurídica.

O inquérito policial é *urgente*, visto que deve iniciar-se logo depois de recebida a notícia do crime pela autoridade policial e encerrar-se pouco tempo depois. Depreende-se essa regra do exame dos artigos 5º, inciso I,⁶⁶⁷ e 6º, primeira parte,⁶⁶⁸ ambos do Código de Processo Penal e do artigo 10⁶⁶⁹ do mesmo diploma, este último a determinar que o inquérito deve findar em dez ou trinta dias, conforme esteja o indiciado preso ou solto.

GERMANO MARQUES DA SILVA, Acerca do que está previsto no ordenamento processual penal português, escreve o seguinte:

⁶⁶⁶. BARROS, Romeu Pires de Campos. Processo penal cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 450-452: “(...) ligeiramente conceituado o corpo de delito, compreende-se a razão da norma contida no art. 6º, ns. I, II e VII, do C.P.P. (...)”.

⁶⁶⁷. “Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado (...) de ofício”.

⁶⁶⁸. “Logo que tiver conhecimento da infração penal, a autoridade policial deverá (...)”.

⁶⁶⁹. “O inquérito deverá terminar no prazo de 10 (dez) dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 (trinta) dias, quando estiver solto, mediante fiança, ou sem ela”.

Os órgãos de polícia criminal devem praticar todos os atos cautelares necessários e urgentes para assegurar os meios de prova, mesmo antes de receberem ordem da autoridade judiciária competente para procederem a investigações (...). Essa atividade cautelar, extraprocessual, é justificada pela urgência e pode ter lugar ainda antes de instaurado o procedimento ou já no seu decurso.⁶⁷⁰

Decorre daí o requisito da *temporiedade*, pois o inquérito policial precisa durar por um certo prazo, findo o qual já não cumpre mais função alguma.

É marcado pela *sumariedade formal*, que se manifesta, inclusive, no fato de ser o inquérito policial um procedimento virtualmente aberto, ou seja, provido de poucas normas procedimentais e, ainda assim, pouco rigorosas. São elas os citados artigos 6º e 7º do Código de Processo Penal, e o § 1º⁶⁷¹ do artigo 10, que determina à autoridade policial a elaboração de um relatório do que tiver averiguado, com a indicação das testemunhas que houverem sido inquiridas e o local onde poderão ser encontradas. Leis especiais podem estabelecer normas procedimentais específicas para os inquéritos a elas relacionados, como fez a Lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976, cujo parágrafo único⁶⁷² do artigo 37 determina à autoridade policial que “despache” no inquérito, justificando a classificação penal que tiver dado ao fato.

⁶⁷⁰. SILVA, Germano Marques da. Curso de processo penal. Lisboa: Verbo, 1994, v. 3, p. 56.

⁶⁷¹. “A autoridade fará minucioso relatório do que tiver sido apurado e enviará os autos ao juiz competente”.

⁶⁷². “A autoridade deverá justificar, em despacho fundamentado, as razões que a levaram à classificação legal do fato, mencionando concretamente as circunstâncias referidas neste artigo, sem prejuízo de posterior alteração da classificação pelo Ministério Público ou pelo juiz”.

Em suma, o que importa à autoridade policial, no aspecto ritualístico de seu atuar na condução do inquérito, é alcançar a finalidade de fornecer base à ação penal ou abstenção da ação penal por parte do órgão do Ministério Público.

O inquérito policial é, outrossim, *sumário* sob o ponto de vista *material*, isto é, não admite exame aprofundado das providências que hão de ser tomadas, principalmente no que diz com a pretensão de direito penal que se pretende viabilizar. De fato, a autoridade policial colhe *todos* os elementos de convicção que aparentarem ter relação com o fato e realiza *todas* as diligências que possam levar a tais elementos. Não precisa, nem deve, aprofundar-se no exame de quais medidas têm efetiva pertinência com os fatos que apura. Trabalha com a *aparência* de que as medidas servirão ao fim ao qual estão conectadas.

O inquérito policial tem óbvia relação de *referibilidade* com o direito material subjacente ao processo penal que se há de instaurar. Se a solução, findas as investigações, for o arquivamento do inquérito policial, nem por isso perdeu a relação de *referibilidade*, na medida em que o lícito penal é tão jurídico quanto o ilícito penal e as lacunas penais são intencionais.

Por fim, o inquérito policial *não gera a coisa julgada material*, isto é, as providências que determina não estabelecem prova inequívoca e inabalável de qualquer dos fatos que pretendem provar. O inquérito policial é definido, pelo próprio item IV da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, como meio de “instrução provisória”.

Daí se poder afirmar que o inquérito policial é *medida cautelar administrativa complexa*.

Raciocínio idêntico ao aplicado ao inquérito policial vale, por identidade de razões, para as diligências investigatórias no seu bojo

realizadas. O interrogatório policial, as indagações que se faz sobre a vida pregressa do indiciado, a reconstituição simulada dos fatos, a oitiva das testemunhas e dos informantes, a oitiva do ofendido, a produção de prova técnica pericial, todas essas diligências têm a mesma natureza jurídica do próprio inquérito policial, isto é, são *medidas cautelares instrutórias*. São todas administrativas, embora algumas não sejam complexas. O que importa fixar é que se apresentam como partes de um todo, que é o inquérito policial.

Resta analisar a destinação do inquérito policial. Quando ela é a de servir de base à denúncia, o que se dá quando o órgão do Ministério Público oferece a denúncia ou quando o ofendido oferece a queixa, o inquérito policial continua, obviamente, servindo aos mesmos propósitos que estavam presentes quando de sua instauração e desenvolvimento. Quando, porém, é arquivado, essa destinação desaparece, podendo ressurgir se houver a conjugação de alguns fatores. Qual a natureza jurídica da decisão de arquivamento desse inquérito policial?

Para JACINTO N. DE MIRANDA COUTINHO, conforme já visto na primeira parte deste estudo, a decisão de arquivamento do inquérito policial tem natureza cautelar.⁶⁷³ Cumpre, portanto, examinar, criticamente, esse entendimento e tirar alguma conclusão acerca da natureza jurídica da decisão de arquivamento do inquérito policial.

Para ser possível uma análise do tema, dentro das premissas utilizadas pelo presente estudo, é preciso ter em conta os caracteres do provimento cautelar que são, conforme já exposto, a *urgência*, a

⁶⁷³. COUTINHO, Jacinto N. de Miranda. A natureza cautelar da decisão de arquivamento do inquérito policial. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, n. 70, p. 56.

sumariedade formal e material, a aparência, a temporariedade, a referibilidade, e a incapacidade de gerar coisa julgada material.

Mais: é preciso levar em consideração as hipóteses que determinam o arquivamento do inquérito policial. São elas, de conformidade com o artigo 43 do Código de Processo Penal, a *ausência de tipicidade aparente do fato narrado, a extinção da punibilidade, pela prescrição ou por outra causa, a ilegitimidade de parte e a falta de condição específica da ação penal.* Além delas, e através de uma interpretação sistemática do artigo 43 com os artigos 648, inciso I, e 408, *caput*, todos do Código de Processo Penal, tem-se que a *ausência de justa causa* -- justa causa que é a base probatória que estabelece a prova da materialidade do fato e indícios suficientes de autoria⁶⁷⁴ -- também enseja o arquivamento do inquérito policial.

Cada uma dessas hipóteses há de comportar uma solução e, conseqüentemente, uma natureza jurídica diversa.

Todas as decisões de arquivamento do inquérito policial têm a característica da *urgência*. É uma urgência que decorre do sistema jurídico como um todo. Esse sistema se baseia, conforme se colhe do artigo 1º da Constituição, na dignidade da pessoa humana. O inquérito policial, até tendo em vista seus antecedentes históricos, como as “devassas especiais”, atinge essa dignidade, enquanto põe em dúvida a honestidade do suspeito. Fique claro que a vulnera justificadamente, pois há a fundada suspeita da prática, por parte dessa pessoa, de fato típico e também porque a função do inquérito não é, rigorosamente, infamar, mas apurar a prática de infração penal e aplicar a lei penal ao seu verdadeiro autor.

⁶⁷⁴. Cf. a quase idêntica definição de GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 82: “A justa causa para a ação penal é o conjunto de elementos probatórios razoáveis sobre a existência do crime e da autoria”.

Assim, uma vez surgido um suspeito da prática de uma infração penal, o inquérito policial é legítimo enquanto remanescer essa suspeita. O reconhecimento de que, passado um certo tempo, a suspeita não se traduziu em prova concreta da materialidade do fato e em indícios suficientes da autoria, gera o dever estatal de arquivar o inquérito. Embora só haja o prazo prescricional como tempo máximo que pode durar a submissão a investigações policiais, uma coisa é certa: esgotadas as providências que podem resultar na produção de provas que embasem uma suspeita razoável contra uma pessoa, o arquivamento do inquérito não pode tardar. O agora “ex-suspeito” não pode permanecer muito tempo na situação de indiciado -- situação que não é *status*, mas que, indubitavelmente, constrange quem está submetido a ela. Há *urgência*, pois, no arquivamento do resultado da investigação.

O arquivamento do inquérito policial é marcado, outrossim, pela *sumariedade*, que se manifesta tanto no aspecto *procedimental* quanto no aspecto *substancial*.

Há *sumariedade formal* no arquivamento do inquérito policial, na medida em que o procedimento tendente a esse arquivamento não apresenta oportunidade de manifestação nem da parte do indiciado, nem da parte do ofendido. Daí sua rigorosa *sumariedade*, resultado do reconhecimento da *urgência* do arquivamento, uma vez detectada a ausência de provas ou outra causa que inviabilize a pretensão condenatória. Na limitação dos pronunciamentos técnicos, seja da defesa, seja do ofendido, seja da própria acusação, nas medidas protetivas da liberdade do imputado, nisso reside a chamada *sumariedade formal*.

Há, outrossim, *sumariedade material* na providência de arquivamento do inquérito policial.

A fim de explicar de que forma ela se apresenta, é preciso registrar uma característica fundamental, e muito pouco explorada, do mecanismo de arquivamento do inquérito policial.

É possível desvendá-lo comparando-o com o seu contrário, o da ação penal. Quando a parte exerce seu direito de ação penal e sendo ele admissível -- havendo, em resumo, as chamadas *condições da ação* -- duas soluções apresentam-se como possíveis: o deferimento do pedido, que vem do reconhecimento da procedência de seu mérito e o indeferimento, que resulta do juízo contrário. De usual, o resultado gera, para as partes, a possibilidade de rever o juízo que foi feito do pedido: ao autor, caso não tenha obtido, total ou parcialmente, o que pedira, e ao réu, caso tenha sucumbido diante do deferimento do pedido do autor; e a ambas as partes, caso o procedimento adotado tenha algum vício que contamine a solução mesma encontrada pelo Juiz de primeiro grau, a possibilidade de obter, em grau recursal, a anulação do processo em que o juízo foi emitido.

O recurso é, portanto, uma nova tentativa da parte sucumbente em obter aquilo que o Juiz de primeiro grau não lhe deferiu. Mais ou menos nesse sentido dirigem-se as definições que lhe dão a doutrina em geral. Tome-se, como exemplo, a de EUGENIO FLORIAN, traduzida para o espanhol: “*Como medio de impugnación consideramos el acto del sujeto procesal orientado a anular o a reformar jurisdiccionalmente una resolución anterior mediante un nuevo examen, total o parcial de la causa por el mismo juez u otro diferente o por otro superior*”.⁶⁷⁵

Pois bem. O exame das providências processuais destinadas ao

⁶⁷⁵. FLORIAN, Eugenio. Elementos de derecho procesal penal. Tradução de L. Prieto Castro. Barcelona: Bosch, 1933, p. 420. Tradução livre: “Como meio de impugnação consideramos o ato do sujeito processual orientado a anular ou a reformar jurisdiccionalmente uma resolução anterior mediante um novo exame, total ou parcial, da causa, pelo mesmo juiz ou outro diferente ou por outro superior”.

controle da abstinência da ação penal leva à conclusão de que o destino do inquérito policial que não dê base a um processo penal condenatório não é definido por um esquema clássico de requerimento-indeferimento-recurso, como o que ocorre no caso da ação penal julgada improcedente.

Em outras palavras: quando o órgão do Ministério Público postula o arquivamento do inquérito policial *não faz*, no rigor da palavra, *um requerimento*. Nem o Juiz, que atende à postulação, defere um requerimento.

A essa conclusão se chega examinando-se o que ocorre quando o Juiz não entende como o órgão do Ministério Público e resolve não arquivar o inquérito policial. Determina o artigo 28 do Código de Processo Penal que, nesse caso, o Juiz “fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral”.⁶⁷⁶

Percebe-se nitidamente que o mecanismo é completamente diverso do que ocorre no caso do requerimento-indeferimento-recurso já visto. Quando o arquivamento do inquérito policial haja sido postulado e negado pelo Juiz, o Ministério Público não recorre: é

⁶⁷⁶. Cf., no caso, o artigo 62, inciso IV, da Lei Complementar n. 75, de vinte de maio de 1993 [“Compete às Câmaras de Coordenação e Revisão (...) manifestar-se sobre o arquivamento de inquérito policial, inquérito parlamentar ou peças de informação, exceto nos casos de competência originária do Procurador-Geral”]. Esse artigo tem sido interpretado como tendo revogado parcialmente o artigo 28 do Código de Processo Penal, no caso de inquérito policial cujo arquivamento tenha sido postulado por órgão do Ministério Público Federal. Essa interpretação, não veiculada doutrinariamente, parte das próprias Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal e não tem sido contestada pelos Tribunais. Malgrado a pacificação da matéria, não parece que tenha se operado a dita revogação parcial. O que a lei criou foi a *manifestação* das Câmaras de Coordenação e Revisão, prévia à decisão do Procurador-Geral da República. A lei não retirou a competência do Procurador-Geral da República para decidir a respeito do arquivamento.

o Juiz que providencia o reexame da hipótese, no caso, pelo Procurador-Geral. Logo, em conclusão, não há *requerimento* do órgão do Ministério Público, nem há decisão jurisdicional, com plena cognição. Em verdade, há, por parte do órgão do Ministério Público, *promoção* de arquivamento e, por parte do Juiz, mero controle das razões apresentadas por parte daquele. Ou se se quiser, *controle da legalidade* da opção de arquivamento. Não há, propriamente, decisão por parte do Juiz, na medida em que a palavra final a respeito do arquivamento será dada no interior da instituição do Ministério Público e não por órgão judiciário.⁶⁷⁷

Assim, pode-se dizer que a decisão de arquivamento, por parte do Juiz, é *materialmente sumária*. Não tem ele cognição plena a respeito da matéria: examina as razões apresentadas pelo órgão do Ministério Público e, se delas discordar, remete o inquérito policial para um novo pronunciamento por parte de outro órgão do Ministério Público. Se a opção se mantiver a mesma, não há opção para o Juiz, que deve arquivar o inquérito.

Ao lado da sumariedade material caminha a característica da *aparência*. Como não há cognição plena sobre a opção do Ministério Público, o Juiz decide com base na *verossimilhança*. Aqui, aliás, floresce o campo para a mitigação, cada vez maior, do princípio da

⁶⁷⁷. Cf., a propósito do tema, a lição de JARDIM, Afranio Silva. Arquivamento e desarquivamento do inquérito policial. In: Direito processual penal: estudos e pareceres. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 247: “(...) parece-me que tal decisão de arquivamento passa a ser do Procurador-Geral quando o Juiz, fiscalizando o princípio da obrigatoriedade da ação pública, lhe remete os autos do inquérito ou das peças de informação. Neste caso, ao Juiz não fica nenhuma faixa de apreciação, nada lhe restando senão determinar ao escrivão que arquive os autos (mero ato material de colocar alguma coisa guardada em seu lugar próprio: arquivo). Na essência, o Procurador-Geral não requer, mas, sopesando os argumentos do Promotor de Justiça, decide pela cessação das investigações, vale dizer, pelo arquivamento”.

obrigatoriedade no processo penal brasileiro. Na formação do juízo sobre a propositura ou não da ação penal, o que vale não é, exatamente, o fato criminoso, mas as provas que se tem. Mesmo o exame das provas é pragmático, no sentido de que somente se pode obrigar o Ministério Público a um processo penal condenatório quando as provas sejam suficientes para se acreditar muito provável um decreto condenatório.

De há muito questiono, diante dos meus alunos de mestrado, a possibilidade de se adotar, no processo penal, o conceito processualista civil da ação abstrata, de que decorrem as condições da ação (legitimidade à causa, legítimo interesse, possibilidade jurídica do pedido). O processo penal diz com direitos e garantias individuais, sacrais para o Estado e indisponíveis, ainda que inexercitadas, pelo cidadão; daí, não se pode pressupor a validade de uma denúncia, ou queixa-crime, sem um mínimo de vislumbre da concretude do direito material cujo reconhecimento se busca. Cheguei a entender, ainda que sem muita preocupação com a ciência processual, que o processo penal só se compatibiliza com uma teoria concreta da ação (...).⁶⁷⁸

Sem concordar com a adoção da teoria concreta da ação, que levaria a aporias insuperáveis, o fato é que o sistema impõe que a decisão de arquivamento de inquérito policial tenha cognição menos plena do que a decisão de recebimento da acusação;⁶⁷⁹ e, em

⁶⁷⁸. MACHADO, Luiz Alberto. Prefácio à obra de COUTINHO, Jacinto N. de Miranda. A lide e o conteúdo do processo penal. Curitiba: Juruá, 1989, p. XI.

⁶⁷⁹. Não há dados estatísticos para embasar a presente afirmação -- que, portanto, deve ser tratada como uma opinião -- mas a experiência do autor revela que os juízes são usualmente mais rigorosos no exame de uma promoção de arquivamento do que no recebimento de uma denúncia ou queixa. Não deveria ocorrer dessa maneira. A decisão de recebimento da denúncia -- embora também não exija cognição plena -- deveria ser mais rigorosa do que a de arquivar inquérito policial.

conseqüência, a decisão de arquivar o inquérito policial, por parte do Ministério Público -- a decisão, na verdade, é dele -- pode perfeitamente se basear na probabilidade de sucesso que as provas indicam.

Continuando na análise dos caracteres do arquivamento do inquérito policial, diga-se que há clara *referibilidade* dessa medida com a pretensão de direito material que a ele subjaz. Não parece necessário argumentar para fundamentar essa conclusão.

Quanto à *incapacidade de gerar a coisa julgada material*, há que se fazer uma advertência e, depois, uma distinção.

Consiste, a advertência, no seguinte: a *coisa julgada material* é um atributo que não convive com a tutela cautelar. Ou, por outra: se uma medida de urgência gerar a *coisa julgada material* é porque não tem a característica da cautelaridade.⁶⁸⁰

Quanto à distinção, diga-se que, conforme o fundamento da decisão de arquivamento do inquérito policial, poder-se-á considerar, ao menos, a hipótese de *coisa julgada material*. Mas, se isso ocorrer, não se poderá falar em tutela cautelar.

A *coisa julgada material* tem ocorrência potencial quando o arquivamento do inquérito policial se baseia no reconhecimento da extinção da punibilidade do indiciado, pela prescrição ou por outra causa, ou no reconhecimento da ilegitimidade da parte privada querelante; e, nesse último caso, a *coisa julgada material* atinge apenas a parte declarada ilegítima: se a parte verdadeiramente legitimada aparecer, e ainda houver punibilidade concreta, poderá exercer o

⁶⁸⁰. Cf., nesse sentido, afirmação peremptória de MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela cautelar e tutela antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 65: “A tutela cautelar não tem aptidão para produzir coisa julgada material. Trata-se de característica básica desta espécie de tutela”.

direito de queixa.

No caso de arquivamento por falta de justa causa ocorre coisa muito diversa. Isso porque, conforme se percebe do exame do artigo 18 do Código de Processo Penal,⁶⁸¹ a decisão de arquivamento do inquérito policial, quando baseada nesse argumento, isto é, na falta de provas suficientes para iniciar-se um processo penal condenatório, é submetida à cláusula *rebus sic stantibus*: a autoridade policial pode reiniciar suas pesquisas “se de outras provas tiver notícia”. Em outras palavras: o arquivamento do inquérito policial, decidido com base na falta de justa causa, é *incapaz de gerar a coisa julgada material*.

O aspecto mais polêmico ocorre quando a hipótese for de falta de tipicidade aparente, descrito no artigo 43, inciso I, do Código de Processo Penal. Afirma JACINTO N. DE MIRANDA COUTINHO:

(...) quando (...) o ato referido [alude ao de arquivamento do inquérito policial] reconhecer que, sem dúvida razoável, o fato não é típico, ou que o fato é inexistente (a questão acaba sempre tratada em razão do art. 43, I, do CPP) (...) não estaremos diante de uma verdadeira decisão de arquivamento, mas sim de uma decisão de mérito, que passa em julgado materialmente, impedindo o desarquivamento, seja como conclusão de processo cautelar (quando o MP requer o arquivamento), seja como julgamento antecipado de processo conhecimento, se oferecida a denúncia ou a queixa.⁶⁸²

Embora haja quem dela discorde, como AFRANIO SILVA

⁶⁸¹. “Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia”.

⁶⁸². COUTINHO, Jacinto N. de Miranda. A natureza cautelar da decisão de arquivamento do inquérito policial. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, n. 70, p. 56.

JARDIM,⁶⁸³ a conclusão é perfeita, sob o aspecto puramente lógico-formal.

Contudo, esbarra ela numa realidade prática da qual não se pode fugir. Por vezes, o arquivamento se dá pela *falta de tipicidade aparente* -- ou, ainda, pela *atipicidade evidente* -- mas, posteriormente, surgem provas de que o fato narrado no inquérito policial não ocorreu daquela maneira, mas de outra, penalmente típica. Nesse caso, a rigor, o desarquivamento não pode ser negado, até porque o fato investigado pelo inquérito, até o seu arquivamento, não era precisamente o que ocorrera: as provas surgidas evidenciam a prática de uma verdadeira infração penal. Conforme se vê, o arquivamento do inquérito policial decidido por falta de tipicidade aparente do fato, pode ser modificado com outro fundamento, até porque a falta de tipicidade aparente sempre se resolve com base nas provas produzidas. Assim, no arquivamento decidido com esse fundamento, somente se pode falar em *coisa julgada material* em termos, por assim dizer, “laboratoriais”, já que, na prática, o surgimento de provas substancialmente novas poderá modificar, inclusive, essa decisão de arquivamento.

Como argumento *a fortiori*, note-se que a Súmula n. 524 do Supremo Tribunal Federal não faz diferença quanto ao motivo que determinou o arquivamento. Diz ela: “arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada sem novas provas”.

Por todas essas razões é bastante problemático concluir-se que

⁶⁸³. JARDIM, Afranio Silva. Arquivamento e desarquivamento do inquérito policial. In: Direito processual penal: estudos e pareceres. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 265: “A decisão de arquivamento tem a natureza administrativa, não se podendo falar em coisa julgada sem que haja jurisdição e processo”.

algum dos argumentos ensejadores da decisão de arquivamento do inquérito policial façam-na produzir a *coisa julgada material*.

Para finalizar, tem-se uma última característica do provimento cautelar que nenhuma decisão de arquivamento do inquérito policial tem. Trata-se da *temporiedade*: o provimento cautelar nasce sob o signo dessa característica, que se traduz no fato de que nasce para, remediando uma situação de perigo, durar um certo tempo e, depois desse tempo, ser substituído por um provimento definitivo.

O arquivamento do inquérito policial, em qualquer das hipóteses legalmente previstas, é sempre um provimento *não-temporário*. Mesmo que ele venha a ser substituído posteriormente, não nasce para durar um certo tempo mas, ao contrário, é praticado para durar para sempre.

Assim, a conclusão a que se chega da análise do arquivamento do inquérito policial é de que se trata de uma *medida sumária antecipatória*.

2. O auto de prisão em flagrante

O auto de prisão em flagrante, conforme, aliás, já visto anteriormente, é uma *medida* tipicamente *cautelar*. Sua função é cautelar em sentidos diversos: serve como título de prisão, como medida de proteção à prova contra a ação prejudicial do tempo e, finalmente, como medida de proteção de uma versão sobre o fato a ser objeto de processo penal condenatório.

O auto de prisão em flagrante, aliás, é das medidas que carrega mais eficácia conservativa de elementos de convicção para posterior utilização no processo penal condenatório, sobretudo no

que diz com as versões dadas pelas testemunhas a respeito dos fatos.

É uma *medida administrativa e complexa*, pelas mesmas razões já expostas quando se tratou do inquérito policial.

Tendo em conta o disposto no inciso LXII⁶⁸⁴ do artigo 5º da Constituição e o estabelecido pelos artigos 304, *caput*,⁶⁸⁵ e 306, *caput*,⁶⁸⁶ do Código de Processo Penal, conclui-se que a lavratura do auto de prisão em flagrante é providência *urgente*, que não pode ser retardada pela autoridade policial, pena do relaxamento da prisão efetuada.

Dada a urgência, o auto de prisão em flagrante é medida *sumária* tanto sob o prisma *formal* quanto sob o prisma *material*. No primeiro aspecto, a *sumariedade* se manifesta pelo exíguo prazo de que dispõe a autoridade policial para a lavratura do auto, além do escasso número de medidas que se apresentam como necessárias à higidez daquela peça processual. No aspecto *material*, a *sumariedade* da lavratura do auto de prisão em flagrante tem a mesma característica já descrita quando se tratou do inquérito policial: a autoridade policial realiza as diligências que, num exame superficial, apresentem-se como suficientes. A lei processual penal não determina que a autoridade policial se detenha para descobrir *todas* as medidas investigatórias necessárias para um melhor resultado, já que ela “corre contra o tempo”. A autoridade policial, em suma, quando

⁶⁸⁴. “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”.

⁶⁸⁵. “Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e as testemunhas que o acompanharam e interrogará o acusado sobre a imputação que lhe é feita, lavrando-se o auto, que será por todos assinado”.

⁶⁸⁶. “Dentro em 24 (vinte e quatro) horas depois da prisão, será dada ao preso nota de culpa assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas”.

lavra o auto de prisão em flagrante, trabalha com os fatos no nível da *verossimilhança*, não devendo buscar a certeza processual.

Enquanto instrumento de acautelamento instrutório, o auto de prisão em flagrante é medida *temporária*. Dura, no máximo, até o encerramento da atividade instrutória do processo penal condenatório, quando as provas produzidas em juízo virão substituir as que dele constarem. A partir daí, o auto de prisão em flagrante mantém certa dose de convencimento enquanto fato ocorrido. Explica-se: o fato de ter ocorrido prisão em flagrante -- abstraindo-se os dados constantes do auto -- é uma prova importante na formação da sentença. Em todo o caso, mesmo essa eficácia dura até o encerramento do processo penal condenatório.

O auto de prisão em flagrante é *referível* à relação de direito material subjacente ao futuro processo penal condenatório e, por fim, *incapaz de gerar a coisa julgada material*.

O auto de prisão em flagrante é, pois -- e também, dado que tem outras finalidades -- uma *medida cautelar administrativa instrutória*.

Encerrada a lavratura do auto de prisão em flagrante, a autoridade policial deve entregar *nota de culpa* ao preso, sob pena de responsabilidade funcional e, também, sob pena de relaxamento da prisão em flagrante.

A *nota de culpa* está regulada no artigo 306 do Código de Processo Penal.⁶⁸⁷ Foi prevista pela Constituições brasileiras de

⁶⁸⁷. “Dentro em 24 (vinte e quatro) horas depois da prisão, será dada ao preso nota de culpa assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas. Parágrafo único. O preso passará recibo da nota de culpa, o qual será assinado por duas testemunhas, quando ele não souber, não puder ou não quiser assinar”.

1824,⁶⁸⁸ de 1891⁶⁸⁹ e de 1946.⁶⁹⁰

Não está prevista pela Constituição de 1988 embora, conforme recorda HÉLIO TORNAGHI,⁶⁹¹ o inciso LXIV do seu artigo 5º estabeleça que o preso tem direito à identificação dos responsáveis pela prisão, identificação essa que é feita tradicionalmente, no Brasil, pela *nota de culpa*.

A maior parte da doutrina do processo penal brasileiro, como E. MAGALHÃES NORONHA,⁶⁹² ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS,⁶⁹³

⁶⁸⁸. Artigo 179, § 8º: “Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados na lei: e nestes, dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em cidades, vilas ou outras povoações próximas dos lugares da residência do juiz: e nos lugares remotos, dentro de um prazo razoável, que a lei marcará, atenta à extensão do território, o juiz por uma nota, por ele assinada, fará constar ao réu o motivo da prisão, o nome de seu acusador e os das testemunhas”.

⁶⁸⁹. Artigo 72, § 16: “Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa, entregue em vinte e quatro horas ao preso e assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas”.

⁶⁹⁰. Artigo 141, § 25: “É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro de vinte e quatro horas. (...)”.

⁶⁹¹. TORNAGHI, Hélio. Curso de processo penal. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, v. 2, p. 73.

⁶⁹². NORONHA, E. Magalhães. Curso de direito processual penal. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1971, p. 158: “Foi a nota de culpa conservada pelo Código. Trata-se de medida concernente à liberdade da pessoa: é comunicação, sob pena de responsabilidade da autoridade, do motivo da captura, proporcionando, dessarte, ao acusado a defesa”.

⁶⁹³. BARROS, Romeu Pires de Campos. Processo penal cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 110: “A *nota de culpa* é a cientificação imediata que se faz ao preso dos motivos da prisão, única forma de ensejar-lhe o exercício da ampla defesa, visto que esta

JULIO FABBRINI MIRABETE⁶⁹⁴ e HÉLIO TORNAGHI,⁶⁹⁵ relacionam a *nota de culpa* com a proteção da liberdade da pessoa presa em flagrante, bem como com a garantia da ampla defesa.

WALTER P. ACOSTA⁶⁹⁶ e FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO,⁶⁹⁷ sem descurar do aspecto antes salientado, acrescentam que a *nota de culpa* é um freio às detenções ilegais, na medida em que somente das legais poderá a autoridade policial fornecer tal documento que, em outros casos, seria confissão de culpa pela prática de crime de abuso de autoridade.

Para JOSÉ ANTONIO PIMENTA BUENO, a *nota de culpa* “desterrou para sempre o antigo segredo, com que se oprimia o

compreende também o direito de opor-se o acusado contra a medida cautelar que lhe retira, temporariamente, a liberdade”.

⁶⁹⁴. MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. São Paulo: Atlas, 1991, p. 366: “(...) a entrega da nota de culpa é formalidade essencial referente à liberdade da pessoa, comunicação que é, sob responsabilidade da autoridade, do motivo da prisão, proporcionando ao capturado ampla defesa, que é garantia constitucional”.

⁶⁹⁵. TORNAGHI, Hélio. Curso de processo penal. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, v. 2, p. 73: “Trata-se de documento que se destina a prover o acusado das informações necessárias ao resguardo de sua liberdade e relativas ao motivo da prisão e aos nomes do condutor e das testemunhas”.

⁶⁹⁶. ACOSTA, Walter P. O processo penal. 18. ed., Rio de Janeiro: Editora do Autor, 1989, p. 47: “Sua finalidade é a de tornar definido o motivo da prisão, como elemento informador, possibilitando ampla defesa do acusado e constituindo um obstáculo ao abuso das detenções ilegais”.

⁶⁹⁷. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 447: “A nota da culpa, segundo dispõe o art. 306 do CPP, além de conter os motivos da prisão, possibilitando a ampla defesa do acusado, tal como quer a Magna Carta, e constituindo um obstáculo ao abuso das detenções ilegais, deve referir também o nome do condutor e o das testemunhas e ser assinada pela Autoridade que lavrou o auto”.

indiciado, e se impossibilitava sua defesa”.⁶⁹⁸

ANTÓNIO LUIZ DA CÂMARA LEAL, por seu turno, é um pouco mais analítico a respeito do assunto, afirmando o seguinte:

A nota de culpa, além de servir de documentação da prisão, levando ao preso o conhecimento dos motivos de sua prisão e os nomes do condutor e das testemunhas, para que alegue oportunamente as razões que tiver contra a prisão ou contra seus acusadores e testemunhas, constituirá também elemento de prova da data da prisão, para o efeito da computação do tempo desta no cumprimento da pena, no caso de condenação.

Pela nota de culpa poderá o acusado alegar os direitos que lhe assistam, decorrentes da natureza da infração.⁶⁹⁹

Na verdade, a *nota de culpa*, porque relacionada com a proteção da liberdade da pessoa presa em flagrante e com a proteção do seu direito de defesa (e também, porque não dizê-lo?, com o combate às detenções policiais ilegais) tem também íntima relação com a atividade instrutória. É, portanto, e também, uma medida instrutória. Neste caso, porém, está preordenada à proteção da atividade instrutória que o imputado desenvolverá. Com o conhecimento acerca do motivo da prisão, bem como do nome do seu condutor e das testemunhas, poderá começar a preparar a sua estratégia de defesa. Não é por outra razão que JOSÉ ANTONIO PIMENTA BUENO: adverte que, “quando for possível, a nota da culpa deverá preceder o interrogatório, a fim de que o réu saiba de

⁶⁹⁸. BUENO, José Antonio Pimenta. Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro. Edição anotada, atualizada e complementada por José Frederico Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959, p. 358.

⁶⁹⁹. LEAL, António Luiz da Câmara. Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro. Rio de Janeiro-São Paulo: Freitas Bastos, 1942, v. 2, p. 249.

antemão qual a matéria sobre que tem de responder”⁷⁰⁰.

Por isso a medida não pode tardar. Qualquer momento perdido sem a entrega da *nota de culpa* que documenta a prisão poderá significar perda de eficácia da estratégia da defesa do imputado. É por isso que a falta de entrega da *nota de culpa* é sancionada com o relaxamento da prisão em flagrante; livre, o preso poderá buscar os elementos de convicção que faltavam para estabelecer seu estratagema de defesa.⁷⁰¹

Quanto à natureza jurídica da *nota de culpa*, valem os mesmos argumentos postos quando se tratou do próprio auto de prisão em flagrante. Trata-se, como ele, de *medida cautelar protetiva da atividade instrutória do imputado*.

3. A produção antecipada de prova

A produção antecipada de prova, também denominada de depoimento *ad perpetuam rei memoriam*, é de grande tradição nos ordenamentos processuais civis e penais.

JOÃO MONTEIRO noticia que já era praticada no direito romano, bem como no direito canônico.⁷⁰² Segundo o mesmo autor,

⁷⁰⁰. BUENO, José Antonio Pimenta. Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro. Edição anotada, atualizada e complementada por José Frederico Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959, p. 358.

⁷⁰¹. Cf., sobre a tutela dos direitos do imputado durante a fase investigatória, no vigente processo penal italiano, RUGGIERI, Francesca. La giurisdizione di garanzia nelle indagini preliminari. Milão: Giuffrè, 1996, 326 p.

⁷⁰². MONTEIRO, João. Programa do curso de processo civil ou apontamentos para as lições da 3ª Cadeira do 4º ano da Faculdade de Direito de São Paulo. 3. ed., São Paulo: Duprat: 1912, v. 2, p. 268: “As inquirições *ad perpetuam rei memoriam* já no direito

também estava presente no processo civil das Ordenações do Reino de Portugal, regulado pelo Livro 3º, cujos parágrafos 7º e 8º do título 55 distinguem, “quanto a esta espécie de prova, entre a que era requerida pelo autor e a que o era pelo réu”. Prossegue o citado jurista:

O autor podia requerer aquela providência antes ou depois de ter intentado a ação quando as testemunhas fossem muito velhas ou muito doentes ou estivessem para se ausentar; mas para que o réu pudesse requerer depoimentos *ad perpetuam rei memoriam* bastava o receio de que se lhe intentasse demanda, pois ele não sabe quando lhe será feita a demanda, nem está em seu poder de lhe ser feita tarde ou cedo.⁷⁰³

A produção antecipada da prova testemunhal está regulada hoje no artigo 225 do Código de Processo Penal.⁷⁰⁴

EDUARDO ESPÍNOLA FILHO afirma que o artigo 225 do Código de Processo Penal não inovou grandemente no que concerne à tomada antecipada de depoimentos testemunhais; e que a mais grata novidade que estabeleceu foi a de “retirar o aspecto de diligência da parte interessada, de que era impregnada a providência no direito anterior”.⁷⁰⁵

romano eram praticadas - frs. 40 *ad leg. Aquil.* (IX, 2) e 3 § 5º *de Carboniano edicto* (XXXVI, 10). Mas é na Nov. 90 cap. IX que positivamente encontramos esta preventiva diligência. No direito romano dela nos dá notícia o cap. V da Decr. de Gregório IX, L. II, tit. VI, *Ut lite non contest*”.

⁷⁰³. MONTEIRO, João. *Idem*, p. 268-269.

⁷⁰⁴. “Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento”.

⁷⁰⁵. ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal brasileiro anotado. 3. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. 3, p. 139.

Pronuncia-se no mesmo sentido ANTÓNIO LUIZ DA CÂMARA LEAL: “Antigamente o depoimento só tinha lugar a requerimento da parte interessada e era entregue a esta para o uso que lhe conviesse. O Código já não adotou esse critério, pelo que o depoimento será sempre junto aos autos, não constituindo peça de interesse exclusivo do requerente, mas do interesse geral da justiça”.⁷⁰⁶

De fato, no passado, o depoimento antecipado era visto como uma providência processual criada no exclusivo interesse da parte, que podia fazer dela o que quisesse. O artigo 91 do *Código de Processo Criminal de Primeira Instância*, de 1832, chegava a estabelecer o seguinte: “Se alguma testemunha houver de ausentar-se, ou por sua avançada idade, ou por seu estado valetudinário, houver receio de que ao tempo da prova já não mais exista, poderá também (...) ser inquirida a requerimento da parte interessada, a quem será entregue o depoimento para dele usar quando e como lhe convier”.

Outra novidade foi a de poder o Juiz determinar o depoimento *ex officio*, isto é, sem provocação por qualquer das partes.

O artigo 225 do Código de Processo Penal deixa claro que a produção antecipada de prova testemunhal é de ser realizada a qualquer momento antes do início da fase instrutória do processo penal condenatório. Se a instrução já tiver tido início, a antecipação do depoimento far-se-á, obviamente, em seu bojo, sem a necessidade de instauração de procedimento próprio.

Nada obsta que, por analogia, produza-se antecipadamente o depoimento do ofendido, através da providência disciplinada pelo

⁷⁰⁶. LEAL, António Luiz da Câmara. Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro. Rio de Janeiro-São Paulo: Freitas Bastos, 1942, v. 2, p. 64.

artigo 225 do Código de Processo Penal.⁷⁰⁷

Trate-se, agora, de determinar-lhe a natureza jurídica.

É uma medida *urgente* e, obviamente, não teria nenhum sentido se não fosse assim. Diante da situação de doença, velhice, ou iminente ausência, não teria nenhum sentido que a medida pudesse ser submetida a prazos longos. Verificada qualquer das hipóteses de cabimento, deve ser deferida imediatamente, sob pena de transformar-se em providência inútil.

Dada a urgência, decorrem duas outras qualidades: a *sumariedade formal* e a *sumariedade material*. De fato, além da diligência propriamente dita, o que é necessário para a realização da produção antecipada da prova testemunhal é a decisão do Juiz nesse sentido. Nenhuma outra providência é necessária para sua higidez jurídica. Daí a *sumariedade material*.

Quanto ao aspecto material -- de exame da hipótese fática -- também aqui há *sumariedade*. O Juiz não deve aprofundar-se no exame da hipótese afirmada: de doença, velhice ou ausência iminente. Decide, em suma com base na *aparência*. Eis, então, mais uma característica da medida.

É uma medida, outrossim, *temporária*, na medida em que se realiza brevemente, não se protraindo no tempo. Uma vez alcançados os objetivos da diligência, ela naturalmente se extingue.

Tem *referibilidade* com a relação de direito material que subjaz ao processo penal condenatório. É uma medida instrumental da pretensão condenatória ou da atividade defensiva do imputado. Também parece evidente que, pelas características descritas, é uma medida *incapaz de gerar a coisa julgada material*.

⁷⁰⁷. Cf., em idêntico sentido, BARROS, Romeu Pires de Campos. Processo penal cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 449-450.

Trata-se, pois, de uma *medida cautelar instrutória*.

Capítulo 4 - A BUSCA E APREENSÃO

A importância do estudo sobre a *busca e apreensão*, no processo penal, é enfatizada por ARY AZEVEDO FRANCO, para quem “trata-se de medida da mais alta gravidade, uma vez que envolve, como salientam os praxistas, restrição a direitos individuais, especificados, inclusive, na lei magna, sendo, pois, regulada nas legislações com toda cautela”.⁷⁰⁸

Malgrado a importância do instituto, entretanto, há uma enorme dificuldade para situá-la, organicamente, entre as medidas de urgência do processo penal brasileiro.

Isso porque a *busca e apreensão* é utilizável, no processo penal condenatório, como *i*) providência tendente à privação da liberdade do imputado,⁷⁰⁹ como *ii*) providência dirigida à proteção da atividade instrutória,⁷¹⁰ como *iii*) providência preventiva de natureza policial⁷¹¹ e, finalmente, como *iv*) medida preordenada à viabilização da responsabilidade civil decorrente do crime.⁷¹² Em outras palavras: não é possível situá-la, de forma excludente, em qualquer dos capítulos do direito processual penal.

O próprio legislador do Código de Processo Penal vigente não

⁷⁰⁸. FRANCO, Ary Azevedo. Código de Processo Penal. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1956, v. 1, p. 310.

⁷⁰⁹. Cf. § 1º, letra “a”, do artigo 240 do Código de Processo Penal.

⁷¹⁰. Cf. § 1º, letras “a”, “b”, “c”, “d”, “e”, “f”, “g”, “h” do artigo 240 do Código de Processo Penal. Cf., outrossim, o § 2º do artigo 240 do Código de Processo Penal.

⁷¹¹. Cf. § 1º, letras “a”, “b”, “c”, “d”, “g”, do artigo 240 do Código de Processo Penal.

⁷¹². Cf. § 1º, letra “b”, do artigo 240 do Código de Processo Penal.

sabia exatamente onde colocá-la, e acabou optando pelo Capítulo XI do Título VII (Da Prova) do Título I (Do processo em geral).⁷¹³

Nesse aspecto, o eterno crítico do Código de Processo Penal, JOSÉ FREDERICO MARQUES, parece ter concordado com a opção tomada:

A colheita acautelatória de provas e indícios torna imprescindível a atribuição às autoridades policiais de poderes coercitivos destinados a efetivar as providências tendentes a assegurar o êxito da *informatio delicti*.

Sobre a pessoa do indiciado, esses poderes coercitivos, quando impliquem em cerceamento do *jus libertatis*, devem ser submetidos a controle prévio da autoridade judiciária, salvo na prisão em flagrante. O mesmo não sucede, porém, com os poderes de coerção real (...).

Esses poderes são exercidos através da chamada *busca e apreensão*, que é procedimento cautelar destinado a formar o corpo de delito e sobretudo o *corpum instrumentorum* do fato, mediante atos de coação da Polícia Judiciária. Também em juízo admite-se a busca e apreensão.⁷¹⁴

Apesar das evidentes dificuldades em dispô-la, parcela considerável dos principais autores do processo penal brasileiro parece concordar entre si com a *natureza cautelar da busca e apreensão*. Nesse sentido pronunciam-se JOSÉ FREDERICO MARQUES, acima citado, E. MAGALHÃES NORONHA,⁷¹⁵ ROMEU PIRES DE CAMPOS

⁷¹³. Cf., a respeito, crítica de TORNAGHI, Hélio. Curso de processo penal. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, v. 1, p. 460.

⁷¹⁴. MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. 2. ed., Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1965, v. 2, p. 312.

⁷¹⁵. NORONHA, E. Magalhães. Curso de direito processual penal. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1971, p. 91: “É ela [refere-se à busca e apreensão] medida acautelatória”.

BARROS,⁷¹⁶ PAULO LÚCIO NOGUEIRA⁷¹⁷ e HÉLIO TORNAGHI.⁷¹⁸

JULIO FABBRINI MIRABETE, todavia, tem uma opinião peculiar a respeito do tema, a qual não chega, propriamente, a contrariar a dos autores acima citados. Escreve ele, a respeito da *busca e apreensão*, que, “para a nossa lei, é ela meio de prova, de natureza acautelatória e coercitiva, consubstanciado no apossamento de elementos instrutórios, quer relacionados com objetos, quer com as pessoas do culpado e da vítima, quer, ainda, com a prática criminosa que tenha deixado vestígios”.⁷¹⁹

Para HÉLIO TORNAGHI, entretanto, “a busca não é meio de prova; nem sequer se destina sempre à colheita de provas”.⁷²⁰

A medida é também prevista, com particularidades, nos artigos 839 a 843 do Código de Processo Civil. Dentre os estudiosos dedicados ao tema das medidas cautelares do processo civil, há quem considere a *busca e apreensão* “meio de execução de medida preventiva

⁷¹⁶. BARROS, Romeu Pires de Campos. Processo penal cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 397: “(...) a natureza cautelar tanto da busca como da apreensão resulta evidente da própria forma pela qual tais medidas são regulamentadas em nosso estatuto processual”.

⁷¹⁷. NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Curso completo de processo penal. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1990, p. 163: “É a busca, realmente, uma medida acautelatória, liminar, destinada a evitar o perecimento das coisas (...)”.

⁷¹⁸. TORNAGHI, Hélio. Curso de processo penal. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, v. I, p. 460: “(...) me parece mais correto situar a busca e apreensão entre as providências acautelatórias”.

⁷¹⁹. MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo penal. São Paulo: Atlas, 1991, p. 304.

⁷²⁰. TORNAGHI, Hélio. Curso de processo penal. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, v. I, p. 460.

ou satisfativa”.⁷²¹

A verdade remanesce a mesma. É impossível determinar-se, de forma excludente, uma única natureza jurídica para a *busca e apreensão*. De acordo com cada uma das finalidades acima mencionadas, a *busca e apreensão* tem uma determinada natureza jurídica.

Trate-se, primeiramente, da *busca e apreensão* utilizada como forma de viabilizar a privação da liberdade do imputado. Neste caso, parece clara a ausência de autonomia, mesmo funcional, da *busca e apreensão*, que se apresenta, unicamente, como uma providência prática tendente à viabilização de uma medida de prisão. Na verdade, ocorre aqui um excesso do legislador. Quando decretada, a prisão preventiva engloba, se ele estiver solto, a captura do imputado. Não havia a mais tênue necessidade de prevê-la como medida autônoma na lei.

O mesmo raciocínio vale para a *busca e apreensão* utilizada como meio de execução de qualquer outra medida patrimonial de urgência, como o *seqüestro dos proventos móveis do crime*, o *arresto prévio* e o *arresto subsidiário*. Caso a *busca e apreensão* preceda qualquer dessas medidas, será mero meio de execução delas.

Não é cautelar, por falta de *referibilidade* à pretensão condenatória de um determinado processo criminal, a *busca e apreensão* utilizada como medida de policiamento preventivo. Essa hipótese ocorre, por exemplo, quando a autoridade -- policial ou judiciária -- vale-se da medida para “prender criminosos”, para “apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos”, para “apreender pessoas

⁷²¹. COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. Medidas preventivas. 1958, n. 94 *apud* SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Do processo cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 326.

vítimas de crimes” ou, ainda, para “apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos”,⁷²² quando qualquer desses objetos ou pessoas não estejam diretamente relacionados com a infração penal que seja objeto do trabalho de pesquisa da autoridade.

A ausência de *cautelaridade*, pela falta de referibilidade com o fato criminoso que seja objeto de investigação ou de pretensão condenatória, fica clara quando a autoridade se vale da *busca e apreensão* para “apreender armas e munições (...) destinados a fim delituoso”.⁷²³ Nesse caso, as armas e munições buscadas e eventualmente apreendidas, podem não ter sido utilizadas na infração penal, mas são consagradas “a fim delituoso”; é possível que não estejam ocorrendo sequer atos preparatórios de infração penal mas, mesmo assim, autoriza-se a medida como meio de execução de uma política estatal dirigida ao combate preventivo ao crime, política essa que permeia o vigente Código de Processo Penal.

É verdade que, em muitos desses casos, a mera posse de armas e munições destinadas a tal fim será, *de per se*, criminosa; é o que ocorreria, por exemplo, com a posse de uma metralhadora de uso proscrito a civis. Mas a hipótese de posse de uma arma não proibida, mas destinada a fim delituoso, pode ocorrer. É desnecessário salientar que, como pressuposto à legitimidade da medida, a destinação criminosa das armas e munições não utilizadas em infração penal, mas encontradas quando das investigações, deve ser evidente ou, ao menos, altamente provável, sob pena de se perpetrar, em alguns casos, injustiça.

É *cautelar* a medida de *busca e apreensão* preordenada à proteção

⁷²². Essas são palavras usadas pelo § 1º do artigo 240 do Código de Processo Penal.

⁷²³. § 1º, letras “c” e “d”, do artigo 240 do Código de Processo Penal.

da atividade instrutória do inquérito policial ou do processo penal condenatório. Valem, para demonstrá-lo, todos os argumentos expendidos quando da análise da matéria.

Tome-se o exemplo da *busca pessoal*, também denominada de *revista*. Se destinar-se ela a encontrar objetos relacionados com o fato criminoso, para o fim de que não sejam perdidos ou não permaneçam ocultados, impossível negar-lhe o caráter cautelar instrutório. Da mesma forma qualquer outra *busca e apreensão* que tiver o objetivo de preservar provas para futura utilização pelas partes técnicas no processo penal condenatório.

Verifica-se, no caso da necessidade de implementação dessas providências durante o inquérito policial, uma crescente necessidade de intervenção judicial para autorização da medida. Isso ocorre, por exemplo, no caso da *busca domiciliar* que, nos termos do inciso XI do artigo 5º da Constituição, só pode ser autorizada pela autoridade judiciária e, ademais, executada durante o dia.

Com essa *reserva jurisdicional*,⁷²⁴ fica ainda mais clara a natureza cautelar da medida de *busca e apreensão* destinada a salvaguardar a atividade instrutória.

Por fim, apenas para registro, deve ser tratada a questão da *busca e apreensão* de “cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento possa ser útil à elucidação do fato”.⁷²⁵

De acordo com o inciso XII do artigo 5º da Constituição,⁷²⁶

⁷²⁴. Cf., a propósito, GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. Inviolabilidade do domicílio na Constituição. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 116-128.

⁷²⁵. § 1º, letra “f”, do artigo 240 do Código de Processo Penal.

⁷²⁶. “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas

essa diligência está proibida, não sendo admissível sequer por ordem judicial. A clareza do dispositivo constitucional não deixa margem a dúvida: o § 1º, letra “f”, do artigo 240 do Código de Processo Penal” está revogado.⁷²⁷

No processo penal italiano, três são os *sequestros* previstos: o *sequestro a fini di prova*, o *sequestro conservativo* e o *sequestro preventivo*.⁷²⁸ O primeiro é, obviamente, uma medida instrutória de urgência; o segundo, uma medida patrimonial de urgência. Será objeto de análise adiante.

O terceiro serve para prevenir que a eventual disposição de uma coisa relacionada com a prática do crime agrave ou prolongue suas consequências ou sirva para o cometimento de outros crimes; corresponde, *servatis servantis, mutatis mutandis*, à busca e apreensão regulada no artigo 240 do Código de Processo Penal.

Conforme lembra FRANCO CORDERO, não é necessário que os bens possam ser objetos de futuro confisco para a implementação da medida.⁷²⁹

A respeito do *sequestro preventivo*, escreve PAOLA BALDUCCI que o legislador italiano o criou com a finalidade...

(...) di por fine alle dispute che da circa un ventennio agitavano il travagliato

hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

⁷²⁷. Cf. entendimentos nesse sentido de TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 357-359, e de MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo penal. São Paulo: Atlas, 1991, p. 305. Cf., outrossim, o entendimento contrário de TORNAGHI, Hélio. Curso de processo penal. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, v. 1, p. 471-472.

⁷²⁸. Cf., a respeito do tema, CORDERO, Franco. Procedura penale. Milão: Giuffrè, 1991, p. 507-515.

⁷²⁹. CORDERO, Franco. *Idem*, p. 512.

*istituto del sequestro per il procedimento penale, contrassegnato da quel suo presunto “vuoto di fini” che ne avrebbe consentito l'utilizzazione per le più diverse finalità; dall'altro lato dare ampio riconoscimento a quel fine di cautela sostanziale codificato della prassi, disegnando una nuova figura di sequestro, detto appunto “preventivo”, che per presupposti e finalità dovrebbe radicalmente diversificarsi dal sequestro probatorio.*⁷³⁰

É também definido por PAOLA BALDUCCI como uma *medida cautelar real*.⁷³¹

Contudo, considerando que o *sequestro preventivo* do direito processual penal italiano tem como finalidade o impedimento de que a livre disponibilidade física de algum bem aprofunde as conseqüências do crime ou a prática de novos crimes, pode-se concluir que não se trata de uma *medida cautelar* mas, isto sim, de *um ato preventivo* (mas não cautelar) *de polícia judiciária*.

⁷³⁰. BALDUCCI, Paola. Il sequestro preventivo nel processo penale. Milão: Giuffrè, 1991, p. 110: “de por fim às disputas que, desde aproximadamente vinte anos agitavam o tormentoso instituto do sequestro para o procedimento penal, marcado por aquele sua “ausência de finalidade”, a qual havia permitido sua utilização para as mais diversas finalidades; de outro lado, visava dar reconhecimento a aqueles fins de cautela substancial construídas pela práxis, codificando uma nova figura de sequestro, dito exatamente ‘preventivo’, que pelos pressupostos e finalidade deveria radicalmente diversificar-se do sequestro probatório”.

⁷³¹. BALDUCCI, Paola. *Idem*, p. 120-124.

Capítulo 5 - AS MEDIDAS PATRIMONIAIS DE URGÊNCIA

0. Introdução

Os artigos 159, primeira parte,⁷³² e 160,⁷³³ do Código Civil, concorrem para estabelecer um princípio jurídico básico da vida em comunidade: o da *responsabilidade civil* dos autores de atos ilícitos.

Nos limites estabelecidos pela ordem jurídica, no interesse da coexistência social, pode a atividade dos indivíduos desenvolver-se de modo a satisfazer mais ou menos cabalmente as exigências da própria personalidade (...).

Afastando-se dos preceitos das normas de direito, o comportamento do indivíduo, longe de encontrar a proteção legal, a garantia que cerca e defende o direito subjetivo, acarreta para o autor a responsabilidade pelos danos ou prejuízos, que porventura tenham causado os seus atos, que por esse motivo, se chamam *atos ilícitos*.⁷³⁴

Modernamente, contesta-se a idéia, veiculada pelo artigo 159 do Código Civil, da responsabilidade baseada simplesmente na culpa, acrescentando a noção da culpa presumida e da

⁷³². “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

⁷³³. “Não constituem atos ilícitos (...) os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido (...) a deterioração ou destruição da coisa alheia, a fim de remover perigo iminente (...). Parágrafo único. Neste último caso, o ato será legítimo, somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo”.

⁷³⁴. ESPÍNOLA, Eduardo. Sistema do direito civil brasileiro. Rio de Janeiro: Rio, 1977, p. 603.

responsabilidade objetiva.⁷³⁵⁻⁷³⁶

É o caso, contudo, de se passar completamente ao largo de tais discussões. Isso porque a responsabilidade civil que o processo penal viabiliza é a decorrente ao menos de culpa, dado o princípio *nullum crimen sine culpa*.⁷³⁷

Outro princípio importante para a fundamentação da viabilização da responsabilidade civil por atos ilícitos é o da *responsabilidade patrimonial*.

Em resumo, o que esse princípio estabelece é que a responsabilidade civil pelos atos ilícitos não é rigorosamente pessoal, mas patrimonial, isto é, não é o indivíduo que responderá pessoalmente, com seu corpo, pelos danos que causar; seu patrimônio o fará.

Esse princípio, hoje enraizado na consciência jurídica

⁷³⁵. Cf. LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de direito civil. Rio de Janeiro-São Paulo: Freitas Bastos, 1961, v. 5, p. 188-189: “Conseqüentemente, responsabilidade significa a obrigação de reparar um prejuízo, seja por decorrer de culpa ou de uma outra circunstância legal que a justifique, como a culpa presumida, ou por uma circunstância meramente objetiva”.

⁷³⁶. A fim de obter um quadro mais completo a respeito do tema, conferir VIEIRA NETTO, José Rodrigues. O risco e a imprevisão: duas tendências no âmbito da responsabilidade civil. Juruá: Instituto dos Advogados do Paraná: Curitiba, 1989, 163 p.

⁷³⁷. Cf., a respeito, o ponto de vista de CORREIA, Eduardo. Direito criminal. Coimbra: Almedina, 1971, v. 1, p. 17-18: “Hoje, por toda a parte se afirma o pensamento de que para aplicação de uma pena criminal é sempre necessária a comprovação efetiva da culpa do delinqüente: ‘nulla poena sine culpa’. Simplesmente, reconhece-se as mais das vezes que este é apenas um princípio programático, uma meta a atingir pelo direito penal do futuro, que não uma realidade dos sistemas vigentes. Certo é todavia que há no direito criminal uma maior e mais profunda exigência de culpa do que no direito civil; e, como veremos, não de uma qualquer culpa (como v. g. a ‘culpa objetiva’ do direito civil), mas culpa em sentido subjetivo, como juízo de censura dirigido à *pessoa* do criminoso por ter agido como agiu”.

ocidental, nem sempre existiu e pode ser definido, com CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, como uma “conquista da civilização”.

Nas sociedades primitivas, respondia o devedor com a sua pessoa (...). Não somente nos povos primitivos. Mesmo aqueles que atingiram grau maior de cultura jurídica assim entendiam. Mesmo em Roma, ao tempo em que pela primeira vez codificou o seu direito, fixando-o na Lei das XII Tábuas, assim se dispunha na Tábua III: *Tertiis nundinis partir secanto. Si plus minuesve secuerunt, se fraude esto* (...). Vale dizer que o devedor respondia com o próprio corpo, sobre que incidia o poder do credor. E tão longe se levava o princípio, que sobre o devedor insolvente se instaurava uma espécie de concurso creditório macabro, transportando-o além do Tibre, onde se lhe tirava a vida repartindo-se o cadáver. Se na verdade tal espóstejamento se efetivava, não sabemos. Mas é certo que se podia fazer. Foi somente no ano 326 A.C., com a *Lex Poetelia Papiria* que se aboliu a execução contra a pessoa do devedor, instituindo-se a responsabilidade sobre seus bens (*pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esse*) se a dívida não procedia de delito (...).⁷³⁸

Tudo quanto foi aqui exposto está positivado, com muita clareza, pelo inciso XLV do artigo 5º da Constituição.⁷³⁹

Estes, em linhas exageradamente superficiais, os fundamentos da responsabilidade patrimonial por fato criminoso.

O processo penal, historicamente, sempre procurou minimizar as conseqüências economicamente avaliáveis da prática de infração penal. Alguns países adotam o sistema do accertamento da responsabilidade patrimonial pelo fato criminoso no processo penal

⁷³⁸. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, v. 4, p. 248-249.

⁷³⁹. “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do patrimônio transferido”.

condenatório. Segundo informação de ANTONIO SCARANCE FERNANDES, é o caso da França, Itália, México, Bélgica, Alemanha, Portugal, Argentina, Espanha, Chile, Peru, Venezuela, Iugoslávia, Romênia, Colômbia, Polônia, Costa Rica, antigas Repúblicas Socialistas Soviéticas.⁷⁴⁰

Outros, como o Brasil, Inglaterra, Estados Unidos da América, Canadá, Austrália, Nova Zelândia, Escócia, Suíça, Holanda e Paraguai,⁷⁴¹ reservam o processo penal condenatório para o acerto da responsabilidade criminal.

No caso específico do Brasil, procurou-se uma situação alternativa entre as duas, na qual o processo penal serve para a aplicação do direito penal, mas não há uma despreocupação pura e simples com a responsabilidade civil *ex delicto*, revelada pelo disposto no artigo 91, inciso I, do Código Penal.⁷⁴²

Estabelece essa regra que a condenação criminal transitada em julgado torna certa a obrigação de indenizar os danos decorrentes do crime. Em outras palavras, transforma a sentença penal transitada em julgado em título executivo judicial ao qual só falta a liquidez.

Vê-se outro instrumento predisposto pela lei à reparação do dano, no artigo 268 do Código de Processo Penal,⁷⁴³ que cria a possibilidade da participação de um assistente do Ministério Público,

⁷⁴⁰. FERNANDES, Antonio Scarance. O papel da vítima no processo criminal. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 167-169.

⁷⁴¹. Cf. FERNANDES, Antonio Scarance. *Idem*, p. 167-169.

⁷⁴². “São efeitos da condenação (...) tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime”.

⁷⁴³. “Em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no art. 31” [refere-se ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão].

nos casos de ação penal pública, condicionada ou não. Esse assistente, segundo a melhor doutrina, representada por JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA, JOSÉ FREDERICO MARQUES e FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, está no processo penal rigorosamente para defender o direito do ofendido à reparação do dano *ex delicto*. Eis o magistério de JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA:

Com efeito, a sentença penal faz coisa julgada no cível sobre o fato e sobre a autoria e, ainda, sobre diversas circunstâncias do fato e da autoria, conforme o disposto no Código de Processo Penal. Isso quer dizer que, enquanto dada à execução cível e à liquidação cível para reparação do dano (e com ablação, portanto, da cognição cível) a sentença penal, condenatória ou absolutória, é também sentença civil. Isso significa, outrossim, que o processo penal no Brasil é também processo civil. Desse processo civil solidarizado com o processo penal, é que o ofendido é admitido (e com justiça) a participar.

Não seria justo que não pudesse participar do processo de formação do julgado, o titular de interesses e de pretensões a nele se apreciarem.

Em poucas palavras, o particular ofendido é admitido a intervir no processo penal porque as sentenças penais fazem coisa julgada no cível, na medida estabelecida pelo Código Civil e pelo Código de Processo Penal!⁷⁴⁴⁻⁷⁴⁵

FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO chega ao ponto de

⁷⁴⁴. ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. Processo penal, ação e jurisdição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 57.

⁷⁴⁵. Cf., no mesmo sentido, MARQUES, José Frederico. Legitimação processual. In: Estudos de direito processual penal. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 157: “O sujeito passivo do crime pode intervir, como assistente, em razão dos efeitos civis do julgado criminal”.

afirmar que a atividade do assistente do Ministério Público é restrita à defesa de seu direito ao ressarcimento, não podendo, por exemplo, recorrer para aumentar a pena do réu.⁷⁴⁶⁻⁷⁴⁷

Todavia, esses mecanismos de proteção à pretensão reparatória do ofendido, tendo em vista peculiaridades da indenização *ex delicto*, perigam se tornar ineficazes dada a ação do próprio réu ou do tempo. Daí a criação de outros instrumentos do processo penal, preordenados a garantir a realização do princípio da responsabilidade civil. Explica-os o item VI da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal:

O projeto não descurou de evitar que se torne ilusório o direito à reparação do dano, instituindo ou regulando eficientemente medidas assecuratórias (seqüestro e hipoteca legal dos bens do indiciado ou do responsável civil), antes mesmo do início da ação ou do julgamento definitivo, e determinando a intervenção do Ministério Público, quando o titular do direito à indenização não disponha de recursos pecuniários para exercê-lo. Ficará, assim, sem fundamento a crítica, segundo a qual, pelo sistema do direito pátrio, a reparação do dano *ex delicto* não passa de uma promessa vã ou platônica da lei.

Tendo em vista que o objetivo é garantir a eficácia das medidas, a *urgência* passa a ser “marca registrada” das medidas patrimoniais do processo penal. Ela procurará garantir sua eficácia,

⁷⁴⁶. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, v. 2, p. 501-502: “(...) se o Juiz condena o réu, por violação do art. 129, *caput*, do CP, a 3 meses, o ofendido não poderá interpor apelação para majorar a pena, porquanto, nesse caso, seu direito à satisfação do dano estará garantido (...)”.

⁷⁴⁷. Cf., no mesmo sentido de que a atuação do assistente do Ministério Público é estritamente limitada, LEÃO, Nilzardo Carneiro. O assistente do Ministério Público. In: Arquivo Forense. Recife: Governo do Estado de Pernambuco, 1961, v. 44, p. 52-54.

integrando-se a elas de forma tão íntima que algumas das medidas praticamente não podem ser imaginadas sem essa nota distintiva.

A *urgência*, no caso, é quase onipresente. Essa qualidade decorre de diversas razões. Em primeiro lugar, do fato de que o crime é, ontologicamente, a maior ofensa ao próximo que prevê o ordenamento jurídico. Se é à pessoa do indivíduo, muita vez também o é ao seu patrimônio, irrazoadamente atingido. Sendo assim, ocorrendo o prejuízo patrimonial, justificada está a reação estatal enérgica. Outra razão é referente ao destinatário das regras viabilizadoras da responsabilidade patrimonial. Tendo o réu cometido um crime patrimonial doloso ou crime não patrimonial motivado pela cobiça, por exemplo, é razoável pensar-se que, uma vez consumado o crime, seu objetivo passe a ser manter o *status quo* alcançado com a prática da infração penal; talvez até com a repetição de ações moralmente reprováveis. Nisso também reside a potencial inutilidade das medidas patrimoniais do processo penal se desvestidas de urgência.

Por isso as medidas patrimoniais do processo penal serão, geralmente, *urgentes*. A esse tema retornar-se-á, amiúde, nas linhas adiante.

Outra característica da maior parte das medidas patrimoniais de urgência no processo penal brasileiro é a relação de dependência que guardam com o processo penal condenatório no qual estão inseridas. Isto significa que, uma vez cancelada a *persecutio criminis*, seja pela absolvição do imputado, seja pela extinção de sua punibilidade, ou seja, ainda, pelo arquivamento do inquérito policial, também restam canceladas.

Assim, as medidas patrimoniais de urgência são, muita vez, precárias e temporárias, somente se mantendo se e enquanto a

pretensão condenatória se mostrar viável e procedente.

Conforme visto no capítulo anterior, na Itália existe o *sequestro conservativo*, que serve para garantir o princípio da responsabilidade patrimonial e substitui, hoje integralmente, a hipoteca penal que antes existia no processo penal italiano.

Escreve, a respeito, FRANCO CORDERO:

Il provvedimento colpisce beni mobili o immobili, nonché somme o cose dovute al debitore, nei limiti del pignorabile (art. 316) vincolandoli a garanzia del credito. Esiste uno scudo giuridico: commettono delitto il proprietario o chiunque voglia favorirlo, quando sottraggano, sopprimano, distruggano, disperdano, deteriorino le cose sequestrate (...); e secondo l'art. 2.913 c.c. [refere-se ao Código Civil italiano] sono inefficaci le alienazioni, salvi gli effetti del possesso di buona fede rispetto ai mobili non iscritti in pubblici registri; l'art. 192 c.p. [refere-se ao Código Penal italiano] commina l'inefficacia degli atti a titolo gratuito posteriori al reato; e l'art. 193 c.p. [idem] presume compiuti in frode dei creditori gli atti a titolo oneroso oltre una "semplice amministrazione" o "l'ordinario commercio", revocabili in quanto consti la mala fede del partner (art. 193). In fine, il sequestro costituisce una prelazione: nell'eventuale concorso i crediti de quibus (...) precedono gli anteriori non privilegiati e tutti i posteriori, salvi i crediti tributari.⁷⁴⁸

⁷⁴⁸. CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Milão: Giuffrè, 1991, p. 512. Tradução livre: "O provimento atinge bens móveis ou imóveis, além de somas ou coisas devidas ao imputado, nos limites do que possa ser objeto de penhora (art. 316) vinculando-as à garantia do crédito. Existe um escudo jurídico: comete crime o proprietário ou quem quer que queira favorecê-lo, quando subtraíam, suprimam, destruam, disponham, deteriorem as coisas seqüestradas (...); e, segundo o art. 2.913 do Código Civil italiano são ineficazes as alienações, salvo com relação ao possuidor de boa fé, relativamente aos móveis não inscritos em registros públicos; o art. 192 do Código Penal comina a ineficácia dos atos a título gratuito posteriores ao crime; e o art. 193 do mesmo Código presume praticados em fraude aos credores os atos a título além de uma 'simples administração' ou de 'comércio ordinário', revogáveis enquanto conste a má fé do outro contraente. Por fim, o seqüestro constitui uma prelação: no eventual concurso, os

Obviamente não cabe, no espaço do presente trabalho, emitir juízo de valor acerca da opção do legislador italiano. Basta a notícia a respeito de sua existência.⁷⁴⁹

1. O seqüestro dos proventos do crime

Dispõe o artigo 91, inciso II, letra “b”, do Código Penal, que um dos efeitos da condenação penal transitada em julgado é a perda, em favor da União, “do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso”, ressalvado o direito do ofendido ou de terceiro de boa-fé.

“Produto do crime” é aquilo que entra para a posse do agente diretamente com prática criminosa: aquilo que “nasce”, para o patrimônio do agente criminoso, com o crime mesmo. O bem, enfim, cuja aquisição, por parte do criminoso, é, *de per se*, típica. São produtos do crime: *i*) a coisa alheia móvel subtraída, nos crimes de furto e roubo, *ii*) a coisa alheia móvel apropriada, no crime de apropriação indébita, *iii*) a vantagem ilícita obtida, no crime de estelionato, *iv*) a coisa recebida, adquirida ou ocultada, no crime de receptação, *v*) o dinheiro, valor ou bem móvel apropriado, no crime de peculato etc.

Assim, para EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, produtos do crime

créditos decorrentes do crime (...) precedem os anteriores não privilegiados e todos os posteriores, salvo os créditos tributários”.

⁷⁴⁹. Cf., para maiores informações acerca do seqüestro conservativo, AMODIO, Ennio. Le cautele patrimoniali nel processo penale. Milão: Giuffrè, 1971, 311 p. (trata do seqüestro no processo penal italiano revogado) e DINACCI, Ugo. Il sequestro conservativo nel nuovo processo penale. Pádua: CEDAM, 1990, 179 p.

são “as coisas produzidas pela infração”.⁷⁵⁰

A lição de SÉRGIO M. DE MORAES PITOMBO é, todavia, ainda mais clara: “Ao produto direto, ou apenas produto da infração, corresponde o resultado útil imediato da operação delinqüencial: bens, ou bem, produzidos pela indústria do infrator. Aqueles, que por causa do delito, foram ter às mãos do delinqüente, como o veículo furtado e o dinheiro roubado”.⁷⁵¹

“Proveito” ou “provento do crime”, diferentemente, é aquilo que entra para a posse do agente criminoso por causa da infração penal, embora de forma indireta. O bem, nesse caso, não entra no patrimônio do criminoso de forma típica mas, ao contrário, de forma perfeitamente lícita; é a causa remota da aquisição que está viciada. São proveitos ou proventos do crime, *i*) as coisas, móveis ou imóveis, compradas com o dinheiro auferido pela venda das coisas subtraídas, ou trocadas por elas, nos crimes de furto e roubo, *ii*) as coisas, móveis ou imóveis, adquiridas com o dinheiro auferido pela venda das coisas móveis apropriadas, no crime de apropriação indébita, *iii*) as coisas, móveis ou imóveis, adquiridas com a utilização da vantagem ilícita obtida, no crime de estelionato, *iv*) as coisas, móveis ou imóveis, adquiridas a partir da venda ou troca das coisas recebidas, adquiridas ou ocultadas, no crime de receptação, *v*) as coisas, móveis ou imóveis, adquiridas com o dinheiro ou valor, ou com o dinheiro auferido pela venda do bem móvel apropriado, no caso do crime de peculato etc. Define-as VINCENZO MANZINI: “As coisas que são o proveito do crime são as que, embora não

⁷⁵⁰. ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal brasileiro anotado. 3. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. 2, p. 374.

⁷⁵¹. PITOMBO, Sérgio M. de Moraes. Do seqüestro no processo penal brasileiro. São Paulo: Bushatsky, 1973, p. 9.

constituindo o seu produto direto, representam, todavia, o produto indireto, como o lucro provindo das coisas furtadas, os objetos comprados com o dinheiro indebitamente apropriado”.⁷⁵²⁻⁷⁵³

Feita a distinção acima, pode-se seguir adiante, para deixar claro que o produto do crime é, de regra, apreendível pela autoridade policial ou pelo Juiz. Aliás, no que se refere à autoridade policial, a apreensão dos produtos do crime é uma das primeiras providências que deve tomar, conforme determina o artigo 6º, inciso II, do Código de Processo Penal.⁷⁵⁴

Eventualmente, quando o produto do crime não é encontrado logo no princípio das investigações policiais, mas no meio ou ao fim delas, ou durante o processo penal condenatório, pode ser objeto das apreensões reguladas pelo § 1º, letra “b”,⁷⁵⁵ e § 2º,⁷⁵⁶ ambos do artigo

⁷⁵². MANZINI, Vincenzo. Trattato di diritto penale italiano secondo il Codice del 1930. 1934, v. 3, p. 310, *apud* ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal brasileiro anotado. 3. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. 2, p. 374.

⁷⁵³. Cf., também, a definição de PITOMBO, Sérgio M. de Moraes. Do seqüestro no processo penal brasileiro. São Paulo: Bushatsky, 1973, p. 9: “Ao produto indireto, provento da infração ou proveito do crime corresponde o resultado útil mediato da operação delinqüencial: o ganho, o lucro, o benefício que ao delinqüente adveio da utilização econômica do produto direto do crime. Constituem, pois, proventos (...) da infração o numerário obtido com a venda do veículo furtado, bem assim o imóvel comprado com o dinheiro roubado”.

⁷⁵⁴. “Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá (...) apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais”.

⁷⁵⁵. “Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para (...) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos”;

⁷⁵⁶. “Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras **b** a **f** e letra **h** do parágrafo anterior [refere-se ao § 1º do artigo 240]”.

240, do Código de Processo Penal. Essa apreensão é mero resultado da busca decretada pela autoridade policial ou pelo Juiz.

Essa providência é legítima porque o bem que se supõe ser produto do crime, se de fato o for, estará de posse do agente criminoso de forma plenamente ilegítima. O bem que possui não é seu, é do ofendido, e deve ser a ele restituído o mais rápido possível. Justifica-se, com isso, o radicalismo da providência de apreensão desse produto que, conforme o artigo 91, inciso II, letra “b”, do Código Penal, será revertido ao patrimônio da União, ressalvado o direito do próprio ofendido ou de terceiro de boa-fé.

Ao seu turno, o bem que seja proveito do crime não está apenas de posse do criminoso; faz parte de seu patrimônio, já que o *adquiriu* com o resultado da venda, ou troca, do produto da infração, ou através de outra forma de fruição do produto do crime.

É preciso ver: a aquisição desses bens foi, por si, legítima -- resultou, por exemplo, de uma compra-e-venda em que foi pago o preço e o vendedor se viu satisfeito. Seria, entretanto, iníquo que o criminoso mantivesse o *status* que obteve com a infração penal. Assim, provado que parte de seu patrimônio é provento de uma infração penal, justifica-se a desapropriação dessa parte, para que o bem ou os bens que a compõem sejam vendidos em leilão público e entregue ao ofendido e ao terceiro de boa-fé o produto auferido com a venda, revertidas as sobras para o patrimônio da União Federal.

Essa a regra a ser viabilizada. Perceba-se que, para sê-lo, é preciso que fique cumpridamente provada a qualidade de proveito de crime. Não se justifica a desapropriação, nessa hipótese, se a qualidade não estiver provada.

Todos os bens (...) que o réu haja adquirido, como proveito, ou provento do seu delito, lhe são tomados, e, se, afinal, for condenado,

perdê-los-á definitivamente, desde que se apure provirem, de alguma sorte, do emprego dos produtos do crime, não tendo sequer direito ao que sobrar da venda, em leilão público, nos termos do art. 133, de tais bens, depois de pago, ao lesado e a terceiros de boa fé, o valor integral do seu prejuízo; essa sobre reverte para a União, como é determinação do art. 133, parágrafo único.⁷⁵⁷

Porém, havendo indícios da proveniência criminosa de parte do patrimônio do criminoso -- já que ele, por seu trabalho, indústria ou herança próprios, não teria condições de formá-lo -- justifica-se um cuidado adicional com a sua conservação, agora no interesse do ofendido pela prática da infração penal.

Repita-se ainda uma vez: enquanto para efetivar-se a desapropriação será preciso provar a origem criminosa dos recursos que possibilitaram a aquisição do bem, para a decretação do seqüestro bastam indícios veementes de que o bem se originou do produto do crime.

Justamente para que o ideal de proteção ao patrimônio do ofendido pela infração penal não se frustre pelo decurso do tempo ou pela ação imoral do criminoso, os artigos 125 e 132, ambos do Código de Processo Penal criam uma providência que denominaram *seqüestro*, “medida tendente tão somente a garantir o pagamento, ao lesado ou ao terceiro de boa fé, do valor, em dinheiro, correspondente aos bens, de que ficaram privados, quando esses mesmos bens não lhes podem mais ser restituídos, e evitar, com a perda do saldo para a União, aufera o delinqüente qualquer lucro da sua ação delituosa”.⁷⁵⁸⁻⁷⁵⁹

⁷⁵⁷. ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal brasileiro anotado. 3. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. 2, p. 375.

⁷⁵⁸. ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Idem*, p. 376-377.

Essa medida, conforme se vê, tem dupla função: *i*) garantir que o bem comprado com a disposição dos produtos do crime -- portanto, um *proveito do crime* -- sirva para ressarcir os danos causados ao ofendido pela infração penal e *ii*) garantir que o criminoso não terá nenhuma vantagem com a prática do crime.

(...) a (...) disposição do art. 125 consagra um misto de seqüestro e arresto. É verdade que a medida, ali presente recai sobre determinados bens, ou seja, os adquiridos com os proventos da infração, e não sobre qualquer bem do indiciado. No entanto, essa propriedade dos bens não é controvertida. O que dá especificidade a esses bens é terem sido adquiridos e pagos com haveres obtidos por meios criminosos. Tendo de comum com o arresto a circunstância de que a coisa seqüestrada pertence ao réu, ou indiciado.⁷⁶⁰

Em acurada análise, SÉRGIO M. DE MORAES PITOMBO identifica uma falha redacional no artigo 125, que acaba por contaminar o artigo 132.⁷⁶¹ Com efeito, esses dispositivos autorizam o seqüestro dos bens adquiridos *com os proventos da infração penal*. Não se faz referência aos proventos mesmos da infração penal, mas apenas ao que resultar de sua disposição. Por exemplo: um indivíduo subtrai, para si, um carro de luxo; *este é produto de seu crime*. Vende esse carro de luxo e compra um terreno; esse terreno *é provento da infração*. Vende

⁷⁵⁹. Cf., a propósito, THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo cautelar. 8. ed., São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1986, p. 235: “*Seqüestro* é a medida cautelar que assegura futura execução para entrega de coisa, e que consiste na apreensão de bem *determinado*, objeto do litígio, para lhe assegurar entrega, em bom estado, ao que vencer a causa (...)”.

⁷⁶⁰. BARROS, Romeu Pires de Campos. Processo penal cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 417.

⁷⁶¹. PITOMBO, Sérgio M. de Moraes. Do seqüestro no processo penal brasileiro. São Paulo: Bushatsky, 1973, p. 10-14.

esse terreno e compra um relógio de ouro; esse relógio *foi adquirido com o provento da infração* e, em uma interpretação literal do dispositivo, muito mal escrito, entender-se-ia que apenas o relógio seria seqüestrável.

Por fortuna, a interpretação literal é declarada ilegítima por todos os juristas. É preciso sempre fazer uma interpretação que vai além da literalidade dos dispositivos. Neste caso, fazendo-a sistematicamente, entende-se facilmente que os proventos da infração penal são também seqüestráveis, salvando a lógica dessas regras.

É possível, com isso, seguir adiante.

Se o provento da infração penal se constituir em um ou em mais bens imóveis -- entendidos, como tais, os bens imóveis “por natureza, por acessão física artificial ou intelectual (...) ou, ainda, por expressa disposição legal”⁷⁶² -- aplica-se a regra do artigo 125 do Código de Processo Penal.⁷⁶³ Se o provento da infração penal se constituir em bem ou bens móveis, aplica-se a regra do artigo 132, do Código de Processo Penal, que prevê idêntica providência de *seqüestro*, só que, agora, aplicada aos bens móveis não apreendíveis. A diferença entre ambas está unicamente relacionada às providências a serem colocadas em prática para a garantia desses bens, que são diferentes se se tratar de um bem móvel ou de um bem imóvel.

Assim, em se tratando de bem imóvel, a primeira providência prática para evitar a frustração da garantia será a inscrição do

⁷⁶². BEVILAQUA, Clóvis. Comentários ao Código Civil. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1916, v. 1, p. 274, *apud* PITOMBO, Sérgio M. de Moraes. Do seqüestro no processo penal brasileiro. São Paulo: Bushatsky, 1973, p. 4.

⁷⁶³. E se o produto do crime -- um estelionato, por exemplo -- for um bem imóvel?. Cf., a propósito do tema, PITOMBO, Sérgio M. de Moraes. *Idem*, p. 11, para quem, nessa hipótese, é cabível o seqüestro do produto do crime, “porque impossível a apreensão”.

seqüestro no registro de imóveis. Com isso, não poderá o criminoso se desfazer do dito bem. No caso de bem móvel, a providência aconselhável será o depósito do bem em mãos do depositário público, do ofendido, de terceiro ou mesmo do próprio acusado. Qualquer dessas pessoas ficará responsável pelo bem e não poderá dele se desfazer.

Segundo dispõe o artigo 127 do Código de Processo Penal,⁷⁶⁴ o seqüestro será decretado pelo Juiz, da mais vária forma: de ofício, a requerimento do Ministério Público, a requerimento do ofendido (ou de seu representante legal que, embora não mencionado expressamente, tem legitimidade para fazê-lo, por analogia com outras situações reguladas pelo Código de Processo Penal) ou em resposta a uma representação da autoridade policial.

Os artigos 129⁷⁶⁵ e 130⁷⁶⁶ do Código de Processo Penal admitem, ainda, o mecanismo dos embargos como meio de impugnação do seqüestro. Contam-se nos ditos artigos, três espécies de embargos: embargos de terceiro, embargos do imputado e embargos do *terceiro-adquirente*.

O artigo 129 estabelece, genericamente, embargos de terceiro como instrumentos para defesa contra o seqüestro. A generalidade do dispositivo leva a entender que podem fazer uso desses embargos os

⁷⁶⁴. “O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do ofendido, ou mediante representação da autoridade policial, poderá ordenar o seqüestro, em qualquer fase do processo ou ainda antes de oferecida a denúncia ou queixa”.

⁷⁶⁵. “O seqüestro autuar-se-á em apartado e admitirá embargos de terceiro”.

⁷⁶⁶. “O seqüestro poderá ainda ser embargado: I - pelo acusado, sob o fundamento de não terem os bens sido adquiridos com os proventos da infração; II - pelo terceiro, a quem houverem os bens sido transferidos a título oneroso, sob o fundamento de tê-los adquirido de boa-fé. Parágrafo único. Não poderá ser pronunciada decisão nesses embargos antes de passar em julgado a sentença condenatória”.

terceiros que não adquiriram o bem, mas que, com o seqüestro, tenham sido de qualquer maneira prejudicados pelo seu desapossamento.

Os terceiros que houverem adquirido os bens -- resumidamente: *terceiros-adquirentes* -- poderão embargar o seqüestro, com fundamento no artigo 130, inciso II, do Código de Processo Penal porque, nos termos do artigo 125 do mesmo diploma, os proventos da infração serão seqüestrados, “ainda que já tenham sido transferidos a terceiros”. EDUARDO ESPÍNOLA FILHO observa, com acerto, que os adquirentes do bem não são terceiros no sentido rigoroso do termo, uma vez que o seqüestro recaiu precisamente sobre o bem de sua propriedade.⁷⁶⁷

Os fundamentos únicos desses embargos do terceiro-adquirente, regulado pelo artigo 130, inciso II, do Código de Processo Penal, serão a aquisição do bem a título oneroso e sem conhecimento da ilicitude da origem remota desse bem. A boa-fé do terceiro-adquirente é fundamento óbvio, diante do disposto no artigo 91, inciso II, letra “b”, do Código Penal, que determina a reversão do proveito do crime ao patrimônio da União, “ressalvado o direito (...) de terceiro de boa-fé”. A onerosidade da aquisição é um requisito a mais imposto pela lei justamente porque complementa o quadro subjetivo de boa-fé do adquirente.

Tanto a onerosidade da aquisição quanto a boa-fé não se presumem: precisam ficar completamente provadas, sob pena de

⁷⁶⁷. ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal brasileiro anotado. 3. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. 2, p. 385-386: “Os embargos do adquirente dos bens, que constituem proveito do crime, não são, propriamente, embargos de terceiro, mas sim embargos do próprio executado, porque o seqüestro alcança tais bens, não como bens do delinqüente, e, sim, como bens pertencentes a terceiro, mas cuja procedência é ilícita”.

indeferimento desses embargos.

O imputado poderá também opor embargos ao seqüestro, procurando provar que os bens seqüestrados não são proventos do crime. Se, por exemplo, provar que os adquiriu antes da prática criminosa, demonstra a improcedência do confisco desses bens e, por conseqüência, a necessidade de cancelar o seqüestro.

Os embargos do imputado e os dos terceiros-adquirentes não serão decididos antes de transitar em julgado a sentença condenatória.⁷⁶⁸ Quanto aos embargos de terceiro, não há regra expressa a respeito, o que leva VICENTE GRECO FILHO a afirmar que são eles “incondicionados, e serão julgados nos termos da lei civil, porque visam à liberação do bem por estar ele excluído da possibilidade, sequer em tese, da apreensão do juiz penal”.⁷⁶⁹ O exagero da segunda parte de sua afirmação contamina a lógica da primeira. Não é verdade que os embargos do artigo 129 do Código de Processo Penal ocorrem quando não há qualquer possibilidade de apreensão por parte do Juiz penal. A possibilidade ou impossibilidade -- melhor seria dizer: legalidade ou ilegalidade -- da apreensão é, rigorosamente, matéria de mérito, que pode ou não estar presente. Esses embargos podem ser utilizados, por exemplo, por quem não os tenha adquirido, mas que tenha sido de qualquer modo prejudicado pela medida, como a esposa do acusado, que agirá unicamente para defender sua meação. Nesse caso, a solução dos embargos será diversa e dependerá da solução do processo penal condenatório. Daí

⁷⁶⁸. Cf. o parágrafo único do artigo 130 do Código de Processo Penal: “Não poderá ser pronunciada decisão nesses embargos antes de passar em julgado a sentença condenatória”.

⁷⁶⁹. GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 165.

porque não se pode afirmar que a solução dos embargos do artigo 129 do Código de Processo Penal é incondicionada.

Trate-se, agora, da natureza jurídica desse seqüestro.

É uma medida obviamente *urgente*. Talvez não tivesse qualquer utilidade se a lei impusesse procedimento complexo para sua decretação. Daí porque o seqüestro é decretado sem a oitiva do imputado ou do terceiro-adquirente ou de qualquer outra pessoa. É marcado, pois, também, por uma evidente *sumariedade formal*.

Mas o seqüestro é também medida *materialmente sumária*, na medida em que o Juiz o decretará se, na dicção do artigo 126 do Código de Processo Penal, houverem “indícios veementes da proveniência ilícita dos bens”. Não é necessária a prova plena dessa origem. Daí a realidade de que o Juiz decide o seqüestro com base na *verossimilhança*, ou *aparência*, do quadro que se apresenta diante dele.

O seqüestro é uma medida *temporária*, no sentido de que só se mantém enquanto durar o processo penal condenatório. Uma vez absolvido o acusado ou, ainda, se for julgada extinta sua punibilidade (em ambos os casos, por decisão irrecorrível) o seqüestro é, na dicção do artigo 131, inciso III, do Código de Processo Penal, “levantado”.⁷⁷⁰ Após o término do processo penal, com a condenação do réu, passa-se à fase de avaliação e alienação dos bens em leilão público, conforme estabelece o artigo 133, *caput*, do Código de Processo Penal.⁷⁷¹

⁷⁷⁰. “O seqüestro será levantado (...) se for julgada extinta a punibilidade ou absolvido o réu, por sentença transitada em julgado”.

⁷⁷¹. “Transitada em julgado a sentença condenatória, o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado, determinará a avaliação e a venda dos bens em leilão público”.

A propósito, dispõe o artigo 131, inciso I,⁷⁷² que o seqüestro será também levantado se a denúncia ou a queixa não forem oferecidas no prazo de sessenta dias após concluída a diligência, isto é, após ultimadas as providências práticas que concluam o seqüestro do provento do crime: no caso de bens imóveis, após registrado o seqüestro no registro de imóveis; no caso de bens móveis, após serem colocados em depósito, público ou privado.

A outra hipótese arrolada de levantamento do seqüestro, prevista no artigo 131, inciso II, se verifica “se o terceiro, a quem tiverem sido transferidos os bens, prestar caução” que garanta a aplicação do disposto no artigo 91, inciso II, “b”, do Código Penal.

As hipóteses arroladas no artigo 131 do Código de Processo Penal fazem revelar, outrossim, que o seqüestro é medida *incapaz de gerar coisa julgada material*.

Para caracterizar o seqüestro dos proventos da infração penal como *medida cautelar* falta analisar, ainda, o requisito da *referibilidade*. Analise-se-o, pois.

Conforme visto à saciedade nas linhas anteriores, o seqüestro dos proventos da infração procura, de um lado, garantir o direito ao ressarcimento do dano causado ao ofendido pelo crime cometido e, de outro, evitar que o criminoso, a qualquer título, consolide os lucros obtidos com a infração penal. A pretensão condenatória estatal, vista, por assim dizer, “panoramicamente”, tem esse objetivo civil também. Não é possível vê-la de forma particularizada, como pretensão punitiva penal exclusivamente. Fosse apenas pretensão penal, consagraria o crime como uma forma de enriquecimento. Daria ao criminoso a oportunidade de, cometendo o crime e

⁷⁷². “O seqüestro será levantado (...) se a ação penal não for intentada no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data em que ficar concluída a diligência”.

cumprindo sua pena, passar a fruir o resultado desse crime como o de um outro meio lícito qualquer.

Assim, conclui-se que o seqüestro dos proventos da infração penal, por procurar garantir o confisco referido pelo artigo 91, inciso II, letra “b”, do Código Penal, efeito direto da condenação, é também *referível* à pretensão condenatória subjacente ao processo penal.

Conclui-se, pois, que o seqüestro dos proventos móveis ou imóveis da infração penal é *medida cautelar patrimonial*.

2. A especialização da hipoteca penal e o arresto prévio

Conforme visto anteriormente, o cometimento do crime conduz à necessidade de reparação do dano que por ele tenha sido causado. Como também já foi visto e está claramente disposto no inciso XLV do artigo 5º da Constituição a responsabilidade não é pessoal, mas patrimonial. Os bens do criminoso, não seu corpo, garantem o ressarcimento do dano causado pela infração penal.

Da mesma maneira, o cometimento do crime faz funcionar a “máquina estatal” de persecução penal, gerando despesas ao Estado que não de ser ressarcidas ao final, ao menos pelo imputado que tenha condições econômicas de fazê-lo. Aplica-se à hipótese, com algumas variações, geradas por normas especiais relativas às custas judiciais, toda a teorização relativa à responsabilidade civil por atos ilícitos.

A fim de fazer valer esse princípio, que é mais civil que penal, a legislação civil foi chamada a desempenhar um importante papel. E o fez através dos chamados *direitos reais de garantia*, preordenados à

garantia do princípio da responsabilidade patrimonial. Fê-lo, especificamente, através da hipoteca, definida por PONTES DE MIRANDA da seguinte maneira: “No direito brasileiro, *hipoteca* é o direito real de garantia, que grava imóvel ou bem a que lei aponta (Código Civil, art. 810) como hipotecável, sem passar ao titular do direito a posse do bem ou dos bens”.⁷⁷³

Ensina a doutrina do direito civil que ao menos duas podem ser as fontes da *hipoteca*: a vontade do titular do direito de propriedade e a lei,⁷⁷⁴ sendo de repelir, nesse último caso, “toda construção que aí veja presunção de vontade dos interessados ou hipoteca tácita”.⁷⁷⁵ Por vezes, o Juiz constitui esse gravame -- por exemplo, na chamada *hipoteca judicial*; nesses casos, porém, como não poderia deixar de ser, aplica a lei e a hipótese acaba por se reduzir a uma forma de *hipoteca legal*. É o que afirma CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA.⁷⁷⁶⁻⁷⁷⁷

Ainda segundo esse autor, a *hipoteca legal* tem como

⁷⁷³. MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. 3. ed., Rio de Janeiro: Borsói, 1971, t. 20, p. 62.

⁷⁷⁴. Cf. a propósito, PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, v. 4, p. 248-249.

⁷⁷⁵. MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. 3. ed., Rio de Janeiro: Borsói, 1971, t. 20, p. 137.

⁷⁷⁶. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, v. 4, p. 325.

⁷⁷⁷. Cf., a respeito, MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. 3. ed., Rio de Janeiro: Borsói, 1971, t. 20, p. 147: “O que distingue a hipoteca judicial das hipotecas legais -- ou das outras classes de hipotecas legais, segundo muitos juristas preferem -- é a interposição da decisão constitutiva do juiz. O juiz não constitui hipotecas legais (ou as outras hipotecas legais): pode declará-las, pode ter função no tocante à inscrição e cancelamento. Se as tem como objeto de julgamento é para declará-las existentes ou não, eficazes ou não eficazes. Quanto às hipotecas judiciais, o juiz, executando, as constitui”.

fundamento ético “a segurança instituída *ex vi legis* para determinadas pessoas”.⁷⁷⁸

A primeira hipótese de *hipoteca* que interessa ao presente estudo é a instituída pelo artigo 827, inciso VI, do Código Civil,⁷⁷⁹ em favor do ofendido, sobre os bens imóveis do suspeito da prática de infração penal para a reparação do dano causado pelo crime e para o pagamento das custas do processo penal respectivo. A segunda hipótese é a instituída pelo artigo 827, inciso VII, do Código Civil,⁷⁸⁰ em favor das Fazendas Públicas federal, estadual ou municipal sobre os mesmos bens, para pagamento das penas pecuniárias e pagamento das custas.

Tratam-se, segundo a esmagadora maioria da doutrina do processo penal, de casos de *hipoteca legal*.⁷⁸¹

Tratando da hipoteca instituída pelo artigo 827, inciso VI, do Código Civil, PONTES DE MIRANDA observa, com acuidade crítica, que ela é, de fato, *hipoteca legal*, notadamente no sentido de que é a lei que a institui; para concluir, depois: “mas legal ela o é até certo

⁷⁷⁸. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, v. 4, p. 320.

⁷⁷⁹. “A lei confere hipoteca (...) ao ofendido, ou aos seus herdeiros, sobre os imóveis do delinqüente, para satisfação do dano causado pelo delito e pagamento das custas (art. 842, I)”.

⁷⁸⁰. “A lei confere hipoteca (...) à Fazenda Pública federal, estadual ou municipal, sobre os imóveis do delinqüente, para o cumprimento das penas pecuniárias e pagamento das custas (art. 842, II)”.

⁷⁸¹. “A lei confere hipoteca (...) ao ofendido, ou aos seus herdeiros, sobre os imóveis do delinqüente, para satisfação do dano causado pelo delito e pagamento das custas (art. 842, I)”.

ponto”.⁷⁸²

De fato, analisando-se-a com cuidado, percebe-se que, para existir, ela depende, em muita medida, de decisão judicial. Isso porque o artigo 134 do Código de Processo Penal, dispõe que somente será possível especializar-se a hipoteca legal “desde que haja certeza da infração e indícios suficientes de autoria”. Ora, a definição sobre o valor das provas é sempre do Juiz criminal; sem o que, ele não defere a especialização, já que ela é a ele “requerida”. Isso significa que, cabendo ao Juiz essa decisão, essa hipoteca é legal e também judicial. É conveniente, pois, acompanhar PONTES DE MIRANDA, e chamar esse direito real de garantia de *hipoteca penal*.⁷⁸³

Quanto à hipoteca instituída pelo artigo 827, inciso VII, do Código Civil, valem as mesmas observações feitas acima. Acrescenta-se, porém, que, após a edição do Código Civil, os artigos 36 a 38 da antiga Parte Geral do Código Penal, e os artigos 50 e 51 da Parte Geral instituída pela Lei n. 7.209, de onze de julho de 1984, vieram dar tratamento diverso à cobrança dos valores devidos a título de sanção penal pecuniária. Hoje, o artigo 51 do Código Penal, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 9.268, de 1º de abril de 1996, determina que o valor da sanção penal pecuniária seja inscrito como dívida ativa e cobrado pela Fazenda Pública. O dispositivo não explicita, mas a inscrição e conseqüente cobrança devem ser feitas pela Fazenda Pública respectiva, isto é, Estadual ou Federal, dependendo se a multa foi aplicada por Juiz de Direito ou por Juiz Federal.

A hipoteca penal existe *ex vi legis*. Contudo, para que nasça

⁷⁸². MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. 3. ed., Rio de Janeiro: Borsóí, 1971, t. 20, p. 140.

⁷⁸³. MIRANDA, Pontes de. *Idem*, p. 140.

para o mundo do direito como um gravame aos bens do imputado -- e, de conseqüência, como uma forma de garantia à posição jurídica do credor, é preciso que seja inscrita no registro de imóveis. Trata-se, aliás, de uma característica dos direitos reais cujo objeto seja um bem imóvel. PONTES DE MIRANDA ensina que “a hipoteca somente existe, como direito real, a partir da inscrição”.⁷⁸⁴ Para depois acrescentar que “não há direito real de hipoteca antes da inscrição. Não se poderia dizer que a hipoteca legal é modo de aquisição de hipoteca. A inscrição da hipoteca legal é que o é”.⁷⁸⁵

A inscrição da hipoteca é regulada pela Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973,⁷⁸⁶ e pressupõe a realização de uma medida denominada *especialização*. É do procedimento de especialização da hipoteca penal que os artigos 134-135 do Código de Processo Penal cuidam. Equivoca-se HÉLIO TORNAGHI ao afirmar que o Código de Processo Penal deveria ter se preocupado com o processo de inscrição e não com o de especialização.⁷⁸⁷ A inscrição é, obviamente, um assunto específico da Lei de Registros Públicos e ficaria extremamente deslocado se tratado pelo Código de Processo Penal.

Consiste a *especialização da hipoteca penal* na escolha dos bens do patrimônio do imputado que hão de ser destinados à garantia da dívida gerada pelo crime. Somente a partir da especialização e, posteriormente, da inscrição da hipoteca dos bens especializados, que a *hipoteca penal* passará a existir. “A inscrição das hipotecas faz-se para

⁷⁸⁴. MIRANDA, Pontes de. *Ibidem*, p. 82.

⁷⁸⁵. MIRANDA, Pontes de. *Ibidem*, p. 137.

⁷⁸⁶. Conhecida como “Lei dos Registros Públicos”.

⁷⁸⁷. TORNAGHI, Hélio. Curso de processo penal. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, v. 1, p. 212.

que a respeito delas haja a fé pública dos registos e as presunções peculiares às inscrições e outros atos registários”,⁷⁸⁸ ensina PONTES DE MIRANDA.

De tão óbvio, é quase desnecessário salientar que o procedimento de especialização da *hipoteca penal* nada tem a ver com o procedimento de seqüestro dos bens imóveis que sejam provento da infração penal. Daí porque não de ser especializados mesmo os bens imóveis do imputado que hajam sido adquiridos antes da prática da infração penal. Nenhum liame com o fato criminoso precisa ser buscado, eis que o fundamento do procedimento de especialização da *hipoteca penal* é diverso do que vale para a disciplina legal do seqüestro dos bens que sejam proventos do crime. No seqüestro dos proventos do crime se busca o ressarcimento do dano causado pelo crime, bem como o retorno ao *status quo ante*, no sentido de que busca a lei processual penal que nenhum ganho econômico resulte ao autor de infração penal. Todos os proventos do crime não de ser seqüestrados para que se pague o ofendido e o terceiro de boa fé e se confisque o que exceder a esse valor, em favor da União Federal. A essa duplicidade de objetivos corresponde uma maior complexidade da atividade instrutória, que precisa determinar a origem dos bens. No caso da *hipoteca penal*, o que se busca é apenas o ressarcimento do dano. Daí a maior simplicidade da atividade instrutória respectiva.

EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, de maneira analítica, descreve-a e explica-a da seguinte maneira:

A garantia especial, que os bens do delinqüente, e, especialmente, os imóveis da sua propriedade, oferecem à efetivação da sua responsabilidade de reparar o dano causado pela infração penal, não

⁷⁸⁸. MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. 3. ed., Rio de Janeiro: Borsói, 1971, t. 20, p. 83.

constitui inovação das novas leis penais pátrias. Expressa é a determinação do Código civil, no seu art. 827: “A lei confere hipoteca: VI. Ao ofendido, ou aos seus herdeiros, sobre os imóveis do delinqüente, para satisfação do dano causado pelo delito e pagamento das custas. VII. À Fazenda Pública Federal, Estadual ou Municipal, sobre os imóveis do delinqüente, para o cumprimento das penas pecuniárias e o pagamento das custas”. Esclarece, com toda exatidão, LACERDA DE ALMEIDA, que “o ofendido, a quem compete a referida hipoteca, é a pessoa física ou jurídica, a quem o delito imediatamente ofende: o Estado, pelo interesse geral de manter ilesa a ordem jurídica, não é o ofendido de quem trata a lei, mas pode sê-lo nos casos, em que o crime afete imediatamente a fazenda pública, v.g. roubo de dinheiros ou coisas pertencentes ao Estado, dano às coisas do domínio do município, etc...” (...). A lição se adapta perfeitamente à realidade dos fatos, conhecido como está o conceito de ofendido (...).

A hipoteca, diferentemente do que ocorre com o seqüestro, (...) não recai sobre os bens adquiridos pelo delinqüente com o produto ou com proventos da infração, mas atinge qualquer imóvel seu, absolutamente estranho ao delito, porque a sua obrigação de reparação civil do dano é garantida por toda sorte de bens, que possua.⁷⁸⁹

A especialização da *hipoteca penal* instituída para garantir o ressarcimento do dano causado pelo crime é de ser requerida pelo ofendido, de conformidade com o artigo 134, do Código de Processo Penal. Nada obsta, porém, que seu representante legal o faça, caso o ofendido não tenha capacidade jurídica. Da mesma forma os seus herdeiros. Escreve, a propósito, EDUARDO ESPÍNOLA FILHO: “É evidente a impropriedade de expressão do art. 134, pois (...) não fala

⁷⁸⁹. ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de processo penal brasileiro anotado. 3. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. 2, p. 395 e 397.

no manifesto poder, que têm, além do ofendido ou seu representante legal, os seus herdeiros, para promoção da especialização da hipoteca”.⁷⁹⁰

Se o ofendido for pobre e o requerer, o Ministério Público terá legitimidade para postular a especialização da *hipoteca penal*, de conformidade com o artigo 142, segunda figura, do Código de Processo Penal.⁷⁹¹

Quanto à *hipoteca penal* estabelecida para garantir o ressarcimento pelas custas judiciais, é de ser requerida pelo Ministério Público, de conformidade com o artigo 142, primeira figura, do Código de Processo Penal.⁷⁹² Nada obsta, contudo, que a própria Fazenda Pública, através de sua advocacia, promova as medidas respectivas, já que tem personalidade jurídica. O mesmo se pode afirmar, com maior razão, se a Fazenda Pública for ofendida pelo crime.

O artigo 135 do Código de Processo Penal determina que a especialização há de ser requerida por escrito, isto é, através de petição, na qual *i)* o requerente estimará a quanto monta a responsabilidade civil, isto é, de quanto foi o prejuízo causado pelo crime, em todas as suas dimensões (material e moral), *ii)* designará o imóvel ou os imóveis que deverão ser gravados com a hipoteca (nisso, essencialmente, consiste a especialização) e *iii)* estimará o valor do imóvel ou dos imóveis que designar. Conforme disposto no § 1º do artigo 135, acompanharão a petição “as provas ou indicação das

⁷⁹⁰. ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Idem*, p. 396.

⁷⁹¹. “Caberá ao Ministério Público promover as medidas estabelecidas nos arts. 134 e 137, (...) se o ofendido for pobre e o requerer”.

⁷⁹². “Caberá ao Ministério Público promover as medidas estabelecidas nos arts. 134 e 137, se houver interesse da Fazenda Pública (...)”.

provas em que se fundar a estimação da responsabilidade, com a relação dos imóveis que o responsável possuir, se outros tiver, além dos indicados no requerimento, e com os documentos comprobatórios do domínio”.

Correto CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA ao afirmar que “os pressupostos da hipoteca legal são a ocorrência do delito com repercussão econômica e a existência de bens do ofensor suscetível de hipoteca”.⁷⁹³ É preciso, pois, que a petição demonstre a ocorrência desses pressupostos.

Não é pressuposto da especialização da hipoteca penal o início do processo penal condenatório, ao contrário do que afirmam FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO,⁷⁹⁴ JULIO FABBRINI MIRABETE⁷⁹⁵ e VICENTE GRECO FILHO,⁷⁹⁶ entre outros. É perfeitamente possível requerer-se a especialização da hipoteca penal durante a tramitação do inquérito policial.

Os referidos autores embasaram suas conclusões na redação confusa do artigo 134 do Código de Processo Penal, redação essa que

⁷⁹³. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, v. 4, p. 324.

⁷⁹⁴. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 42: “A especialização da hipoteca legal pode ser requerida em qualquer fase do processo. Uma vez instaurado este, ou, melhor dizendo, uma vez angularizada a relação processual, o que se verifica com o início da ação penal, já pode o interessado requerer a providência”.

⁷⁹⁵. MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo penal. São Paulo: Atlas, 1991, p. 233: “(...) a medida [refere-se à especialização da hipoteca legal] só pode ser proposta no decorrer do processo”.

⁷⁹⁶. GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 167: “O requerimento de especialização da hipoteca legal do ofendido (...) depende de já estar instaurada a ação penal, exigindo certeza da infração e indícios suficientes de autoria”.

faz referência aos “imóveis do indiciado”, para depois dispor que poderá ser requerida em qualquer “fase do processo”. Enquanto o vocábulo “indiciado” leva ao inquérito policial, o vocábulo “processo” dele se afasta, para exigir a denúncia recebida. Vislumbrando a confusão redacional, os referidos autores parecem ter aplicado o princípio *in dubio pro reo* em sede hermenêutica para concluir que o momento é posterior.

Embora não se possa negar que a redação é sumamente infeliz, a interpretação sistemática do dispositivo não conduz à mesma conclusão.

Isso, desde logo, porque a especialização da *hipoteca penal* é procedimento destinado a dar garantia ao ofendido. Não priva nem desapropria bem imóvel de propriedade do imputado. A esse respeito, é esclarecedor o magistério de PONTES DE MIRANDA:

Direito real *restringente*, e não *limitativo* do domínio, a hipoteca de modo algum corta o domínio, de modo algum o desmembra. Apenas se lhe restringe a disponibilidade quanto ao valor que ela garante: do domínio pode dispor o dono; da enfiteuse, o enfiteuta; e da posse própria, quem a tem sobre o bem gravado, -- não do valor, que está subordinado, *erga omnes*, à seqüela e à preferência.⁷⁹⁷

Além disso, a conclusão adotada pelos ilustres doutrinadores pode levar à frustração da garantia pretendida pelo dispositivo, dada a tardança em sua implantação. Outrossim, a exigência, constante do artigo 134, de que haja certeza da materialidade do fato e indícios suficientes de autoria, autoriza o entendimento de que a medida é possível durante a fase policial da *persecutio criminis*. Não há, na lei, expressões gratuitas. Se, de fato, para a especialização da *hipoteca penal*

⁷⁹⁷. MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. 3. ed., Rio de Janeiro: Borsói, 1971, t. 20, p. 57-58.

fosse exigível o início do processo penal condenatório, não precisaria estar presente na lei a exigência de prova do crime e indícios suficientes de autoria. Isso porque sem tais requisitos não se recebe a denúncia ou a queixa. A exigência se constituiria em uma repetição absolutamente inútil ou no reconhecimento de que se pode receber a denúncia sem prova da materialidade e indícios suficientes de autoria.

Assim, é pressuposto da especialização da *hipoteca penal* a existência de prova do fato, em sua materialidade, e indícios suficientes de autoria; não o início do processo penal condenatório.

O Juiz, à vista do requerimento, mandará imediatamente que se avalie o imóvel ou imóveis e que se proceda ao arbitramento do valor da responsabilidade decorrente do crime. Algumas considerações cabem aqui. Em primeiro lugar, o arbitramento será efetuado por avaliador judicial ou, caso não haja nenhum na localidade, por perito nomeado pelo Juiz. Em segundo lugar, dispõe o § 5º do artigo 135 que o arbitramento só será definitivo após a condenação, podendo ser feito outro se as partes não se conformarem com o primeiro.

Em terceiro lugar, o mais importante. O procedimento de especialização da hipoteca penal é garantístico, isto é, dá ampla defesa ao imputado, que pode influenciar a definição dos valores da responsabilidade civil e dos imóveis a serem hipotecados. Os prazos para as manifestações do imputado são, é verdade, curtos, mas a oportunidade de defesa não deixou de ser conferida pela lei processual penal.

Daí porque, durante o procedimento de especialização da hipoteca penal, há o perigo de que o imputado passe a alienar os bens designados pelo ofendido, em verdadeira fraude contra

credores. É razoável pensar-se que tal probabilidade é alta e, em que pese a anulabilidade de tais alienações, a verdade é que o prejuízo aos interesses do ofendido será patente, caso hajam tais alienações. Mas é preciso ter cuidado: esse perigo de alienação e conseqüente prejuízo ao ofendido existe antes da inscrição da *hipoteca penal*. Depois, “ao proprietário é livre alienar o prédio hipotecado. A hipoteca, direito real, segue a gravar o imóvel, independentemente de quem seja, no momento, o dono do prédio”.⁷⁹⁸

Em todo o caso, tendo em vista os danos que podem causar a alienação antes de inscrita a hipoteca, idealizou a lei processual penal um instrumento preordenado à garantia da eficácia do procedimento de especialização da *hipoteca penal*. É o assim chamado *arresto prévio*, regulado pelo artigo 136 do Código de Processo Penal, que o chama, indevidamente, de *seqüestro*.

Considerando-se a definição de *seqüestro* como o depósito judicial da coisa litigiosa em mãos de terceiro para futura definição a seu respeito, percebe-se facilmente que o *seqüestro prévio* do artigo 136 não é, na verdade, um *seqüestro*, mas, isto sim, um *arresto*. Ensina Ovídio A. Baptista da Silva que “enquanto o seqüestro tem por fim a segurança de uma futura execução sobre coisa determinada, podendo envolver situações que nada têm a ver com o Direito Obrigacional, o *arresto* é medida preventiva relacionada sempre a uma futura execução por quantia certa”.⁷⁹⁹

Nesse sentido, aliás, manifestam-se ROMEU PIRES DE CAMPOS

⁷⁹⁸. MIRANDA, Pontes de. *Idem*, p. 59.

⁷⁹⁹. SILVA, Ovídio A. Baptista da. Do processo cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 277.

BARROS,⁸⁰⁰ JULIO FABBRINI MIRABETE,⁸⁰¹ VICENTE GRECO FILHO,⁸⁰² HÉLIO TORNAGHI⁸⁰³ e FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO.⁸⁰⁴

Esse *arresto prévio* existe unicamente para garantir a eficácia do procedimento de especialização da *hipoteca penal*: enquanto arrestado o bem -- com a respectiva inscrição no registro de imóveis -- não poderá o imputado aliená-lo. Para requerê-lo, basta que o legitimado à especialização da *hipoteca penal* indique os imóveis a serem arrestados, apresentando provas de que o crime está materialmente provado e que contra o imputado militam indícios suficientes de autoria. Uma vez decretado, deve ser o *arresto prévio* inscrito no registro de imóveis. Após a inscrição, dispõe o requerente de quinze dias para iniciar o procedimento de especialização da *hipoteca penal*. Sobre o início do prazo referido no artigo 136, vale analogia com o artigo 131, inciso I, do Código de Processo Penal: o prazo somente se

⁸⁰⁰. BARROS, Romeu Pires de Campos. Processo penal cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 428: “Conquanto o Código de Processo Penal não use no capítulo pertinente às medidas assecuratórias, a palavra “arresto”, outra solução não se encontra senão a de reconhecer como casos de “arresto” e não de “seqüestro”, as medidas cautelares previstas nos arts. 136 e 137”.

⁸⁰¹. MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo penal. São Paulo: Atlas, 1991, p. 235: “Na verdade, em seu sentido técnico-doutrinário, a medida prevista no artigo 136 do CPP é ‘arresto’ e não ‘seqüestro’”.

⁸⁰². GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 162-163.

⁸⁰³. TORNAGHI, Hélio. Curso de processo penal. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, v. 1, p. 238: “Nos arts. 136 e 137, o Código de Processo Penal usa a expressão *seqüestro* para designar dois casos típicos de arresto”.

⁸⁰⁴. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 46: “Na hipótese do art. 136 do CPP, o que se permite é arresto e não seqüestro”.

iniciará após concluída a diligência de inscrição do *arresto prévio* no registro de imóveis.

Quanto ao momento do requerimento do *arresto prévio*, valem as mesmas considerações feitas a respeito do momento de requerer a especialização da *hipoteca penal*: é possível requerê-lo durante o inquérito policial, bastando que haja prova da materialidade do fato e indícios suficientes de autoria.

Quanto aos meios de defesa à especialização da hipoteca penal, o exame da matéria indica a conclusão do descabimento, contra ela, de qualquer forma de embargos. Isso porque não há previsão desse instrumento, ao contrário do que ocorre com o seqüestro dos proventos do crime. Naquele caso, havia matéria a ser discutida em sede de embargos. No caso da especialização da *hipoteca penal*, não se localiza matéria semelhante. Logo, não é cabível aplicação analógica daqueles dispositivos.

O mandado de segurança criminal tem alguma aplicação na espécie, por parte do terceiro que haja sido atingido, indevidamente, pelo gravame (o caso era de prévia anulação da alienação ocorrida após o crime e antes da inscrição da hipoteca penal). Também pode ser utilizado pelo próprio imputado, caso o procedimento de inscrição da hipoteca penal não haja seguido seu trâmite regular ou qualquer dos seus pressupostos não esteja presente. Não cabe, entretanto, para discutir os valores estimados do imóvel ou imóveis, do valor da responsabilidade civil, com todos os seus componentes, eis que a discussão dessa matéria será oportunizada por ocasião da execução da hipoteca.

Quanto ao chamado *bem de família*, é de se dizer que a defesa com base nessa linha de argumentação é incabível. A própria Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990, que deu ao *bem de família* seu perfil

atual, faz, em seu artigo 3º, inciso VI,⁸⁰⁵ uma expressa ressalva à obrigação decorrente de crime. Isto é, o argumento de que se trata de bem de família não se aplica à reparação do dano causado por fato criminoso. Logo, especializa-se e inscreve-se a hipoteca penal mesmo que o bem imóvel em questão seja definível como *bem de família*. Não há direito líquido e certo de evitar essas providências.

Trate-se, agora, da natureza jurídica de ambas as medidas. Em primeiro lugar, do *arresto prévio*.

Não parece haver dúvida legítima de que o *arresto prévio* é uma *medida cautelar*. Atende aos requisitos da *urgência*, *sumariedade formal*, *temporiedade* e *referibilidade*. É também incapaz de gerar a coisa julgada material, na medida em que deve logo ser substituído pela *hipoteca penal*. É também marcado pela *sumariedade material* e pela *aparência*: o atendimento aos pressupostos da *hipoteca penal*, especialmente à prova do fato e aos indícios suficientes de autoria, não retira a característica de que não há exigência de prova plena para sua decretação. Aliás, o *arresto prévio* é uma medida retirada do processo civil, onde jamais se contestou, com argumentos ponderáveis, sua natureza jurídica de *medida cautelar*. O *arresto prévio* é, pois, claramente, uma *medida cautelar*.

Já quanto à *hipoteca penal*, as conclusões devem necessariamente ser diferentes.

A *hipoteca penal* é um direito material. É um direito material de garantia, é verdade, mas não perde a característica de direito material. Logo, sua instituição não atende mandamento de ordem

⁸⁰⁵. “A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido (...) por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens”.

processual mas, isto sim, a mandamento de ordem material.

Assim, a *hipoteca penal*, embora *incapaz de gerar a coisa julgada material* -- na medida em que, caso o imputado seja absolvido ou tenha declarada a extinção de sua punibilidade, será ela declarada sem efeito -- *não é marcada pela temporariedade*. Isso porque, na medida em que é um *direito real de garantia* -- que pode, em todo o caso, ser cancelado no caso da absolvição ou da extinção da punibilidade -- tende a se estabilizar e não nasce com a finalidade de ser, depois, substituído por uma outra medida.

Além disso, o garantismo que marca a medida regulada pelo artigo 135 do Código de Processo Penal levou à construção de um procedimento célere, mas *não sumário*, na medida em que há espaço para a defesa. Há *referibilidade* da medida em relação à pretensão reparatória nascida com o cometimento do fato criminoso.

Há uma relativa *sumariedade material* e a medida é parcialmente baseada na *aparência*. Com uma advertência importantíssima: o Juiz ouvirá as partes e “autorizará somente a inscrição da hipoteca do imóvel ou imóveis necessários à garantia da responsabilidade”.⁸⁰⁶

A ausência de alguns dos requisitos acima leva à conclusão de que a especialização da hipoteca penal por parte do Juiz criminal não é uma *medida cautelar*. Confere um *direito real de garantia* ao ofendido pela infração penal, direito esse que goza de autonomia e lhe dá preferência na satisfação de seu débito e segue o imóvel, quem quer que seja o seu proprietário.

A respeito, conclusivamente, escreveu PONTES DE MIRANDA:

No sistema jurídico moderno, especialmente no Brasileiro, a hipoteca dá a seqüela e a preferência, de modo que se pode vindicar

⁸⁰⁶. Parágrafo 4º do artigo 135 do Código de Processo Penal.

e se prefere, no tocante às coisas, aos credores. O valor do imóvel é sujeito, precipuamente, à solução da dívida garantida. (...).

Na hipoteca, o bem gravado não passa à posse do titular do direito de hipoteca, nem esse tem direito eventual à posse. Ao direito real de hipoteca basta que exista contra os adquirentes do imóvel e, na destinação do valor que se extraia, tenha preferência em relação aos outros credores. A expressão “credores” está, aqui, em sentido de sujeitos ativos de direitos que se podem executar sobre valores, e não só de titulares de créditos (pessoais).⁸⁰⁷

A concessão da hipoteca é, *de per se*, satisfativa, na medida em que sua exequibilidade é potencial e pode ser promovida pelo titular do direito a qualquer tempo, dentro do prazo prescricional, que é de dez anos entre presentes e quinze anos entre ausentes.⁸⁰⁸ Tanto é satisfativa, que pode ser cancelada pelo cumprimento da obrigação mesma. Uma vez paga a dívida referente ao prejuízo causado ao ofendido pela infração penal, a hipoteca desaparece; *accessorium sequitur principale*.

O importante é que a hipoteca é um direito real e, enquanto tal, tem natureza material e não processual. A garantia que institui tem matiz substancial, sendo a realização mesma -- em outros termos, embora -- do princípio da responsabilidade patrimonial.

Assim, a conclusão mais correta é entender que a hipoteca penal é *uma forma de tutela antecipatória no processo penal condenatório*, tutela essa preordenada à garantia do direito do ofendido ao ressarcimento do dano causado pelo fato criminoso.

⁸⁰⁷. MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. 3. ed., Rio de Janeiro: Borsói, 1971, t. 20, p. 56-57.

⁸⁰⁸. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, v. 4, p. 333.

3. O arresto subsidiário dos bens móveis

Dispõe o artigo 137 do Código de Processo Penal que, quando “o responsável não possuir bens imóveis ou os possuir de valor insuficiente” para garantir toda a dívida decorrente do prejuízo que causou com seu crime, “poderão ser seqüestrados bens móveis suscetíveis de penhora, nos termos em que é facultada a *hipoteca penal* dos [i]móveis”.

Uma das muitas diferenças existentes entre os bens móveis e os bens imóveis é o fato de que, para estes, é cabível a hipoteca. Logo, é possível pensar-se, para eles, na chamada *hipoteca penal*. Além disso, a alienação dos bens imóveis depende de registro público; a dos móveis não. Tudo isso gera uma dificuldade na implementação de instrumentos pressupostos à garantia da efetivação do princípio da responsabilidade patrimonial.

Mesmo que não tenha o imputado bens imóveis ou que os tenha de valor insuficiente, o princípio da responsabilidade patrimonial há de ter aplicação plena. Pela mesma ordem de razões, o ofendido necessita de garantia nessa hipótese. Cabe à lei lançar mão de mecanismos apropriados, que equivalham ao da *hipoteca penal*.

O instrumento escolhido foi, então, um “arresto”, dessa vez não prévio, que procura substituir a garantia existente no caso de imputado sem bens imóveis suficientes.

(...) se inexistirem imóveis livres e desembaraçados de ônus legalmente constituídos (serão anulados os que se apurarem feitos em fraude da hipoteca legal, após o delito), ou não bastarem para a garantia da obrigação de reparação do dano, pagamento das penas pecuniárias e custas (...), é possível operar o seqüestro de bens móveis do agente (...).

Mas, ao contrário do focalizado no art. 136 (...) não é um seqüestro provisório, a ser substituído pela hipoteca legal, mas uma medida assecuratória que permanece de pé, até ser decidida a questão da responsabilidade civil (...).⁸⁰⁹

Com a afirmação de que a medida do artigo 137 é um *arresto* concorda a esmagadora maioria dos autores brasileiros dedicados ao processo penal, sendo mesmo despiciendo arrolá-los. Parece, entretanto, incabível e, mesmo, contraditório, o epíteto “definitivo”, que JULIO FABBRINI MIRABETE lhe dirige,⁸¹⁰ uma vez que se trata de uma medida destinada a desaparecer algum dia, quando se resolver a questão da responsabilidade civil decorrente do crime. Não há definitividade nenhuma nele e não se pode chamá-lo assim apenas porque não é prévio como o *arresto* do artigo 136. Mais apropriado talvez seja o adjetivo “subsidiário”, a ele dirigido por HÉLIO TORNAGHI.⁸¹¹

Com efeito, o *arresto subsidiário* procura assegurar e evitar a alienação ou a perda dos bens móveis de propriedade do imputado, tudo com a finalidade de viabilizar o princípio da responsabilidade patrimonial, em favor do ofendido.

Salvo as providências de inscrição da medida no registro de imóveis, que são substituídas por medidas práticas de apreensão dos bens e depósito nas mãos de terceiros (ou do próprio imputado, que passa a ser depositário) no restante, o *arresto subsidiário* obedece às mesmas normas válidas para a especialização da *hipoteca penal*.

⁸⁰⁹. ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal brasileiro anotado. 3. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. 2, p. 407-408.

⁸¹⁰. MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo penal. São Paulo: Atlas, 1991, p. 236.

⁸¹¹. TORNAGHI, Hélio. Curso de processo penal. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, v. 1, p. 239.

O requerente deve reduzir o pedido a escrito, no qual estimará o montante da responsabilidade civil pelo crime e indicará os bens móveis, com o respectivo valor, que ficarão depositados para a garantia do débito.

Deverá, outrossim, indicar a prova do fato e os indícios suficientes de autoria, que poderão ser buscados nos autos do processo penal condenatório.

Há, todavia, que se fazer uma advertência: o *arresto subsidiário* tem um requisito a mais do que a *hipoteca penal*. Para obtê-lo, é preciso que o requerente demonstre que o imputado não possui bens imóveis ou os possui de valor insuficiente para fornecer garantia ao ressarcimento do dano.

Não existe, no Brasil, um cadastro nacional de proprietários de bens imóveis. Aliás, é duvidoso que um cadastro desse gênero, mais ou menos completo, exista no nível estadual. Logo, é virtualmente impossível provar que alguém não tem bens imóveis, pois ele pode tê-los em outro Estado -- ou até em outro país. A declaração de bens, entregue à Receita Federal, nem sempre é completa e, o mais das vezes, é inacessível ao ofendido pela infração penal. Impor-lhe uma *probatio diabolica* desse gênero seria absurdo. Logo, o mais razoável é admitir-se uma mitigação do requisito e entender-se que o requerente há de provar que o criminoso não possui bens imóveis ou os possui de valor insuficiente, no seu domicílio. Feita essa prova, com as demais válidas para a *hipoteca penal*, há que se deferir o *arresto subsidiário*.

O mesmo procedimento do artigo 135 do Código de Processo Penal, feitas as adaptações necessárias e devidas ao fato de que se trata de bem ou bens móveis, é aplicável à espécie.

Quanto à natureza jurídica, o *arresto subsidiário* se assemelha ao

arresto prévio do artigo 136 do Código de Processo Penal. Sua maior durabilidade, no tempo, não altera o fato de que ele é, igualmente, *temporário*. Quanto a todos os caracteres de *medida cautelar* -- *urgência, sumariedade formal e material, aparência, temporariedade, referibilidade e incapacidade de gerar coisa julgada material* -- o *arresto subsidiário* atende-os. Assim, valem as considerações feitas por ocasião do comentário a respeito do *arresto prévio*.

Para concluir: o *arresto subsidiário* do artigo 137 do Código de Processo Penal é uma *medida cautelar*.

CONCLUSÃO

1. Dado o princípio da detração penal, as medidas processuais penais privativas da liberdade do imputado são, ao mesmo tempo, sanção penal. Por isso, aplicam-se a elas o princípio da legalidade dos crimes e das penas, o da anterioridade da lei penal, da retroatividade incondicionada da *lex mitior* e da *abolitio criminis*, da irretroatividade absoluta da *lex gravior* e da lei criadora de tipos penais, bem como o princípio da humanidade da pena, o princípio da personalidade da pena e o princípio da individualização da pena.

2. A prisão processual só pode ser decretada se prevista em lei formal, entrada em vigor antes do fato criminoso, e as alterações legais posteriores ao fato, se favoráveis ao imputado, hão de ser a ele estendidas. Em virtude disso, não tem cabimento um “poder geral”, deferido ao Juiz, para a decretação de medidas de urgência privativas da liberdade do imputado

3. Não há óbice legal ou constitucional para esse mesmo “poder geral”, no que se refere às medidas processuais penais de

urgência não privativas da liberdade do imputado.

4. O princípio da judicialidade, aplicável às medidas processuais penais de urgência privativas da liberdade do imputado, sofre duas exceções não circunstanciais, consubstanciadas pela prisão em flagrante e pela prisão disciplinar militar.

5. O princípio da judicialidade sofre exceções circunstanciais ocasionadas pelo estado de defesa e o estado de sítio.

6. A prisão em flagrante é uma exceção relativa ao princípio da judicialidade, tendo em vista o princípio do imediato controle jurisdicional da prisão não decretada por juiz.

7. A prisão disciplinar militar é uma exceção absoluta ao princípio da judicialidade e se justifica tendo em vista a lógica das relações militares.

8. Tanto o estado de defesa quanto o estado de sítio constituem exceções relativas ao princípio da judicialidade, na medida em que obedecem o princípio do imediato controle jurisdicional da legalidade das prisões realizadas durante esses estados.

9. Correlato ao princípio da judicialidade e, também, ao princípio do imediato controle jurisdicional da prisão processual não-decretada por juiz, é o princípio do *habeas corpus*, excepcionado apenas pela prisão disciplinar militar.

10. Multifacetado, o princípio do devido processo legal estabelece a legalidade das formas processuais e que, dentre os Juízes, apenas o competente tem legitimidade para determinar a prisão de alguém.

11. Também se constitui num princípio complementar ao da

judicialidade o da motivação das decisões judiciais.

12. Outro princípio que rege a privação da liberdade do imputado é o da excepcionalidade do automatismo da prisão, ou princípio da proporcionalidade, que reserva a prisão para os crimes mais graves do ordenamento jurídico.

13. Correlato ao princípio da excepcionalidade do automatismo da prisão é o da necessidade, ou adequação, das medidas de urgência privativas da liberdade do imputado.

14. Outro princípio que a Constituição consagra é o da publicidade da prisão, que dá ao imputado preso o direito de saber os nomes dos responsáveis pela prisão, isto é, o condutor e as testemunhas.

15. As medidas de urgência privativas da liberdade do imputado obedecem o princípio da ampla defesa, do qual o princípio do contraditório faz parte.

16. O contraditório existente nas medidas de urgência privativas da liberdade do imputado é pleno, embora não prévio.

17. O princípio da ampla defesa determina que a autoridade policial viabilize, com atitudes concretas, a assistência familiar e de advogado ao imputado preso.

18. Correlato ao da ampla defesa é o princípio enunciado pelo brocardo *nemo tenetur se detegere*.

19. O princípio da reparação patrimonial da prisão ilegal vem estabelecido pelo inciso LXXV do artigo 5º da Constituição e, embora auto-aplicável, carece de uma lei que regule seu exercício. Essa lei deve criar a responsabilidade objetiva do Estado e restringir o seu direito de regresso contra o funcionário responsável aos casos de

prisão executada com intenção ilícita.

20. O princípio da presunção de inocência, ou princípio do estado de inocência -- entendido em seu sentido correto, isto é, como regra de distribuição dos ônus probatórios no processo -- tem aplicação quanto às medidas de urgência privativas da liberdade do imputado: é o requerente que deve comprovar a ocorrência dos pressupostos da medida e não o imputado que deve provar que eles não existem.

21. A prisão preventiva decretada para assegurar a aplicação da lei penal é medida cautelar final.

22. A prisão preventiva decretada por conveniência da instrução criminal é medida cautelar instrumental.

23. A prisão preventiva decretada por garantia da ordem pública é ato de polícia judiciária.

24. A prisão preventiva decretada por garantia da ordem econômica é ato de polícia judiciária.

25. A prisão preventiva decretada por causa da magnitude da lesão decorrente de crime contra o sistema financeiro nacional é inconstitucional.

26. A prisão em flagrante é medida cautelar administrativa.

27. A manutenção da prisão em flagrante, determinada para assegurar a aplicação da lei penal ou por conveniência da instrução criminal é medida cautelar.

28. A manutenção da prisão em flagrante determinada por garantia da ordem pública ou por garantia da ordem econômica, é ato de polícia judiciária.

29. A manutenção obrigatória da prisão em flagrante após o controle jurisdicional de sua legalidade, no caso do crime de tortura, do tráfico de entorpecentes e drogas afins, do terrorismo, dos crimes hediondos é medida sumária antecipatória; legítima, porque expressamente autorizada por norma constitucional.

30. A prisão decorrente da pronúncia do réu com antecedentes criminais é medida cautelar, tendo em vista que a necessidade da prisão é presumida de forma absoluta. Não há, nesse caso, presunção de culpabilidade do imputado.

31. A prisão decorrente da pronúncia do réu primário e de bons antecedentes é medida cautelar. Nesse caso, porém, não há qualquer presunção legal e os pressupostos da tutela cautelar devem estar presentes.

32. A prisão decorrente da pronúncia por crime hediondo ou equivalente é medida sumária antecipatória.

32. A prisão decorrente da condenação do réu com antecedentes criminais é execução provisória da pena privativa de liberdade aplicada.

34. A execução provisória da pena privativa de liberdade afirma o princípio da individualização da pena.

35. A prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível, do réu sem antecedentes criminais e no caso de decisão da qual possa ser interposto recurso com efeito suspensivo, está sujeita aos pressupostos da tutela cautelar.

36. A prisão temporária é medida cautelar.

37. A liberdade não-vinculada e independente de fiança é medida antecipatória.

38. A liberdade vinculada com fiança é medida cautelar.

39. A liberdade vinculada tendo em vista a aparência de atipicidade material da conduta é medida antecipatória.

40. A liberdade vinculada na hipótese de pobreza do imputado é medida cautelar.

41. A liberdade vinculada por ausência dos pressupostos da prisão preventiva é medida cautelar.

42. O relaxamento da prisão em flagrante é ato de polícia judiciária.

43. A revogação da prisão preventiva é ato de polícia judiciária.

44. A liberação do imputado submetido a prisão temporária pelo decurso do seu prazo, não depende de decisão judicial.

45. A revogação da prisão temporária é ato de polícia judiciária.

46. A soltura do acusado absolvido em virtude de sentença absolutória recorrível é ato de polícia judiciária.

47. As liminares em *habeas corpus* que garantem a eficácia da decisão final são medidas cautelares; as liminares que antecipam os efeitos da decisão são antecipatórias. Nesse último caso, o Juiz decide com base na evidência do direito afirmado e passa a ser do interesse da administração da justiça que se defina, de uma vez, o caso, evitando-se um processo penal condenatório cuja sentença será, provavelmente, absolutória.

48. O inquérito policial é medida cautelar, administrativa complexa e instrutória.

49. As diligências investigatórias, realizadas durante inquérito policial, são medidas cautelares administrativas instrutórias.

50. O arquivamento do inquérito policial é medida antecipatória.

51. O auto de prisão em flagrante é medida cautelar administrativa instrutória.

52. A nota de culpa é medida cautelar protetiva da atividade instrutória do imputado.

53. A produção antecipada de prova é medida cautelar instrutória.

54. A busca e apreensão como mero meio de execução de outras medidas de urgência é um excesso da lei. Não precisaria ser prevista.

55. A busca e apreensão destinada a apreender armas e munições destinadas a fim delituoso é ato de polícia judiciária, com finalidade de prevenção geral.

56. A busca e apreensão, quando preordenada à proteção da atividade instrutória do inquérito policial ou do processo penal condenatório, é medida cautelar.

57. A Constituição revogou o artigo 240, § 1º, letra “f”, do Código de Processo Penal.

58. O seqüestro dos proventos móveis ou imóveis da infração penal é medida cautelar patrimonial.

59. O arresto prévio é medida cautelar.

60. A hipoteca penal é medida antecipatória.

61. O arresto subsidiário é medida cautelar.

BIBLIOGRAFIA

- ACOSTA, Walter P. O processo penal. 18. ed., Rio de Janeiro: Editora do Autor, 1989.
- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. Princípios constitucionais da coação processual. In: Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, 1940, n. 85 (fascículo 448).
- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. Princípios fundamentais do processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. Processo penal, ação e jurisdição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.
- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. Uma carta de seguro, em S. Paulo, concedida em 1872. In: Revista da Faculdade de Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1939, n. 35 (fascículo 1).
- ALMEIDA, Jorge Luiz de. Da aplicação da Lei n. 5.941, de 1973 às prisões em flagrante. In: Revista Interamericana de Direito Processual Penal: doutrina, pareceres, jurisprudência comentada. Porto Alegre: Revista Jurídica Ltda., 1976, ns. 1 e 2.

- ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. O processo criminal brasileiro. Rio de Janeiro: Laemmert, 1901.
- ALVIM, Arruda. Anotações sobre a medida liminar em mandado de segurança. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, n. 39.
- AMAR, Akhil Reed. The Constitution and criminal procedure: first principles. New Haven e Londres: Yale University Press, 1997.
- AMODIO, Ennio. Le cautele patrimoniali nel processo penale. Milão: Giuffrè, 1971.
- ANDRADE, Manuel da Costa e DIAS, Jorge de Figueiredo. Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.
- ANDRÉ, Patrícia dos Santos. Prisão temporária: medida cautelar para crimes leves? In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, n. 691.
- AQUINO, José Carlos G. Xavier de e NALINI, José Renato. Manual de processo penal. São Paulo: Saraiva, 1997.
- ARRUDA JÚNIOR, Célio de. A liberdade provisória vinculada sem fiança face à Lei n. 6.416, de 1977. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, n. 28.
- ASSIS, Machado de. Memórias póstumas de Brás Cubas. Rio de Janeiro: José Aguilar, 1971.
- ASÚA, Luis Jiménez de (*et alii*). Estudos de direito e processo penal em homenagem a Néelson Hungria. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1962.
- AULETE, Caldas. Dicionário contemporâneo da língua portuguesa.

5. ed., Rio de Janeiro: Delta, 1964.

AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de. Curso de direito judiciário penal dado na Faculdade Paulista de Direito. São Paulo: Saraiva, 1958.

BACIGAL, Ronald J. Criminal law & procedure: an introduction. St. Paul (Minnessota): West Publishing, 1996.

BACIGALUPO, Enrique. Derecho penal: parte general. Buenos Aires: Hamurabi, 1987.

BALDUCCI, Paola. Il sequestro preventivo nel processo penale. Milão: Giuffrè, 1991.

BARATTA, Alessandro. Criminologia e dogmática penal. Passado e futuro do modelo integral da Ciência Penal. In: Revista de direito penal. Rio de Janeiro: Forense: Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro, 1982, v. 31.

BARAÚNA, José Roberto. Lições de processo penal. 2. ed., São Paulo: José Bushatsky, 1979.

BARBI, Celso Agrícola. Do mandado de segurança. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993.

BARRETO, Edmundo Muniz. Conceito da prisão preventiva: excerto do acórdão lavrado pelo senhor Ministro Muniz Barreto no habeas corpus n. 5.851. In: Revista do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Supremo Tribunal Federal, 1923, v. 55 (agosto).

BARROS, Romeu Pires de Campos. Processo penal cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BATISTA, Weber Martins. Liberdade provisória: modificações da

Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BATISTA, Weber Martins. Recurso do réu em liberdade: uma releitura dos arts. 594 do CPP e 35 da Lei 6.368/76. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais e Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1995, n. 10.

BATTAGLINI, Giulio. Direito penal: parte geral. Trad. de Paulo José da Costa Júnior e Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 1964.

BENETTI, Sidnei Agostinho. Prisão provisória: direitos alemão e brasileiro. *In: Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, n. 669.

BETTIOL, Giuseppe e BETTIOL, Rodolfo. Istituzioni di diritto e procedura penale. 6. ed., Pádua: CEDAM, 1995.

BETTIOL, Rodolfo e BETTIOL, Giuseppe. Istituzioni di diritto e procedura penale. 6. ed., Pádua: CEDAM, 1995.

BICUDO, Hélio Pereira. Meu depoimento sobre o esquadrão da morte. 2. ed., São Paulo: Pontifícia Comissão de Justiça e Paz de São Paulo, 1976.

BOAS, Marco Anthony Steveson Villas e PÓVOA, José Liberato da Costa. Prisão temporária. São Paulo: Acadêmica, 1994.

BOSCHI, José Antonio Paganella. O trânsito em julgado da sentença criminal condenatória. *In: Fascículos de ciências penais*: sentença penal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, ano 6, v. 6, n. 4.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. Prisão e liberdade no parágrafo único

do art. 310 do CPP. *In: Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, n. 677.

BRASÍLIA, Sucursal de. Novo Código votado depressa. *In: O Estado de S. Paulo*. São Paulo: Editora “O Estado de S. Paulo”, 1973, edição de 29 de novembro.

BREDA, Antonio Acir e SPONHOLZ, Oto Luiz. Aspectos processuais da reforma da lei de segurança nacional. *In: Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, 1978, n. 59.

BRUNO, Anibal. Direito penal. Rio de Janeiro: Forense, 1959 e 1984.

BUENO, José Antonio Pimenta. Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro. Edição anotada, atualizada e complementada por José Frederico Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959.

BUZAID, Alfredo. Do mandado de segurança. São Paulo: Saraiva, 1989.

CABIEDES, E. Gutiérrez de e FERRÁNDIZ, L. Prieto-Castro y. Derecho procesal penal. 4. ed., Madri: Tecnos, 1989.

CALAMANDREI, Piero. Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari. Pádua: CEDAM, 1936.

CALAMANDREI, Piero. Verità e verossimiglianza nel processo civile. *In: Studi sul processo civile*. Pádua: CEDAM, 1957.

CÂMARA, Luiz Antonio e SILVA, Jorge Vicente. Prisão preventiva. *In: Jurisprudência Brasileira Criminal*. Curitiba: Juruá, 1993, v. 30.

CANZIO, Giovanni, FERRANTI, Donatella e PASCOLINI,

- Alessandro. Contributi allo studio del nuovo Codice di procedura penale. Milão: Giuffrè, 1989.
- CAPRA, Daniel J. e SALTZBURG, Stephen A. American criminal procedure: cases and commentary. 5. ed., St. Paulo (Minnessota, EUA): West Publishing, 1996.
- CARRIO, Alejandro D. Garantías constitucionales en el proceso penal. 2. ed., Buenos Aires: Hamurabi, 1991.
- CARVALHO, Américo A. Taipa de. Sucessão de leis penais. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.
- CASCALDI, Rui. Prisão temporária: inconstitucionalidade. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, n. 667.
- CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS (diversos autores). O novo Código de Processo Penal. Coimbra: Almedina, 1992.
- CHIARLONI, Sergio. Misure coercitive e tutela dei diritti. Milão: Giuffrè, 1980.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Trad. de J. Guimarães Menegale. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1969.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1984.
- CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. Prisões cautelares: o uso e o abuso. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, n. 703.
- COLOMER, Juan-Luis Gomez. El proceso penal aleman:

- introduccion y normas basicas. Barcelona: Bosch, 1985.
- CORDERO, Franco. Procedura penale. Milão: Giuffrè, 1991.
- CORREIA, Eduardo. Direito criminal. Coimbra: Almedina, 1971.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da e GRINOVER, Ada Pellegrini. A nova lei penal e a nova lei processual penal: comentários à Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Curso de direito penal. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1992.
- COUTINHO, Jacinto N. de Miranda. A lide e o conteúdo do processo penal. Curitiba: Juruá, 1989.
- COUTINHO, Jacinto N. de Miranda. A natureza cautelar da decisão de arquivamento do inquérito policial. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, n. 70.
- CRUZ, Rogério Schietti Machado. Sessenta dias de prisão temporária. É razoável? In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, n. 718.
- CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. A lide cautelar no processo civil. Curitiba: Juruá, 1992.
- DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito processual penal: lições do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias coligidas por Maria João Antunes. Coimbra: Faculdade de Direito, 1988-1989.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. Localização do direito processual penal

- no sistema jurídico. *In*: Revista interamericana de direito processual penal. Porto Alegre: Revista Jurídica, 1976, v. 3 e 4.
- DINACCI, Ugo. Il sequestro conservativo nel nuovo processo penale. Pádua: CEDAM, 1990.
- DINAMARCO, Cândido Rangel, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo e GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria geral do processo. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1984.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Medidas cautelares na justiça do trabalho. *In*: Fundamentos do processo civil moderno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
- DOLCINI, Emilio e MARINUCCI, Giorgio. Corso di diritto penale. Milão: Giuffrè, 1995.
- DOMINGOS, Ataídes Generoso. Crimes hediondos: constitucionalidade da proibição de liberdade provisória. *In*: Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1992, v. 1, n. 26.
- DOTTI, René Ariel. Ambiente e qualidade de vida como velhos e novos fatores. *In*: Reforma penal brasileira, Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- DOTTL, René Ariel. A reforma do processo penal. *In*: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, n. 714, p. 499.
- DOTTI, René Ariel. Princípios do processo penal. *In*: Fascículos de ciências penais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, a. 6, v. 6, n. 1.
- DOTTL, René Ariel. Reforma penal e direitos humanos. *In*:

Fascículos de ciências penais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, a. 6, v. 6, n. 2.

DOTTI, René Ariel. Revisão dos caminhos da defesa social: considerações sobre o Anteprojeto Saulo Ramos e seu substitutivo. *In: Revista de Política Criminal e Penitenciária*. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 1988, v. 1, n. 2.

ENGISH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

ESPÍNOLA, Eduardo. Sistema do direito civil brasileiro. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de processo penal brasileiro anotado. 3. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

FAGUNDES, Miguel Seabra. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. 3. ed, Rio de Janeiro: Forense, 1957.

FANCHIOTTI, Vittorio. Lineamenti del processo penale statunitense. Turim: G. Giappichelli, 1987.

FARIA JÚNIOR, César de. A motivação das decisões como garantia constitucional e seus reflexos práticos. *In: Fascículos de ciências penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, a. 4, v. 4, n. 1.

FERNANDES, Antonio Scarance. A fiança criminal e a Constituição Federal. *In: Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, n. 670.

FERNANDES, Antonio Scarance. O artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal e a Lei 8.072/90: aspectos relevantes. *In: Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do*

Distrito Federal e Territórios. Brasília: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 1993, n. 2.

FERNANDES, Antonio Scarance. O papel da vítima no processo criminal. São Paulo: Malheiros, 1995.

FERNANDES, Antonio Scarance. Prisão temporária e “fermo”: estudo comparativo. *In: Justitia*. São Paulo: Procuradoria-Geral de Justiça e Associação Paulista do Ministério Público, 1992, n. 157, p. 28 e *in: Fascículos de Ciências Penais*: penas e prisões. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992, ano 5, v. 5, n. 3.

FERNANDES NETO, Tycho Brache. A fundamentação do despacho de prisão preventiva. *In: Revista Interamericana de Direito Processual*. Porto Alegre: Revista Jurídica, 1976, ns. 1 e 2.

FERRÁNDIZ, L. Prieto-Castro y e CABIEDES, E. Gutiérrez de. Derecho procesal penal. 4. ed., Madri: Tecnos, 1989.

FERRANTI, Donatella, PASCOLINI, Alessandro e CANZIO, Giovanni. Contributi allo studio del nuovo Codice di procedura penale. Milão: Giuffrè, 1989.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário da língua portuguesa. 2. ed., 24. imp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

FILIPPI, Leonardo. L'arresto in flagranza nell'evoluzione normativa. Milão: Giuffrè, 1990.

FLORIAN, Eugenio. Elementos de derecho procesal penal. Tradução de L. Prieto Castro. Barcelona: Bosch, 1933.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Ciência e experiência do direito penal.

In: Revista de Direito Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1979, n. 26.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal: a nova parte geral 10. ed., rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

FRANCO, Ary Azevedo. Código de Processo Penal. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1956.

FREITAS, Oscar Xavier de. A prisão em flagrante e a liberdade na nova lei. *In: Justitia*. São Paulo: Procuradoria-Geral da Justiça e Associação Paulista do Ministério Público, 1977, v. 97.

GARCIA, Basileu. Instituições de direito penal. 4. ed., São Paulo: Max Limonad, 1972.

GARCIA, Basileu. Preservação da liberdade no anteprojeto de Código de Processo Penal. *In: Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965, n. 352.

GARDNER, Thomas J. e MANIAN, Victor. Principles and cases of the law of arrest, search and seizure. Nova Iorque: McGraw-Hill Book Company, 1974.

GIARDA, Angelo. Arresti domiciliari e misure alternative alla custodia cautelare in attesa del nuovo codice. *In: GREVI, Vittorio (org.). La libertà personale dell'imputato verso il nuovo processo penale*. Pádua: CEDAM, 1989.

GIARDA, Angelo. Lineamenti del regime carcerario dell'imputato in custodia preventiva. *In: Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milão: Giuffrè, 1979, a. 22, fasc. 2, abril-junho
BECCARIA, Marquês de. Dos delitos e das penas. Trad. de Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, sem data.

- GIOSTRA, Glauco. Il giudice per le indagini preliminari e le garanzie della libertà personale. In: Rivista italiana di diritto e procedura penale. Milão: Giuffrè, 1994, a. 37, fasc. 4, outubro-dezembro.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Presunção de inocência e prisão cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991.
- GONÇALVES, Alexandre Fernandes. A prisão temporária e seus aspectos controversos. In: R. Dout. Jurisp. Brasília: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, 1991, n. 37.
- GRECO FILHO, Vicente. Direito processual civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1985.
- GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. São Paulo: Saraiva, 1991.
- GREVI, Vittorio. Introduzione. In: GREVI, Vittorio (org.). La libertà personale dell'imputato verso il nuovo processo penale. Milão: Giuffrè, 1989.
- GRINOVER, Ada Pellegrini e COSTA JÚNIOR, Paulo José da. A nova lei penal e a nova lei processual penal: comentários à Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1984.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. Inviolabilidade do domicílio na Constituição. São Paulo: Malheiros, 1993.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução à ciência do direito. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1960.

- HUNGRIA, Nélon. A repressão penal. In: O Jornal de 18.9.46 e In: HUNGRIA, Nélon. Comentários ao Código Penal. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1955.
- HUTCHISON, Scott C. e MORTON, James Cooper. The presumption of innocence. Ontário (Canadá): Carswell, 1987.
- JARDIM, Afranio Silva. Direito processual penal: estudos e pareceres. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- KARAM, Maria Lúcia. Prisão e liberdade processuais. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais e Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1993, n. 2.
- LACERDA, Galeno. Comentários ao Código de Processo Civil: Lei n. 5.869, de onze de janeiro de 1973. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- LAWSON, John D. The law of presumptive evidence, including presumptions both of law and of fact, and the burden of proof both in civil and criminal cases, reduced to rules. Littleton (EUA): Fred B. Rothman, 1982.
- LEAL, Antonio Luiz da Câmara. Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro. Rio de Janeiro-São Paulo: Freitas Bastos, 1942.
- LEÃO, Nilzardo Carneiro. O assistente do Ministério Público. In: Arquivo Forense. Recife: Governo do Estado de Pernambuco, 1961, v. 44.
- LEÃO, Nilzardo Carneiro. O ensino do direito judiciário penal. Recife: edição do autor, 1959.
- LEÃO, Nilzardo Carneiro. Os princípios da liberdade individual, a Constituição Federal e o Código de Processo Penal. Recife:

edição do autor, 1961.

LEÃO, Nilzardo Carneiro. Princípios do processo penal. Recife: edição do autor, 1960.

LIMA, Hermes. Introdução à ciência do direito. 28. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de direito civil. Rio de Janeiro-São Paulo: Freitas Bastos, 1961, v. 5.

LOZZI, Gilberto. Lezione di procedura penale. 2. ed., Turim: G. Giappichelli, 1995.

LUIZI, Luiz. Os princípios constitucionais penais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

MACHADO, Luiz Alberto. Direito criminal: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MACHADO, Luiz Alberto. Execução das penas privativas de liberdade. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado. São Paulo: Procuradoria Geral do Estado, 1987, jan./dez.

MACHADO, Luiz Alberto. Prefácio à obra de COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A lide e o conteúdo do processo penal. Curitiba: Juruá, 1989, p. XI.

MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. Prisão temporária. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, n. 680.

MALATESTA, Framarino dei. Lógica de las pruebas en materia criminal. Trad. por Simón Carrejo e Jorge Guerrero. 4. ed., Bogotá: Temis, 1988.

MANIAN, Victor e GARDNER, Thomas J. Principles and cases of

the law of arrest, search and seizure. Nova Iorque: McGraw-Hill Book Company, 1974.

MARINONI, Luiz Guilherme. Efetividade do processo e tutela de urgência. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994, p. 66.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela cautelar e tutela antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MARINUCCI, Giorgio e DOLCINI, Emilio. Corso di diritto penale. Milão: Giuffrè, 1995.

MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1965 e 1970.

MARQUES, José Frederico. Encerramento da formação da culpa no processo penal do Júri. In: ASÚA, Luis Jiménez de (*et aliû*). Estudos de direito e processo penal em homenagem a Néelson Hungria. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1962.

MARQUES, José Frederico. Estudos de direito processual penal. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1960.

MARQUES, José Frederico. O novo Código de Processo Penal. In: Revista Interamericana de direito processual. Porto Alegre: Revista Jurídica, 1976, ns. 1 e 2, p. 106.

MARQUES, José Frederico. Tratado de direito processual penal. São Paulo: Saraiva, 1980.

MARTINS, José Salgado. Direito penal. São Paulo: Saraiva, 1974.

MARTINS, Wilson. Código de processo penal: sugestões para a sua

reforma. São Paulo: Anhembi, 1956.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Prisão processual. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, n. 597

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. Aspectos da prisão em flagrante. In: Fascículos de ciência penal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, a. 6, v. 6, n. 3.

MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data". 14. ed., atualizada por Arnaldo Wald. São Paulo: Malheiros, 1992

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo penal. São Paulo: Atlas, 1991.

MIRANDA, Jorge (org. e trad.) Constituições de diversos países. 3. ed., Lisboa: Imprensa Nacional e Casa da Moeda, 1986.

MIRANDA, Pontes de. História e prática do habeas-corpus: direito constitucional e processual comparado. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 1979.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. 3. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

MIRSKY, Chester L., WEINSTEIN, Ian S. e SUBIN, Harry I. The criminal process: prosecution and defense functions. St. Paul (Minnesota, EUA): West Publishing, 1993.

MOISÉS, Jurandir J. Poder de polícia e prisão temporária. In: Bahia Forense. Salvador: Tribunal de Justiça, 1991, n. 34.

MOMMSEN, Theodor. Derecho penal romano. Trad. de P. Dorado. Bogotá: Temis, 1991.

MONTEIRO, João. Programa do curso de processo civil ou apontamentos para as lições da 3ª Cadeira do 4º ano da

- Faculdade de Direito de São Paulo. 3. ed., São Paulo: Duprat: 1912, v. 2.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: MP: Ministério Público do Estado do Paraná, 1980, n. 9.
- MORTON, James Cooper e HUTCHISON, Scott C. The presumption of innocence. Ontário (Canadá): Carswell, 1987.
- NALINI, José Renato e AQUINO, José Carlos G. Xavier de. Manual de processo penal. São Paulo: Saraiva, 1997.
- NAPPI, Angelo. I presupposti per l'applicazione delle misure cautelari e personali. In: CANZIO, Giovanni, FERRANTI, Donatella e PASCOLINI, Alessandro. Contributi allo studio del nuovo Codice di procedura penale. Milão: Giuffrè, 1989.
- NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Revogação da prisão preventiva. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, n. 19.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Curso completo de processo penal. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1990.
- NORONHA, E. Magalhães. Curso de direito processual penal. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1971.
- NUVOLONE, Pietro. O sistema do direito penal. Trad. de Ada Pellegrini Grinover e notas de René Ariel Dotti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

- OLIVEIRA, Antonio Claudio Mariz de. Reflexões sobre os crimes econômicos. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais e Instituto Brasileiros de Ciências Criminais, 1995.
- OLIVEIRA, Edmundo. Prisão temporária. In: ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de (org.). Ciência e política criminal em honra de Heleno Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- PASCOLINI, Alessandro, CANZIO, Giovanni e FERRANTI, Donatella. Contributi allo studio del nuovo Codice di procedura penale. Milão: Giuffrè, 1989.
- PEDROSO, Fernando de Almeida. Prisão em flagrante. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, n. 705.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. Crimes contra o sistema financeiro nacional: comentários à Lei n. 7.492, de 16.6.86. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- PISANI, Mario. Note sul diritto delle prove penali. In: AMODIO, Ennio e BASSIOUNI, M. Cherif. Il processo penale negli Stati Uniti d'America. Milão: Giuffrè, 1988.
- PITOMBO, Sérgio M. de Moraes. Do seqüestro no processo penal brasileiro. São Paulo: Bushatsky, 1973.
- PITOMBO, Sérgio M. de Moraes. Prisão temporária e crise urbana. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, n. 603.
- PORTO, Hermínio Alberto Marques. Júri: procedimento e aspectos do julgamento: questionários. 6. ed., São Paulo: Revista dos

Tribunais, 1990.

PÓVOA, José Liberato da Costa e BOAS, Marco Anthony Steveson Villas. Prisão temporária. São Paulo: Acadêmica, 1994.

RAMOS, Graciliano. Memórias do cárcere. 29. ed., Rio de Janeiro-São Paulo: Record, 1994.

RAMOS, João Gualberto Garcez. A inconstitucionalidade do “direito penal do terror”. Curitiba: Juruá, 1991.

RAMOS, João Gualberto Garcez. Audiência processual penal: doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

RANIERI, Silvio. Manuale di diritto processuale penale. 5. ed., Pádua: CEDAM, 1965.

REIS, Carlos David Santos Aarão. O silêncio do indiciado e a lavratura de auto de prisão em flagrante. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, n. 575.

RIBEIRO, Diaulas Costa. Prisão temporária: (Lei 7.960, de 21.12.89): um breve estudo sistemático e comparado. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, n. 707.

RICCIO, Giuseppe. Principio di giurisdizionalità e vincoli alla discrezionalità nell’odierna disciplina della libertà personale. In: GREVI, Vittorio (org.). La libertà personale dell’imputato verso il nuovo processo penale. Milão: Giuffrè, 1989.

RODRIGUES, Leda Boechat. História do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

ROSA, Inocência Borges da. Comentários ao Código de Processo Penal. 3. ed., atualizada por Angelito A. Aiquel. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

- RUGGIERI, Francesca. La giurisdizione di garanzia nelle indagini preliminari. Milão: Giuffrè, 1996.
- SALTZBURG, Stephen A. e CAPRA, Daniel J. American criminal procedure: cases and commentary. 5. ed., St. Paul (Minnesota, EUA): West Publishing, 1996.
- SANGUINÉ, Odone. Prisão provisória e princípios constitucionais. *In: Fascículos de Ciências Penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992, a. 5, v. 5, n. 2.
- SANTORO, Arturo. Manuale di diritto processuale penale. Turim: UTET, 1954.
- SARACENI, Luigi. Il sistema cautelare del nuovo processo penale: lineamenti generali e valori di fondo. *In: CANZIO, Giovanni, FERRANTI, Donatella e PASCOLINI, Alessandro. Contributi allo studio del nuovo Codice di Procedura Penale*. Milão: Giuffrè, 1989.
- SCHOLZ, Leônidas Ribeiro. A sentença penal condenatória e a prisão do acusado. *In: Fascículos de ciências penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, ano 4, v. 4, n. 1.
- SILVA, Germano Marques da. Curso de processo penal. Lisboa: Verbo, 1994, v. 3.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. A ação cautelar inominada no direito brasileiro. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de processo civil. 2. ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. Do processo cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

- SILVA, Ovídio A. Baptista da. Jurisdição e execução na tradição romano-germânica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- SIQUEIRA, Galdino. Curso de processo criminal. 2. ed., São Paulo: Livraria Magalhães, 1930.
- SIQUEIRA, Geraldo Batista de. Audiência do Ministério Público no auto de prisão em flagrante: Lei n. 6.416. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, n. 579.
- SIQUEIRA, Geraldo Batista de. Estudos de direito e processo penal. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- SIRACUSANO, Delfino. Introduzione allo studio del nuovo processo penale. Milão: Giuffrè, 1989.
- SOLER, Sebastián. Derecho penal argentino. 5. ed., 10. reimp., Buenos Aires: Tea, 1992.
- SOUSA, João Castro e. A tramitação do processo penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1985.
- SOUSA, João Castro e. Os meios de coacção no novo Código de Processo Penal. In: CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS (diversos autores). O novo Código de Processo Penal. Coimbra: Almedina, 1992.
- SOUZA, Joaquim José Caetano Pereira e. Primeiras linhas sobre o processo civil brasileiro: acomodadas ao foro do Brasil até 1877 por Augusto Teixeira de Freitas. 2. ed., Paris: Garnier, 1907
- SOUZA, Sebastião Pereira de. Prisão constitucional: ordem judicial. In: Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, 1988, n. 304.
- SPONHOLZ, Oto Luiz e BREDA, Antonio Acir. Aspectos processuais da reforma da lei de segurança nacional. In: Revista

- de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, 1978, n. 59.
- SUBIN, Harry I., MIRSKY, Chester L. e WEINSTEIN, Ian S. The criminal process: prosecution and defense functions. St. Paul (Minnesota, EUA): West Publishing, 1993.
- TAORMINA, Carlo. Diritto processuale penale. Turim: G. Giappichelli, 1995.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo cautelar. 8. ed., São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1986
- THON, Alberto Zacharias. A Constituição de 1988 e o conceito de bons antecedentes para apelar em liberdade. In: Revista do Advogado. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 1994, n. 42.
- TOLEDO, Francisco de Assis. Crimes hediondos. In: Fascículos de ciências penais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992, a. 5, v. 5, n. 2.
- TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei n. 7.209. de 11.7.1984. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1987.
- TORNAGHLI, Hélio. Curso de processo penal. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 1995.
- TORNAGHI, Hélio. Instituições de processo penal. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Prática de processo penal. 16. ed., São Paulo: Saraiva, 1994.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 11. ed., São Paulo: Saraiva, 1989.

- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 1997.
- TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Anotações à Lei dos crimes hediondos. In: Revista OAB-Bahia. Salvador: Ordem dos Advogados do Brasil-Seção da Bahia, 1992, n. 2.
- TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Prisão provisória. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, 1994, n. 122.
- TUCCI, Rogério Lauria. Afirmção constitucional da desconsideração de culpabilidade prematuramente assentada e conseqüente direito do acusado de recorrer em liberdade. In: Revista do Advogado. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 1994, n. 42.
- TUCCI, Rogério Lauria. Aspectos processuais da reforma penal de 1977. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, n. 506.
- TUCCI, Rogério Lauria. Direito intertemporal e a nova codificação processual penal: subsídios para sistematização e aplicação do direito transitório no processo penal brasileiro. São Paulo: José Bushatsky, 1975.
- TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1993.
- TUCCI, Rogério Lauria. Flagrante delito. In: Ciência Penal. Belo Horizonte-Rio de Janeiro: Forense, 1979, n. 1.
- TUCCI, Rogério Lauria. Medidas cautelares. In: TUCCI, Rogério Lauria e TUCCI, José Rogério Cruz e. Devido processo legal e tutela jurisdicional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

- VERGOTTINI, Giuseppe. Verbetes “Ordem Pública”. In: BOBBIO, Norberto, MATEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. Trad. de João Ferreira, Carmen C. Varriale e outros. 2. ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.
- VIEIRA NETTO, José Rodrigues. O risco e a imprevisão: duas tendências no âmbito da responsabilidade civil. Juruá: Instituto dos Advogados do Paraná: Curitiba, 1989
- WARREN, Earl. Voto condutor do acórdão proferido no processo Miranda v. Arizona (384 U.S. 436) julgado em 1966. In: SALTZBURG, Stephen A. e CAPRA, Daniel J. American criminal procedure: cases and commentary. 5. ed., St. Paul (Minnesota): West Publishing, 1996.
- WEINSTEIN, Ian S., SUBIN, Harry I. e MIRSKY, Chester L. The criminal process: prosecution and defense functions. St. Paul (Minnesota, EUA): West Publishing, 1993.

ÍNDICE

	Páginas
FOLHA DE ROSTO	p. i
BANCA EXAMINADORA	p. ii
HOMENAGENS	p. iii
SUMÁRIO	p. iv
INTRODUÇÃO	p. ix
PARTE 1 - A TUTELA DE URGÊNCIA NA DOCTRINA	p. 1
Capítulo 1 - A TUTELA DE URGÊNCIA NA DOCTRINA DO DIREITO PROCESSUAL PENAL	p. 2
0. Introdução	p. 2
1. As medidas privativas da liberdade do imputado	p. 7
1.1. A prisão preventiva	p. 10
1.2. A prisão em flagrante	p. 15
1.3. A prisão decorrente de pronúncia	p. 20
1.4. A prisão decorrente de sentença condenatória recorrível	p. 25
1.5. A prisão temporária	p. 31

2. As medidas protetivas da liberdade do imputado	p. 35
2.1. A liberdade independente de fiança	p. 40
2.2. A liberdade vinculada com fiança	p. 40
2.3. A liberdade vinculada sem fiança	p. 44
3. As medidas instrutórias de urgência	p. 44
3.1. O inquérito policial	p. 45
3.2. O auto de prisão em flagrante	p. 49
3.3. A produção antecipada de prova	p. 52
4. A busca e apreensão	p. 52
5. As medidas patrimoniais de urgência	p. 54
5.1. O seqüestro dos proventos do crime	p. 55
5.2. A especialização da hipoteca penal e o arresto prévio	p. 56
5.3. O arresto subsidiário dos bens móveis	p. 60
Capítulo 2 - A TUTELA DE URGÊNCIA NA DOUTRINA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL: a tutela cautelar e a tutela antecipatória	p. 63
0. Introdução	p. 63
1. A tutela cautelar	p. 64
1.1. A tutela cautelar na visão de GIUSEPPE CHIOVENDA	p. 65
1.2. A tutela cautelar na visão de PIERO CALAMANDREI	p. 68
1.3. A caracterização da tutela cautelar	p. 73
1.3.1. A urgência	p. 74
1.3.2. A sumariedade procedimental	p. 76
1.3.3. A sumariedade material	p. 77
1.3.4. A aparência	p. 79
1.3.5. A temporariedade	p. 80

1.3.6. A incapacidade de gerar coisa julgada material	p. 80
1.3.7. A referibilidade	p. 83
1.3.8. A questão da fungibilidade	p. 86
2. A tutela antecipatória	p. 86
PARTE 2 - A TUTELA DE URGÊNCIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	p. 89
Capítulo 1 - AS MEDIDAS PRIVATIVAS DA LIBERDADE DO IMPUTADO	p. 90
0. Introdução	p. 90
0.1. Premissas metodológicas	p. 90
0.2. Princípios que regem a privação da liberdade do imputado	p. 90
1. A prisão preventiva	p. 129
1.1. A prisão preventiva decretada para assegurar a aplicação da lei penal	p. 133
1.2. A prisão preventiva decretada por conveniência da instrução criminal	p. 136
1.3. A prisão preventiva decretada por garantia da ordem pública	p. 144
1.4. A prisão preventiva decretada por garantia da ordem econômica	p. 151
1.5. A prisão preventiva decretada pela magnitude da lesão decorrente de crime contra o sistema financeiro nacional	p. 153
2. A prisão em flagrante	p. 156
2.1. A prisão em flagrante propriamente dita	p. 156
2.2. A manutenção motivada da prisão em flagrante	

após o controle jurisdicional de sua legalidade	p. 161
2.3. A manutenção obrigatória da prisão em flagrante após o controle jurisdicional de sua legalidade	p. 163
3. A prisão decorrente de pronúncia	p. 170
3.1. A prisão decorrente da pronúncia do réu com antecedentes criminais	p. 176
3.2. A prisão decorrente da pronúncia do réu primário e de bons antecedentes	p. 202
3.3. A prisão decorrente da pronúncia por crime hediondo ou equivalente	p. 207
4. A prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível	p. 207
4.1. A prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível, do réu com antecedentes criminais	p. 210
4.2. A prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível, do réu sem antecedentes criminais	p. 223
5. A prisão temporária	p. 224
Capítulo 2 - AS MEDIDAS PROTETIVAS DA LIBERDADE DO IMPUTADO	p. 237
0. Introdução	p. 237
1. A liberdade não-vinculada e independente de fiança	p. 249
2. A liberdade vinculada com fiança	p. 254
3. A liberdade vinculada sem fiança	p. 261
3.1. A liberdade vinculada tendo em vista a aparência de atipicidade material da conduta	p. 261
3.2. A liberdade vinculada na hipótese de pobreza do imputado	p. 263

3.3. A liberdade vinculada por ausência dos pressupostos da prisão preventiva	p. 265
4. O relaxamento da prisão em flagrante	p. 266
5. A liberdade não-vinculada do preso em flagrante por ausência de indícios de autoria	p. 278
6. A revogação da prisão preventiva	p. 279
7. A revogação da prisão temporária e a liberação do indiciado pelo decurso do prazo da detenção	p. 287
8. A liberação do acusado preso, em virtude de sua absolvição recorrível	p. 289
9. A medida liminar em <i>habeas corpus</i>	p. 294
Capítulo 3 - AS MEDIDAS INSTRUTÓRIAS DE URGÊNCIA	p. 311
0. Introdução	p.311
1. O inquérito policial	p. 313
2. O auto de prisão em flagrante	p. 330
3. A produção antecipada de prova	p. 336
Capítulo 4 - A BUSCA E APREENSÃO	p. 341
Capítulo 5 - AS MEDIDAS PATRIMONIAIS DE URGÊNCIA	p. 349
0. Introdução	p. 357
1. O seqüestro dos proventos do crime	p. 369
2. A especialização da hipoteca penal e o arresto prévio	p. 369
3. O arresto subsidiário dos bens móveis	p. 386
CONCLUSÃO	p. 390

A tutela de urgência no processo penal brasileiro

426

BIBLIOGRAFIA

p. 397

ÍNDICE

p. 421