

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS**  
**CURSO DE DIREITO**

**KARL ALBERT SANTOS DE LIMA**

**PRISÃO PROVISÓRIA:**  
**A aplicação de ergástulos cautelares no direito processual penal brasileiro à luz dos**  
**princípios constitucionais**

São Luís

2018

**KARL ALBERT SANTOS DE LIMA**

**PRISÃO PROVISÓRIA:**

**A aplicação de ergástulos cautelares no direito processual penal brasileiro à luz dos princípios constitucionais**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Paulo César Aguiar Martins Vidigal.

São Luís

2018

Lima, Karl Albert Santos de.

Prisão Provisória : A aplicação de ergástulos cautelares no direito processual penal brasileiro à luz dos princípios constitucionais / Karl Albert Santos de Lima. - 2018.

93 f.

Orientador(a): Paulo César Aguiar Martins Vidigal.

Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, São Luís-MA, 2018.

1. Direitos e garantias fundamentais. 2. Princípios Constitucionais. 3. Prisões provisórias. I. Vidigal, Paulo César Aguiar Martins. II. Título.

KARL ALBERT SANTOS DE LIMA

**PRISÃO PROVISÓRIA:** A aplicação de ergástulos cautelares no direito processual penal brasileiro à luz dos princípios constitucionais

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado(a) em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_, às \_\_\_\_:\_\_\_\_horas. Nota: \_\_\_\_ ( )

BANCA EXAMINADORA

---

**Prof. Paulo César Aguiar Martins Vidigal**  
(orientador)

---

1º Examinador

---

2º Examinador

Dedico este trabalho à Deus, meu guia e sustentáculo; à minha querida mãe, Dona Silvana, por todo amor, suporte, dedicação e exemplo; aos amigos, familiares e à Conceição de Maria, a minha querida Conxa.

## AGRADECIMENTOS

Dirijo meus agradecimentos, primeiramente, a Deus, meu guia e zeloso guardião nesta jornada, a quem devo a eterna gratidão por todas as bênçãos que proporcionou e proporciona em minha vida.

Em segundo lugar, destino minha gratidão à minha maravilhosa, inigualável e inestimável mãe, Dona Silvana, que dedicou-se incessantemente a moldar meu caráter, ensinando-me valores, princípios e motivando-me a cada nova etapa de minha vida. Jamais conseguirei expressar o quão sou grato pela dedicação e amor que Deus me concedeu através da minha grande e heroica mãe. À minha mãe, obrigado. Obrigado por ter tomado para si o desafio de dar à luz, criar e educar uma criança, ainda que sozinha. As dificuldades por nós vividas são inúmeras, contudo, a alegria de partilhar com essa mulher incrível a conquista que hoje vivo justifica todas as noites de insônia e as lágrimas vertidas.

Agradeço ainda à minha família, que sempre mostrou-se presente nos momentos de dificuldade, em especial à minha tia Cristina, meus primos Marcus e Camila; e minha avó Terezinha.

Declaro minha gratidão aos amigos da vida, em especial a Felipe Dutra, Daniel Corrêa, Matheus Saraiva, Heder Mendes, Matheus Gusmão, Tanner Lucas, Darlyson Rodrigo, Marcos Vinícius e Wévine Sarah, todos sendo peças fundamentais ao longo dessa jornada, cada um à sua maneira. Aos demais amigos do IFMA, da UFMA – faço frisar, em especial, aos colegas de turma: Paulo Victor, Gabrielle, Gabriella Fragoso, Gabriel Froz, Lívia Morais, Paula Freire, Thuane Mendes, Larissa Uchôa, Gabriela Bezerra e Ronaldo Correia – e de outras ocasiões, meu muito obrigado!

À minha companheira ao longo dessa jornada, minha preciosa e amada Conceição, que sempre esteve ao meu lado em todas as ocasiões, sempre me apoiando e incentivando. Minha gratidão por você se revelar uma amiga e companheira de todas as horas.

Agradeço ao escritório de advocacia Lara, Pontes e Nery Advogados e ao Promotor de Justiça Valdenir Cavalcante Lima pelos ensinamentos repassados que me foram preciosos ao longo desta caminhada.

Por fim, agradeço a meu orientador Professor Paulo César Vidigal, pela ajuda prestada que me foi de grande valia. Agradeço ainda à Universidade Federal do Maranhão e ao Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia que foram definitivos para a consolidação da minha vida acadêmica.

*“Demore o tempo que for para achar o que você quer da vida, e depois de decidir não recue ante nenhum pretexto, pois o mundo tentará te dissuadir.”*

**(Friedrich Nietzsche)**

## RESUMO

O presente estudo buscou analisar o instituto das prisões provisórias, tendo por finalidade a compreensão de seu retrospecto histórico, particularidades específicas de sua estrutura e as espécies de medidas cautelares cerceadoras do direito de locomoção com base no que dispõe a doutrina jurídica brasileira e internacional. Analisou-se o fenômeno da aplicação das prisões provisórias à luz dos direitos e garantias fundamentais, previstos na Constituição Federal, de forma a demonstrar o amparo constitucional que recobre o referido instituto jurídico. Por fim, foram analisadas questões pontuais que apresentam-se como entraves à efetivação razoável das prisões provisórias, tais como: a adoção pela legislação que regula a matéria de termos com sentidos semânticos muito amplos; a ausência de um juízo de razoabilidade e proporcionalidade na aplicação das prisões provisórias, assim como na duração das mesmas quando decretadas; e a indiferença do Poder Judiciário quanto a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão.

**Palavras-chave:** Prisões provisórias. Direitos e garantias fundamentais. Princípios constitucionais.



## ABSTRACT

The purpose of this study was analyze the institute of provisional prisons, aiming at the understanding of its historical retrospection, specific peculiarities of its structure and the species of precautionary measures restricting the right of locomotion based on the Brazilian and international legal doctrine. The institute of the application of the provisional prisons was analyzed from the perspective of the fundamental rights and guarantees provided in the Federal Constitution, in order to demonstrate the constitutional protection that recovers the referred legal institute. Finally, analyzed specific questions that are presented as obstacles to the reasonable realization of provisional prisons, such as: the adoption by the legislation that regulates the matter of terms with very broad semantic senses; the absence of a judgment of reasonableness and proportionality in the application of the provisional prisons, as well as the duration of the same when enacted; and the indifference of the Judicial regarding the application of alternative precautionary measures to the prison.

**Key-words:** Pre-trial detentions; fundamental Rights and guarantees; constitutional principles

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>2</b>	<b>PRISÕES PROVISÓRIAS: ORIGEM, CONCEITO E ESPÉCIES</b> .....	13
<b>2.1</b>	<b>Distinção entre prisão-pena e prisão cautelar</b> .....	13
<b>2.2</b>	<b>Breve histórico do instituto das prisões cautelares</b> .....	14
<b>2.3</b>	<b>Princípios norteadores e requisitos autorizativos para a decretação de prisões provisórias</b> .....	16
2.3.1	Princípios atinentes a aplicação das prisões provisórias.....	17
2.3.2	Do Fumus commissi delicti .....	19
2.3.3	Do Periculum libertatis .....	21
<b>2.4</b>	<b>Espécies de prisões provisórias</b> .....	21
2.4.1	Prisão em flagrante delito .....	22
2.4.2	Prisão preventiva .....	29
2.4.3	Prisão temporária.....	36
2.4.4	Prisões provisórias decorrentes de decisão de pronúncia e de sentença condenatória recorrível.....	38
2.4.5	Prisão domiciliar.....	39
<b>3</b>	<b>PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A APLICAÇÃO DE PROVISÕES PROVISÓRIAS</b> .....	40
<b>3.1</b>	<b>Garantias constitucionais: as formalidades da prisão; direitos da pessoa presa e o princípio do devido processo legal</b> .....	42
3.1.1	Princípios-garantia constitucionais e as formalidade das prisões.....	42
3.1.2	Princípio-garantia da legalidade .....	43
3.1.3	Princípios-garantia assegurados à pessoa presa.....	44
3.1.4	Princípios-garantia do devido processo legal e seus desdobramentos.....	48
<b>3.2</b>	<b>Princípio-garantia da presunção de inocência e as prisões provisórias</b> .....	61
<b>3.3</b>	<b>O princípio-garantia da dignidade da pessoa humana</b> .....	64
<b>4</b>	<b>A PROBLEMÁTICA DA APLICAÇÃO DE PRISÕES PROVISÓRIAS NO DIREITO BRASILEIRO E A CONSTANTE VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS-GARANTIA CONSTITUCIONAIS</b> .....	67
<b>4.1</b>	<b>Conceitos jurídicos indeterminados e prisões provisórias: mazelas da exacerbada interpretação extensiva da lei</b> .....	67

<b>4.2</b>	<b>Princípios da razoabilidade e proporcionalidade e o excesso de prazo no cumprimento das prisões provisórias .....</b>	<b>72</b>
<b>4.3</b>	<b>Das medidas cautelares alternativas à prisão e o desafio de sua aplicação .....</b>	<b>77</b>
<b>5</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>85</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>87</b>

## 1 INTRODUÇÃO

As prisões provisórias são espécies de medidas cautelares previstas na legislação processual penal pátria cuja utilização deveria, em tese, ocorrer em situações excepcionalíssimas. Por regra, deve-se garantir a liberdade dos indivíduos, salvo em caso de existência razoável motivo em sentido contrário.

Conforme restou pacificado pela jurisprudência de nossos Tribunais, a aplicação das medidas cautelares constritivas do direito de liberdade não ofendem ao princípio da presunção de inocência, todavia, o seu uso indiscriminado e por prolongado período de duração concorrem para a banalização do instituto, de modo a contribuir para superlotação de estabelecimentos prisionais.

Com efeito, muito normalmente a decretação das prisões cautelares são pautadas em conceitos jurídicos indeterminados, cuja abrangência pode alcançar as mais diversas situações. Sendo assim, as aplicações de uma medida cautelar tão gravosa como a privação da liberdade do indivíduo, se observados no caso concreto os princípios-garantia constitucionais previstos na Lei Fundamental, não se operariam em tão larga escala como a que hoje se vislumbra na rotina forense brasileira.

De acordo com dados oferecidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)<sup>1</sup>, em 12 de janeiro de 2017, dos 654.372 presos custodiados em estabelecimentos prisionais, ao menos 221.054 encontram-se encarcerados em caráter de prisão provisória. Portanto, 34% da população carcerária encontrava-se cumprindo medidas cautelares sem que ainda tivessem sido sequer sentenciados. Conforme revela o estudo citado, o tempo médio de duração do cumprimento das prisões provisórias varia de 172 dias a 974 dias, tendo como fator de variação as particularidades da atuação judiciária de cada estado.

Outrossim, considerando os critérios estatuídos na legislação infraconstitucional e os alarmantes dados estatísticos acerca da população carcerária em cumprimento de prisões provisórias trazidos à baila, surgem os seguintes questionamentos: Quais os requisitos autorizativos e qual a sua correta interpretação quando da aplicação dos ergástulos cautelares no processo penal brasileiro? Tais requisitos legais têm sido apreciados pelo Poder Judiciário à luz da inteligência dos ensinamentos doutrinários e a jurisprudência dos tribunais pátrios? De

---

<sup>1</sup> Informação obtida através de consulta a seguinte fonte: BRASIL. CNJ. **Reunião Especial de Jurisdição**, de 12 de janeiro de 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/b5718a7e7d6f2edee274f93861747304.pdf>.

que forma os princípios constitucionais vêm sendo prestigiados e observados quando da aplicação das medidas cautelares cerceadoras do direito à liberdade?

Buscando dar cabo aos questionamentos supramencionados o presente estudo estabeleceu uma correlação entre o que dispõe a legislação infraconstitucional acerca do instituto das prisões provisórias, esclarecendo seus regramentos e especificidades, e os princípios-garantia constitucionais explícitos e implícitos emanados da Constituição Federal de 1988, como forma de, ao fim, conseguir alçar uma compreensão acerca das razões que obstaculizam um uso adequado e comedido da medida extrema.

Feitas tais considerações, o *segundo capítulo* deste trabalho monográfico analisará o instituto das prisões provisórias, desde seu retrospecto histórico, estabelecimento de distinções entre as espécies de prisões e a delimitação das espécies de prisões provisórias (ou cautelares).

No *terceiro capítulo* será exposto o regramento constitucional pertinente à aplicação das prisões provisórias, destacando-se os direitos e garantias individuais relativos ao direito de liberdade, às formalidades da prisão, os direitos da pessoa presa, finalizando com a análise dos princípios-garantia que são pedra de toque do direito processual penal: os princípios da presunção de inocência e da dignidade humana.

Por fim, no *quarto capítulo* serão abordadas questões que são apontadas por grande parte das correntes doutrinárias como sendo vetores responsáveis pelo fomento à inadequada aplicação das prisões provisórias no cenário brasileiro, tais como: a presença de conceitos jurídicos indeterminados na legislação infraconstitucional, o que rende margem de amplíssima discricionariedade do intérprete; a inobservância dos princípios implícitos constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade como forma de formação de juízos extremos no âmbito da ampliação das medidas cautelares constritivas do direito de liberdade; e, por fim, uma reflexão acerca das medidas cautelares alternativas à prisão e a dificuldade de sua aplicação ante a cultura punitivista ainda reticente na práxis processual.

## 2 PRISÕES PROVISÓRIAS: ORIGEM, CONCEITO E ESPÉCIES

Antes de dar início à análise amiúde acerca da problemática que envolve a aplicação de medidas cautelares cerceadoras do direito de locomoção no direito processual brasileiro, objeto sobre o qual se debruça o presente estudo, faz-se mister a realização de ponderações no que tange às formas de prisão cautelares, quer seja no tocante ao retrospecto histórico do instituto, bem como em face dos requisitos modernamente fixados na legislação pátria para que ocorra a incidência de ergástulos cautelares.

Com essa estrutura, vislumbrar-se-á com maior precisão a origem do problema e os reflexos da aplicação das medidas cautelares cerceadoras do direito de liberdade no cenário processual pátrio.

### 2.1 Distinção entre prisão-pena e prisão cautelar

Inicialmente, é imprescindível consignar o entendimento que a doutrina, majoritariamente, fixa em relação ao significado do termo “prisão”. Entendem os doutrinadores que “prisão” consiste em um fenômeno jurídico que enseja o cerceamento do direito de liberdade. O notável professor Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 573) preleciona o instituto prisão nos seguintes dizeres: “é a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere”.

O cerceamento do direito de liberdade por meio do encarceramento prisional pode ser ensejado por causas variadas de modo que a prisão, em seu sentido amplo, classifica-se em: “prisão *carcer ad poenam*” (ou “prisão-pena”) e em “prisão *carcer ad custodiam*” (ou “prisão cautelar”).

No tocante à prisão-pena, a mesma ocorrerá a partir da superveniência de decisão condenatória transitada em julgado, regulada pelo Código Penal, portanto, decorrente do direito material. Esta espécie caracterizava-se por ser dotada de um caráter satisfativo, haja vista que diz respeito a uma resposta do Estado aos delitos que eventualmente forem cometidos. É pautada em título executivo consubstanciado na sentença penal condenatória. Entretanto, conforme se verá mais adiante, esta espécie de prisão sofreu notável mitigação a partir de recentes julgados do Supremo Tribunal Federal (TÁVORA e ALENCAR, 2016, p. 877).

Noutro giro, as prisões cautelares, ocorrem no curso de uma persecução penal, nas fases judicial ou extrajudicial, sempre que surgir necessidade de encarceramento e, impreterivelmente, nos casos expressamente previstos em lei. Tem por escopo buscar viabilizar

a persecução penal, portanto, ostentando um caráter acautelatório sobre a investigação criminal e o processo penal (CAPEZ, 2016, p. 361). Doravante, a prisão cautelar ou provisória requer que ocorra, para sua aplicação, o preenchimento, além de outros fixados em lei, de dois pressupostos ou fundamentos: o *periculum libertatis* e o *fumus comissi delicti* que serão melhor examinados mais adiante.

Outrossim, vê-se que a prisão-pena e a prisão cautelar – ou não-pena – distinguiam-se entre si a partir da existência ou não de um título executivo constituído sob a forma de uma sentença condenatória transitada em julgado. Logo, pode-se concluir que em relação às prisões provisórias, a necessidade da observância de seus pressupostos requerem uma maior diligência do julgador, haja vista que, diferentemente da prisão-pena, a prisão cautelar não decorre da realização de juízo de cognição exauriente pelo magistrado, mas sim sumário, assim como também pauta-se em conceitos jurídicos deveras abrangentes, de sorte que não oportuniza a abertura de contraditório para sua impugnação e rechaço pelo eventual acautelado.

## **2.2 Breve histórico do instituto das prisões cautelares**

Em seu retrospecto histórico, a aplicação de prisões cautelares antecedem as prisões-pena. O uso de pena restritiva de liberdade apenas passou a ocorrer como forma sanção aos delitos cometidos a partir do ano de 1595, tendo em vista o crescente desprestígio e inefetividade das penas de morte e de castigo corporal.

Em contrapartida, as prisões provisórias são aplicadas desde a Roma Antiga. Inicialmente, tinham por fim garantir que em caso de uma eventual pena atribuída ao criminoso, a sanção seria devidamente imposta e cumprida. Desse modo, fazia-se uso da prisão cautelar para manter o acusado preso no distrito da culpa, evitando que o mesmo envidasse fuga.

Insta observar que, ainda durante o Império Romano, o uso das prisões cautelares era excepcional e dava-se preferência para a prestação de garantias fidejussórias pelos acusados desde que tivessem confessado o delito anteriormente (FARIA, 2009, p. 12).

Doravante, ao longo da Idade Média, as disposições do Direito Canônico lançaram mão da prisão cautelar como forma de induzir os acusados a confessarem seus crimes. Durante esse período, a prisão perdeu o caráter cautelar e passou a ser utilizada como um meio punitivo, de modo a submeter o encarcerado a uma forma de tortura pautada na jurisdição canônica que pressupunha ser o isolamento no cárcere uma forma de redução da culpa por violar uma lei divina quando do cometimento de um delito. (FARIAS, 2009, p. 13) Nesse sentido que ensina o professor Luigi Ferrajoli (2002, p. 443):

Desse modo, ocorreu que enquanto em Roma, após experiências alternadas, chegou-se a proibir por completo a prisão preventiva, na Idade Média, com o desenvolvimento do procedimento inquisitório, ela se tornou o pressuposto ordinário da instrução, baseada essencialmente na disponibilidade do corpo do acusado como meio de obter a confissão per tormenta. E só voltou a ser estigmatizada com o Iluminismo, concomitantemente à reafirmação do princípio "nulla pena, nulla culpa sine iudicio" e à redescoberta do processo acusatório.

O autor Alberto Wunderlich (2006) sintetiza com bastante clareza a função da prisão provisória durante a Antiguidade e Idade Média, senão vejamos:

A bem da verdade a prisão preventiva é tão antiga quanto a humanidade, tinha como fim especial manter os acusados no distrito da culpa para, posteriormente, processá-los e aplicar-lhes as punições, que quase sempre eram desumanas, como a morte, o açoite, mutilações, o arrastamento e outras. Conclui-se, destarte, que, na sua origem mais remota, a prisão tinha apenas um caráter provisório e instrumental.

Até meados do século XVIII, o uso de prisões cautelares ostentou certo protagonismo incontestado, até que adveio a insurgência dos ideais iluministas, ocasião em que passou-se a questionar, no curso das revoluções burguesas, o uso indiscriminado das prisões provisórias. O pensador iluminista penal Cesare Beccaria (2013, p. 76) dispôs pioneiramente, ainda naquela época, sobre a aplicação das prisões cautelares: “sendo a privação da liberdade uma pena, não pode preceder a sentença senão quando o reclamar a necessidade [...] a custódia de um cidadão até que seja julgado culpado deve durar o menor tempo e deve ser o menos dura possível [...]”.

Em relação à aplicação das prisões cautelares no direito processual brasileiro, as mesmas foram adotadas no bojo das Ordenações Afonsinas, Manuelinas (1514) e, por fim, também nas Filipinas (1603), de modo que a legislação portuguesa aplicada no Brasil Colonial previa expressamente a prisão como uma medida cautelar, mas não como uma forma de pena. A regra aplicável àquela época era da prisão cautelar automática para qualquer acusado, sendo a exceção a liberdade ao longo da persecução penal (FARIA, 2009, p. 11)

Com o advento da Constituição Federal de 1824, primeira carta constitucional outorgada em nosso país, notadamente marcada pelas aspirações iluministas à época em voga, passou-se a dar maior ênfase aos princípios liberais, de sorte que a aplicação da prisão era dada com ou sem o juízo de culpa formado, ou seja, aplicava-se a prisão tanto como forma de medida cautelar como de punição após o juízo condenatório. (FARIAS, 2009, p. 12).

Doravante, no bojo da Constituição Federal de 1891 consignou-se uma inovação: a prisão preventiva por flagrante delito poderia ser elidida pelo acusado caso o mesmo prestasse caução suficiente, salvo nos casos expressos em lei. Com o decorrer dos anos, gradualmente



expandiu-se o rol de hipóteses de aplicação prisão cautelar através de decretos (FILHO, 2011, p. 10).

Com o surgimento do Código de Processo Penal de 1941, constituído durante a Era Vargas, sob acentuado viés autoritário, despiu-se o diploma processual de formalismos, sendo criada a figura da “prisão preventiva obrigatória”, segundo a qual em havendo prova indiciária suficiente, poderia ser decretada a prisão do acusado ainda que inexistindo título judicial condenatório (CORREIA FILHO, 2011):

No ano de 1977 foi editada a lei n. 6.416/1977 que extinguiu a distinção entre a aplicação da prisão preventiva para crimes afiançáveis ou inafiançáveis, passando a ser viável a decretação para ambos, desde que a pena prevista fosse de reclusão (FILHO, 2011).

Nos anos seguintes, a aplicação de prisão preventiva sofreu outras duas notáveis alterações. A primeira delas decorreu da lei n. 7.492/86 que passou a permitir a decretação em casos de crimes a depender da proporção do resultado lesivo; a segunda decorreu da Lei n. 8.884/1994 que inaugurou mais um requisito para a medida cautelar: a garantia da ordem econômica. Por fim, o instituto sofreu uma última profunda alteração através da Lei nº 11.340/2006 quando estabeleceu-se que a decretação da prisão preventiva independeria da necessidade de versar de crime apenado com detenção (FILHO, 2011, p. 13).

Não obstante, percebe-se que o Código de Processo penal vigente, desde o advento da Constituição Federal de 1988, conhecida por “Constituição Cidadã”, passou a contar com uma nova forma de interpretação no que versa sobre as prisões provisórias, uma vez que, em tese, sob a égide da Magna Carta o instituto passou a ostentar, pela primeira vez, um caráter de excepcionalidade em sua incidência, sendo, portanto, a regra a manutenção do *status libertatis*.

### **2.3 Princípios norteadores e requisitos autorizativos para a decretação de prisões provisórias**

Conforme já asseverado neste trabalho, a aplicação de prisões provisórias, também chamadas de cautelares ou processuais, demandam o preenchimento de pressupostos, a saber: o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*. Entretanto, antes de se abordar-se com maiores detalhes os dois pressupostos citados, faz-se mister a compreensão da principiologia que permeia a aplicabilidade das medidas cautelares cerceadoras do direito de liberdade.

### 2.3.1 Princípios atinentes a aplicação das prisões provisórias

Em que pesem as prisões cautelares ou provisórias é robusta a principiologia apontado pela melhor doutrina acerca do instituto das cautelares constritivas do direito de locomoção. De início, pode-se citar um dos mais notáveis princípios propostos pela doutrina, a saber o chamado princípio da *Jurisdicionalidade*, cujo fundamento central preceitua que toda e qualquer prisão cautelar deverá sempre ser motivada por ordem judicial escrita e fundamentada (JÚNIOR, 2014, p. 576).

É de bom alvitre frisar que o princípio indigitado exsurge-se a partir de dois outros dispositivos previstos na própria Constituição Federal de 1988, quais sejam: os incisos LIV e LXI do seu artigo 5º. O inciso LIV do art. 5º da Lei Maior prevê o chamado “direito ao devido processo legal”, e assevera que “ninguém será privado de sua liberdade ou bens sem o devido processo legal”. Noutro giro, o inciso LXI do artigo 5º pontua que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de crime militar”.

Por sua vez, o Código de Processo Penal estabelece redação semelhante àquela fixada no inciso LXI do artigo 5º da Constituição Federal, inovando, contudo, na parte final do dispositivo ao estabelecer que o indivíduo poderá ser preso “em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou preventiva”.

Adiante, o mesmo Código Processual prevê em seu artigo 315 que: “a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada”. Vê-se, portanto, que quer seja no âmbito infraconstitucional ou até na própria Lei Fundamental resta cristalina a necessidade de existência de ordem judicial fundamentada e escrita declarando os motivos pelos quais faz-se necessária a interrupção do direito de ir e vir do indivíduo. Contudo, é válido asseverar que uma das espécies de prisões provisórias, a saber a prisão em flagrante delito, dispensa a necessidade de decisão judicial prévia quando da sua efetivação (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 577).

Nesse diapasão, Fernando da Costa Tourinho Filho (2012, p. 453) demonstra a preciosidade do princípio da *Jurisdicionalidade*:

A exigência da ordem escrita de autoridade competente e uma garantia para o cidadão, evitando, desse modo, o arbítrio, os excessos e descomedimentos dos órgãos agentes do Estado. E, por isso mesmo, para jugular e coibir possíveis abusos, a Constituição determina, no art.5º, inciso LXII: “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se

encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente...”, precisamente para que a Autoridade Judiciária, incontinenti, relaxe a prisão ilegal.

É impreterível que se firme a compreensão de que mesmo que a prisão em flagrante dispense a necessidade de existência de uma ordem judicial prévia fundamentada para que seja efetuada, *a posteriori* a prisão pré-cautelar deverá ser homologada pelo juízo competente, oportunidade em que emitir-se-á um juízo sobre o preenchimento ou não dos requisitos e pressupostos que a medida cautelar demanda (JÚNIOR, 2014, p. 576).

Com efeito, um segundo princípio basilar infraconstitucional que sustenta a aplicação de prisões provisórias é o da *Provisionalidade*, que parte do pressuposto de que decretação de uma prisão cautelar depende indissociavelmente de uma situação fática que justifique a incidência da medida extrema. Deste modo, uma vez alterada a situação fática que foi apta a ensejar o constrangimento de liberdade, imediatamente se refletirá na necessidade ou não da manutenção do ergástulo (DUTRA, 2014).

O professor Aury Lopes Jr (2014, p. 578) é precisa ao disciplinar a respeito do tema:

Nas prisões cautelares, a provisionalidade é um princípio básico, pois são elas, acima de tudo, situacionais, na medida em que tutelam uma situação fática. Uma vez desaparecido o suporte fático legitimador da medida e corporificado no *fumus commissi delicti* e/ou no *periculum libertatis*, deve cessar a prisão. O desaparecimento de qualquer uma das “fumaças” impõe a imediata soltura do imputado, na medida em que é exigida a presença concomitante de ambas (requisito e fundamento) para manutenção da prisão.

Em que pese a previsão legal, o princípio da *Provisionalidade* está espelhado no artigo 282, §5º do Código de Processo Penal pátrio, cuja redação prevê: “o juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la se sobrevierem razões que a justifiquem”.

Doravante, a doutrina aponta ainda o chamado princípio da *Provisoriedade*, segundo o qual a aplicação de prisões provisórias devem ostentar caráter provisório, de sorte que não poderão prolongar-se de forma indeterminada no tempo sem que haja um marco temporal final previsível. O professor Aury Lopes Jr. (2014, p. 578) com usual maestria ensina que o princípio da *Provisoriedade* implica no caráter transitório de duração da medida cautelar, sob pena de desfigurar-se e tornar-se uma pena antecipada.

Outrossim, cita-se ainda o chamado princípio da *Instrumentalidade*, que veicula a ideia de que as medidas cautelares restritivas do direito de liberdade não são um fim em si mesmas, mas sim visam tutelar outros bens jurídicos e assegurar que a medida definitiva venha a ser

cumprida. Portanto, as prisões provisórias tem um caráter instrumental, atuando de modo a possibilitar a medida principal.

O autor Paulo Rangel (2009, p. 679) elucida primorosamente a matéria:

Dá-se porque a medida cautelar serve de instrumento, de modo e meio para se atingir a medida principal. É como se o direito material discutido no processo de conhecimento fosse provável ao autor e o instrumento para se atingir este possível direito fosse exatamente a medida cautelar. Por isto dizemos que a medida cautelar serve, hipoteticamente, de instrumento para se atingir a medida principal.

Por fim, merece destaque o chamado princípio da *Excepcionalidade*. O referido princípio estabelece o caráter subsidiário da prisão provisória ao preceituar que a mesma somente deverá ser utilizada em casos extremos, quando for de patente necessidade e tratar-se de uma situação extraordinária (DUTRA, 2014). A previsão do princípio da indigitado foi devidamente consignado pela legislação infraconstitucional em sede do Código de Processo Penal em sede do artigo 282, §6º cuja redação dispõe que “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”. Portanto, denota-se uma correlação do referido postulado com o princípio implícito constitucional da proporcionalidade, que será devidamente apreciado mais adiante neste estudo.

### 2.3.2 Do Fumus comissi delicti

Conforme pontuado anteriormente, os pressupostos genéricos para a concessão da prisão provisória de qualquer espécie são: os denominados *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*. O conceito de *Fumus Comissi Delicti* advém de uma adequação feita pela doutrina para o tradicional conceito jurídico constante na doutrina processualista clássica conhecido como “*Fumus Boni Iuris*”, ou “fumaça do bom direito”. O *Fumus Boni Iuris* é um juízo de probabilidade, ou seja, não há certeza da existência de um direito para a parte postulante, mas uma aparência de que o mesmo exista. Trata-se da chance de deferimento futuro da pretensão constante no mérito da demanda. (NEVES, 2016, p. 411)

Ocorre que, ante o conceito acima descrito, vê-se que a figura da prisão cautelar não se assemelha com uma análise a respeito da concessão de um direito, haja vista que a referida medida cautelar incide em casos em que ocorreu um delito e este último é, na verdade, a violação de um direito. Neste sentido, o doutrinador Aury Lopes Jr. (2014, p. 573) de modo primoroso chancela o porquê de chamar-se o pressuposto de *Fumus Comissi Delicti*, ao mesmo

tempo em que corrige a incongruência conceitual doutrinária que ocorre quando se atribui como fundamento da prisão cautelar a existência de uma “fumaça do bom direito”:

No processo penal, o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim de um fato aparentemente punível. Logo, o correto é afirmar que o requisito para decretação de uma prisão cautelar é a existência do *fumus commissi delicti*, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito), ou, mais especificamente, na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

Ademais, o *Fumus Comissi Delicti* pressupõe a comprovação incontestada da ocorrência de delito, seja por provas obtidas por via pericial, testemunhal, interceptações telefônicas autorizadas ou quaisquer outros meios idôneos. Por outro lado, exige-se apenas a ocorrência de indícios de autoria delitiva para que se façam aptos de atrelar o indivíduo à prática delitiva. Não se exige que impere a certeza, bastando um lastro mínimo vinculando o agente ao delito (TÁVORA e ALENCAR, 2016, p. 916-917).

Tendo em vista que o *Fumus Comissi Delicti* diz respeito a existência de provas cabais da ocorrência de um crime e da existência de indícios de autoria delitiva, é indispensável que se estabeleça conceitualmente a diferença entre prova e indício. De acordo com os ensinamentos de TÁVORA e ALENCAR (2016, p. 613) prova pode ser entendida como “tudo aquilo que contribui para a formação do convencimento do magistrado, demonstrando os fatos, atos, ou até mesmo o próprio direito discutido em litígio”. O doutrinador Paulo Rangel (2009, p. 419) fixa o conceito de prova como sendo “o meio instrumental de que se valem os sujeitos processuais de comprovar os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamentos do exercício dos direitos de ação e de defesa”.

O professor Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 388) vai além e estabelece um conceito mais abrangente sobre a prova no processo penal:

Há fundamentalmente, três sentidos para o termo prova: a) ato de prova: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex: fase probatória); b) meio: trata-se do instrumento pelo qual demonstra a verdade de algo [...]; c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato.

Noutro giro, o conceito de indício – no caso, de autoria delitiva – é expressamente consignado no artigo 239 do Código de Processo Penal que ostenta a seguinte redação: “Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”. De forma a complementar o conceito fixado na legislação infraconstitucional, o notável professor Fernando

Capez (2016, p. 288) delimita o conceito de indício: "toda circunstância conhecida e provada, a partir da qual, mediante raciocínio lógico, pelo método indutivo, obtém-se a conclusão sobre um outro fato. A indução parte do particular e chega ao geral."

### 2.3.3 Do Periculum libertatis

Passa-se a análise do segundo fundamento-pressuposto de observância obrigatória para a aplicação de qualquer ergástulo cautelar, o chamado *periculum libertatis*. Decerto, compreende-se por *periculum libertatis* como a necessidade de demonstração no caso concreto de que, além da presença de justa causa – prova de materialidade e indício de autoria – haja risco notório para a persecução penal em caso de manutenção da liberdade do acusado. Deve haver necessidade extrema, de modo que a liberdade do agente delitivo se torne nociva para a persecução penal em sua inteireza (TÁVORA e ALENCAR, 2016, p. 917)

O autor Aury Lopes Júnior (2014, p. 574) chancela primorosamente o pressuposto de *periculum libertatis*:

Aqui o fator determinante não é o tempo, mas a situação de perigo criada pela conduta do imputado. Fala-se, nesses casos, em risco de frustração da função punitiva (fuga) ou graves prejuízos ao processo, em virtude da ausência do acusado, ou no risco ao normal desenvolvimento do processo criado por sua conduta (em relação à coleta da prova). O perigo não brota do lapso temporal entre o provimento cautelar e o definitivo. Não é o tempo que leva ao perecimento do objeto. [...] O risco no processo penal decorre da situação de liberdade do sujeito passivo

Com efeito, podem ocorrer casos em que não é viável aguardar o término do processo para então privar a liberdade do agente delitivo, posto que existe um grau de probabilidade considerável de que o agente estando em liberdade possa reiterar em práticas delitivas, suprimir provas, constranger testemunhas, ou impedir a eventual execução da pena imposta. Sendo assim, admite-se a restrição excepcional e provisória do direito de locomoção por decorrência de particularidades que o agente delitivo apresenta ao impor riscos para a persecução penal.

## 2.4 Espécies de prisões provisórias

A doutrina processualista penal indica que atualmente remanesçam ainda três espécies de prisões provisórias incidentes ao longo da persecução penal, a saber: a prisão em flagrante delito; prisão preventiva; e a prisão temporária. Válido ressaltar que até pouco tempo existiam ainda outros três tipos de prisões cautelares, sendo elas: as prisões decorrentes de decisão de

pronúncia e a decorrente de sentença penal condenatória recorrível, ambas tendo sido estruturalmente superadas a partir de inovações legislativas, conforme se verá adiante, e a prisão administrativa, que era prevista na legislação processual penal, todavia, foi varrida do ordenamento com a reforma no Código de Processo Penal realizada pela lei n. 12.403/2011 (TÁVORA e ALENCAR, 2016). Veja-se cada uma das supracitadas espécies de prisões provisórias.

#### 2.4.1 Prisão em flagrante delito

Inicialmente, deve-se compreender o que significa “flagrante”. O termo advém das expressões latinas *flagrare* (que significa “queimar”) e *flagrantes* (cujo significado é “ardente, brilhante). A acepção do termo flagrante faz referência, no âmbito jurídico, aos casos de supressão do *status libertatis* de indivíduos que estejam na iminência de cometer ou que tenham acabado de cometer um delito. A prisão em flagrante, portanto, constitui-se em uma medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar e caráter administrativo, que dispensa a necessidade de uma prévia ordem judicial escrita tendo em vista que visa coibir uma prática delitiva imediata, repentina e imprevista (TÁVORA e ALENCAR, 2016, p. 691).

O autor Fernando Capez (2016, p. 376) traça um conceito sucinto, porém abrangente, a respeito do conceito da prisão em flagrante delito ao elucidar que estas consistem em “medida restritiva da liberdade, de natureza cautelar e processual, consistente na prisão, independente de ordem escrita do juiz competente, de quem é surpreendido cometendo, ou logo após ter cometido, um crime ou uma contravenção”.

Outrossim, a prisão em flagrante delito encontra amparo no art. 5º, LXI da Lei Fundamental que prevê que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Com efeito, a prisão em flagrante delito pauta-se numa análise sumária e imediatista acerca da ocorrência ou não de um crime e a atribuição da autoria delitiva a determinado agente. Considerando que a modalidade de prisão analisada decorre de uma situação inopinada e repentina, não seria razoável a exigência da expedição de uma ordem de prisão para que então pudesse vir a ser efetivada, de sorte que o ordenamento jurídico pátrio atribui a qualquer pessoa do povo a possibilidade de dar cumprimento à prisão em flagrante delito. Isto tudo se justifica quando observada a finalidade da prisão em flagrante que é uma forma de autopreservação da sociedade, na medida em que faz cessar uma prática delitiva (MIRABETE, 2007, p. 374).

Neste sentido, disciplina o autor Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 587):

Autoriza-se essa modalidade de prisão na Constituição Federal (art. 5º, LXI), sem a expedição de mandado de prisão pela autoridade judiciária, daí por que o seu caráter administrativo, já que seria incompreensível e ilógico que qualquer pessoa – autoridade policial ou não – não visse um crime desenvolvendo-se à sua frente e não pudesse deter o autor de imediato. O fundamento da prisão em flagrante é justamente poder ser constatada a ocorrência do delito de maneira manifesta e evidente, sendo desnecessária, para a finalidade cautelar e provisória da prisão a análise de um juiz de direito.

No tocante à natureza jurídica da prisão em flagrante delito, a doutrina não é pacífica. Dividem-se as correntes doutrinárias em quatro teses. A primeira delas afirma que a prisão em flagrante tem natureza jurídica de ato administrativo. A segunda corrente, a qual se filia Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 587) e Fernando da Costa Tourinho Filho (2012, p. 491), prevê que a natureza jurídica da citada prisão provisória tem cunho acautelatório, posto que necessita de uma confirmação jurisdicional para sua manutenção. A terceira corrente doutrinária prevê que a indigitada prisão provisória é um ato complexo, de modo que possui duas fases distintas, sendo uma delas de caráter administrativo, que ocorre durante a captura do agente, e a segunda que tem cunho processual e ocorre quando o magistrado averigua o teor da prisão (TÁVORA e ALENCAR, 2016, p. 891-892). Por fim, a corrente doutrinária capitaneada pelo doutrinador Aury Lopes Jr. (2016, p. 410) prevê que a prisão em flagrante possui uma natureza pré-cautelar, uma vez que não destina-se a assegurar o resultado final da persecução penal, mas sim apenas interromper uma conduta delitiva.

Destarte, após a elucidação do conceito de flagrante e sua natureza jurídica, faz-se oportuno citar as espécies de flagrante e suas devidas peculiaridades. A primeira espécie a citar é o chamado *Flagrante Próprio* – também conhecido como “flagrante real” ou “flagrante propriamente dito” –, cuja previsão legal encontra-se no artigo 302, incisos I e II do Código Penal Brasileiro, e que ocorre sempre que o agente delitivo é surpreendido cometendo a infração penal ou quando já esgotou os atos de execução, tendo causado os resultados jurídicos e encontrando-se ainda no local da execução do fato ou nas proximidades do mesmo, de modo a indicar quem foi o autor do delito (MIRABETE, 2007, p. 375).

Uma segunda espécie de flagrante é o chamado *Flagrante Impróprio* (ou *Imperfeito* ou *Quase Flagrante*), que possui previsão legal no inciso III do artigo 303 do Código de Processo Penal. Aqui o agente executa a conduta criminosa ou ao menos dá início aos atos executórios e então foge do local do delito, fazendo com que haja uma perseguição por parte da vítima ou de terceiros contra o mesmo. Importante observar que o citado dispositivo legal ostenta certas



peculiaridades: a primeira delas é a necessidade de ocorrer uma situação que faça presumir que o agente é o autor da infração; a segunda é que deve haver uma perseguição e a mesma deve ser imediata e ininterrupta, não se considerando flagrante delito nos casos em que o autor da infração conseguir esconder-se por um longo período de tempo (NUCCI, 2009, p. 591).

Pontue-se que o próprio artigo 290, §1º, “a” e “b” do Código de Processo Penal prevê expressamente o que compreende como “perseguição” ao esclarecer o conceito como sendo quando um agente criminoso for perseguido logo após ser avistado; ou quando, após obter-se indícios ou informações fidedignas acerca do paradeiro do autor de um delito, transcorrer um breve ínterim entre a ciência da prática delitiva e o início da perseguição.

Merece destaque o chamado *Flagrante Presumido* (ficto ou assimilado), cuja consolidação perfaz-se no inciso IV do artigo 303 do Código de Processo Penal e que ocorre nos casos em que o agente é preso, logo após cometer uma infração, com “instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração”. Não é necessário que haja uma perseguição ao agente delito, exigindo-se apenas que o suspeito seja encontrado portando os instrumentos ou objetos do crime para que se possa presumir ser ele o autor do delito (TÁVORA e ALENCAR, 2016, p. 893).

Noutro giro, o chamado *Flagrante Preparado* (ou provocado) diz respeito aos casos em que um agente provocador instiga ou atua de modo a induzir outrem a cometer um delito para então prendê-lo (NUCCI, 2009, p. 593). Trata-se de um artifício arditoso, uma armadilha para prender em flagrante. Embora haja conceito firmado na doutrina, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de considerar esta espécie de flagrante como fato atípico na medida em que se pautaria em um caso de crime cuja consumação é impossível. Frise-se, inclusive, que a Corte Constitucional optou por consolidar seu precedente judicial por meio Súmula n. 145, cuja redação preceitua que “não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

O professor Fernando Capez (2016, p. 377) é firme ao cancelar o caráter temerário supracitada espécie de flagrante:

Trata-se de modalidade de crime impossível, pois, embora o meio empregado e o objeto material sejam idôneos, há um conjunto de circunstâncias previamente preparadas que eliminam totalmente a possibilidade da produção do resultado. Assim, podemos dizer que existe flagrante preparado ou provocado quando o agente, policial ou terceiro, conhecido como provocador, induz o autor à prática do crime, viciando a sua vontade, e, logo em seguida, o prende em flagrante.

Diferentemente do *Flagrante Preparado*, existe o chamado *Flagrante Esperado* cujo conteúdo consiste em uma postura estratégica da autoridade policial, que antecipa-se e supera o criminoso ao esperar que o mesmo cometa o ilícito e, assim, possa prendê-lo em flagrante delito. Não ocorre qualquer postura ativa da autoridade policial, que limita-se a aguardar que o agente cometa o crime. A autoridade policial não detém certeza quanto ao local ou os desdobramentos da conduta do agente, de sorte que a consumação do crime é plenamente possível (CAPEZ, 2016, p. 378).

Destarte, o denominado *Flagrante Diferido* (ou retardado) possui previsão legal em sede do artigo 8º da Lei n. 12.850/2013<sup>2</sup>, popularmente chamada de Lei do Crime Organizado. A citada espécie de flagrante delito também encontra-se esposada na Lei n. 11.343/2006 (conhecida como Lei de Drogas) e a Lei n. 12.683/2012 (chamada de Lei de Lavagem de Dinheiro). Sendo assim, de modo sintético, pode-se afirmar que nessa espécie de flagrante a autoridade policial possui a discricionariedade de escolher o melhor momento para efetuar a prisão em flagrante, podendo optar por aguardar a ocasião mais oportuna no curso da investigação criminal ou da colheita da prova.

Os ensinamentos de TÁVORA e ALENCAR (2016, p. 896) estabelecem a diferença entre os flagrantes *Esperado* e *Diferido*, ao disciplinar que o flagrante esperado a autoridade policial aguarda o início dos atos executórios e, em seguida, obrigatoriamente efetiva a prisão, enquanto, no “diferido” a autoridade policial deixa de efetivar a prisão, ainda que presenciando a consumação do delito, com o fito de aguardar um momento mais estratégico para as investigações.

É válido citar a figura do *Flagrante Forjado*, uma espécie ilegal de prisão em flagrante a partir da qual se forja ou fabrica uma situação com o fim específico de incriminar o indivíduo. Trata-se de uma modalidade ardilosa praticada para prejuízo do incriminado.

Por fim, de modo a encerrar a vasta classificação doutrinária acerca das espécies de flagrantes, existem os chamados flagrantes *Obrigatório* e o *Facultativo*. O flagrante Obrigatório (ou compulsório) refere-se àqueles que são efetuados por autoridades policiais e seus agentes que são obrigadas por lei a dar cumprimento à prisão quando percebendo uma prática delitiva. Por outro lado, o flagrante *Facultativo* diz respeito à faculdade atribuída a qualquer do povo de prender aquele que for encontrado em flagrante delito num ato de exercício de cidadania ao pugnar-se pelo cumprimento das leis do país. Como o próprio nome diz: nos casos de *Flagrante*

---

<sup>2</sup> Art. 8. Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.

*Facultativo* o cidadão particular não tem o dever de efetuar a prisão, mas apenas a faculdade (NUCCI, 2009, p. 588).

É o que se tem a dispor no tocante às espécies de flagrante. Passa-se agora a análise dos sujeitos envolvidos no flagrante, dos procedimentos aos quais se disciplina a prisão em flagrante e as particularidades da prisão em flagrante no que concerne a determinados tipos de crime.

A despeito dos sujeitos envolvidos na prisão em flagrante, é sabido que em relação ao sujeito ativo, ou seja aquele que realiza a prisão, poderá ser qualquer pessoa do povo, bem como um eventual agente da força policial. Entretanto, quem efetua a prisão pode não ser aquele que apresenta o preso à autoridade para lavratura do auto de prisão em flagrante. Nesse caso, o responsável pela apresentação do preso será denominado de Condutor. Assim, no polo ativo poderemos encontrar duas figuras: o agente que efetua a prisão e também o condutor do preso.

Por outro lado, no que diz respeito ao polo passivo, que é ocupado por aqueles que são submetidos a prisão em flagrante, por regra qualquer pessoa poderá ocupa-lo, entretanto, existem exceções que merecem atenção dada a impossibilidade de as mesmas serem alvo de uma prisão em flagrante delito. De maneira bastante didática o doutrinador Julio Fabbrini Mirabete (2007, p. 381) cita como sendo impossibilitados de se submeterem a prisão em flagrante:

Não podem ser sujeitos passivos do flagrante os menores de 18 anos, que são inimputáveis (arts. 106 e 107 do Estatuto da Criança e Adolescente), os diplomatas estrangeiros, em decorrência de tratados e convenções internacionais (art. 1º, I), o Presidente da República (art. 86, §3º da CF), os deputados estaduais (art. 27, §1º, c/c art. 53, §1º da CF), os magistrados (art. 33, II da LON), os membros do Ministério Público (art. 40, III, da LONMP). [...] Não pode ser autuado em flagrante delito quem presta socorro à vítima de delito de trânsito (art. 301 da Lei n 9.503/97 – Código de Trânsito Brasileiro). Também não é autuado em flagrante o autor de fato considerado crime de menor potencial ofensivo quando, após a lavratura do termo circunstanciado, for imediatamente encaminhado ao Juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer (art. 69, parágrafo único, da lei nº 9.099/95, de 26-9-1995, que dispõe sobre Juizados especiais cíveis e criminais.

Vê-se, portanto, a considerável lista de hipóteses de insubmissão a prisão em flagrante delito. Todavia, deve-se observar que no caso dos membros do Congresso Nacional a prisão em flagrante somente poderá ocorrer nos casos de crime inafiançável, conforme preceitua o artigo 53, §2º da Magna Carta. Em casos de flagrante delito de crime inafiançável, a prisão do parlamentar deverá ser comunicada à respectiva Casa Legislativa a qual pertence para que a mesma resolva sobre a prisão no prazo de vinte e quatro horas, conforme reza o artigo 53, §2º da Lei Fundamental (TÁVORA e ALENCAR, 2016, p. 902).

Os Magistrados e Membros do Ministério Público, de forma análoga aos membros do Congresso Nacional, também só poderão ser presos em flagrante delito nos casos de crimes inafiançáveis, de sorte que a comunicação da prisão deverá ocorrer também no prazo de vinte e quatro horas endereçada ao Presidente do tribunal ou ao Procurador-Geral de Justiça, respectivamente.

Outra exceção à regra da prisão em flagrante de qualquer do povo é a do advogado. O artigo 7º, §3º da Lei n. 8.906/94, conhecida como Estatuto da Advocacia, prevê que “o advogado somente poderá ser preso em flagrante, por motivo de exercício da profissão, em caso de crime inafiançável, observado o disposto no inciso IV deste artigo”. O inciso IV a qual faz referência o dispositivo legal transcrito afirma que a prisão em flagrante de um advogado somente poderá ocorrer caso esteja presente um representante da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) sob pena de nulidade.

Insta ressaltar que nos casos de crimes de competência especial dos Juizados Especiais Criminais, o autor do fato será imediatamente encaminhado ou assumirá compromisso de ir ao Juizado após a lavratura do termo circunstanciado, porém, não se admitirá a prisão em flagrante do mesmo, tampouco será exigida fiança. No mesmo sentido ocorre nos casos de agentes autuados pela conduta prevista no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas), em sede do qual jamais se imporá prisão em flagrante, ainda que o agente se recuse a assumir o compromisso de comparecer ao Juizado determinado (CAPEZ, 2016, p. 380).

Postas tais considerações a respeito dos sujeitos envolvidos na prisão em flagrante, analisa-se agora o procedimento a ser observado pela espécie de prisão cautelar em estudo.

Por certo, deve-se conceituar o que compreende-se por *Autoridade Competente* para a lavratura do auto de prisão em flagrante.

Por regra, será competente para a lavratura do auto de prisão em flagrante a autoridade policial da circunscrição onde foi efetuada a prisão, conforme a redação do artigo 290 do Código de Processo Penal. Caso não haja autoridade no lugar onde foi efetuada a prisão, o capturado será apresentado à autoridade do lugar mais próximo, tal como prevê o artigo 308 do mesmo diploma legal (MIRABETE, 2007, p. 382).

Entretanto, não só à autoridade policial é atribuída a possibilidade de lavratura do auto de prisão em flagrante, havendo, inclusive, entendimento do Supremo Tribunal Federal estabelecido através da Súmula n. 397 que atribui competência para lavratura a Câmara dos Deputados e ao Senado Federal para os crimes cometidos no interior das respectivas Casas Legislativas. Dispõe o precedente judicial: “O poder de polícia da Câmara dos Deputados e do

Senado Federal, em caso de crime cometido nas suas dependências, compreende, consoante o regimento, a prisão em flagrante do acusado e a realização do inquérito”.

No que concerne ao procedimento ao qual se submete a prisão em flagrante delito, é cediço o desdobramento em quatro momentos. O primeiro deles ocorre com a captura do agente delitivo, oportunidade em que é dominado e levado até a autoridade para que proceda a lavratura do auto de prisão.

Após a captura, o agente é conduzido coercitivamente até a autoridade policial para que ocorra sua autuação. A terceira etapa é a da lavratura do auto de prisão em flagrante, que por sua vez desdobra-se em várias formalidades de observância obrigatória, sob pena de nulidade da prisão. Contudo, antes da lavratura do auto de prisão em flagrante, é necessário, por força do artigo 5º, LXIII da Lei Fundamental, que se comunique da prisão aos familiares do capturado ou outra pessoa por ele indicada. Do mesmo modo, exige-se a imediata comunicação da prisão ao órgão jurisdicional e ao Ministério Público, com base no artigo 306, caput, do Código de Processo Penal.

Não obstante, a legislação revela a obrigatoriedade de serem realizadas as seguintes etapas antes da lavratura do auto: a oitiva do condutor, ou seja, a pessoa responsável pela apresentação do capturado perante a autoridade policial. Durante a oitiva do condutor se reduzirá a termo as declarações, colher-se-á assinatura e será então entregue um recibo de entrega de preso que, por sua vez, funcionará como um comprovante que exime de responsabilidade o condutor visto que este já efetuou a entrega do preso (TÁVORA e ALENCAR, 2016, p. 910).

Em ato contínuo, deverá ser realizada a oitiva, respectivamente, das testemunhas – devendo ser mais de uma, de sorte que nada impede que o condutor atue como testemunha – além da vítima, se for possível a colheita de seu depoimento, e por fim o conduzido, conforme o artigo 304 do Código de Processo Penal, ocasião em que poderá fazer valer-se do direito constitucionalmente garantido ao silêncio (art. 5º, inciso LXIII da CRFB/88).

Após a colheita dos depoimentos, a autoridade competente poderá lavrar o auto de prisão em flagrante se convencido da autoria certa e materialidade delitiva. Todavia, caso entenda que não há substrato legal suficiente, deverá relaxar a prisão em flagrante, liberando o conduzido (NUCCI, 2009, p. 596-597).

Lavrado o auto de prisão em flagrante, o mesmo será imediatamente remetido a autoridade judiciária para a devida análise. De acordo com artigo 310 do Código de Processo Penal, o magistrado poderá tomar uma das seguintes providências ao receber o Auto de Prisão: “I - relaxar a prisão ilegal; ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva [...], e se

revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança”

O conduzido não será mantido preso quando for possível a concessão de fiança pela autoridade policial. Caso a autoridade policial não possa arbitrar de pronto a fiança, deverá remeter os autos ao órgão jurisdicional competente no prazo impróprio de vinte e quatro horas, conforme reza o artigo 304, §1º do Código de Processo Penal. Se requerida a fiança ao Magistrado, este terá o prazo de quarente e oito horas para decidir, sem precisar de prévia oitiva do Ministério Público.

Visando dar cumprimento a previsão constitucional constante no artigo 5º, inciso LXIV, segundo a qual deverá o preso ser comunicado acerca da identidade dos responsáveis pela sua prisão, será expedida a chamada *Nota de Culpa* onde constará os nomes dos condutores do preso, as testemunhas e a vítima, de modo que deverá estar devidamente assinada pela autoridade policial, conforme previsto no artigo 306, §3º do Código de Processo Penal (MIRABETE, 2007, p. 388).

Por fim, é impreterível observar o recente e louvável instituto surgido no direito processual penal pátrio, a saber, a denominada Audiência de Custódia. Trata-se de uma inovação que estipula o dever de apresentação do preso perante juiz no prazo de vinte e quatro horas contados da sua detenção. Nesta oportunidade, perante o magistrado, se procederá a inquirição do preso, bem como a averiguação do preenchimento dos requisitos legais para a prisão. Sua origem decorre do artigo 7º do Pacto de São José da Costa Rica, cujo qual o Brasil é signatário.

Por certo, a referida inovação teve papel fundamental na asseguuração dos direitos fundamentais do indivíduo preso, de modo a coibir práticas arbitrárias, bem como o encarceramento prolongado com base apenas na prisão em flagrante.

#### 2.4.2 Prisão preventiva

A prisão preventiva pode comportar dois sentidos: um sentido amplo e outro estrito. Em seu sentido amplo, designa toda e qualquer custódia ocorrida antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. Por outro lado, em sentido estrito, é uma das espécies de prisão provisória prevista no ordenamento jurídico pátrio e, de forma incontestada, uma das mais utilizadas no processo penal brasileiro. Trata-se de uma medida cautelar, que pressupõe a privação da liberdade do suposto autor do crime e cuja decretação poderá ocorrer tanto na fase

do inquérito policial quanto na fase de instrução criminal, desde que existindo pressupostos legais para tanto (MIRABETE, 2007, p. 389).

Sua decretação exige que seja veiculada por meio de decisão escrita e fundamentada expedida por autoridade judiciária competente, conforme apregoa o artigo 5º, inciso LXI da Carta Magna.

O autor Fernando da Costa Tourinho Filho (2012, p. 546) define sua compreensão a respeito do conceito da prisão provisória e tece breves críticas ao instituto:

Prisão preventiva e espécie do gênero “prisão cautelar de natureza processual”. Em rigor, toda prisão que anteceda a uma condenação definitiva e preventiva. Melhor seria a denominação “prisão provisória”, a semelhança do Direito francês, mesmo porque sempre se entendeu que a prisão preventiva pressupunha, como pressupõe, a presença de uma das circunstâncias referidas no art. 312 do CPP e, desse modo, só poderá ser decretada presente uma daquelas circunstâncias que, malgrado sejam quatro, deveriam e devem ser apenas duas — preservar a instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal.

O jurista Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 602) chancela sua compreensão a respeito do conceito do instituto em análise:

Trata-se de uma medida cautelar de constrição à liberdade do indiciado ou réu, por razões de necessidade, respeitados os requisitos estabelecidos em lei. No ensinamento de Frederico Marques, possui quatro pressupostos: a) natureza da infração (alguns delitos não a admitem, como ocorre com os delitos culposos); b) probabilidade da condenação (*fumus boni juris*, ou seja, a “fumaça do bom direito”); c) perigo de demora (*periculum in mora*); e d) conrole jurisdicional prévio (Elementos de direito processual penal, v. 4, p. 58)

Conforme já tratado neste estudo, a prisão preventiva, de forma similar às demais espécies de prisão cautelar, ostenta dois pressupostos para sua decretação: o primeiro deles, o *fumus comissi delicti*, que constitui-se a partir da presença de prova da ocorrência do delito e também a existência de indícios de autoria delitiva. E o segundo pressuposto é o *periculum libertatis*, cujo conteúdo difere das demais espécies de prisão provisória haja vista ter sido fixado em lei requisitos específicos para a decretação da medida. Explicita-se a seguir cada um deles.

Além da presença de justa causa (indício de autoria e prova da materialidade), a decretação da prisão preventiva requer que se apresente um fator de risco que justifique a medida constritiva do direito de liberdade. Através da reforma no Código de Processo Penal implementada pela Lei n. 12.403/2011, o instituto da prisão preventiva sofreu modificações substanciais, de sorte que hoje o pressuposto do *periculum libertatis* foi revisto e obteve novos

contornos a partir da redação do artigo 312, *caput*, do Código de Processo Penal (TÁVORA e ALENCAR, 2016, p. 917).

Dentre os requisitos ensejadores da medida cautelar, o dispositivo legal supracitado estabelece que poderá ser decretada a prisão preventiva com base na “[...] garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”.

Passa-se à análise de cada um dos fundamentos da prisão preventiva.

O primeiro fundamento para a decretação é a chamada “*Garantia da Ordem Pública*”, que consiste em um conceito jurídico indeterminado, cuja delimitação conceitual é palco de divergência doutrinária. De modo geral, entende-se por “Garantia da Ordem Pública” a intenção de evitar que o agente criminoso torne a praticar delitos se mantido em liberdade. Ordem Pública diz respeito ao estado de paz social, de pacificação, ao passo em que a medida extrema visaria, portanto, garantir que não se ponha em risco a referida paz social.

Segundo ensina Julio Fabbrini Mirabete (2007, p. 391) a garantia da ordem pública possui uma outra dimensão, qual seja, a de que não destina-se a só evitar que o agente reincida em crimes, mas de também “acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão”.

O autor Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 605) delinea o conceito de garantia de ordem pública no seguinte sentido:

A garantia de ordem pública é a hipótese de interpretação mais ampla e insegura na avaliação da necessidade da prisão preventiva. Entende-se pela expressão a indispensabilidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao judiciário determinar o recolhimento do agente.  
A garantia da ordem pública deve ser visualizada pelo trinômio gravidade da infração + repercussão social + periculosidade do agente.

O segundo fundamento da prisão preventiva preposto no artigo 312 do Código de Processo Penal é “*Garantia da Ordem Econômica*”, que foi acrescido pela Lei n. 8.884/1994 (Lei Antitruste) buscando rechaçar práticas delitivas de abuso de poder econômico. O conceito jurídico acima descrito visa garantir que o agente delitivo não cause novo abalo em situação econômico-financeira de uma instituição financeira ou mesmo de órgão de Estado caso permaneça em liberdade (NUCCI, 2009, p. 607).



Como terceiro fundamento para a decretação da prisão preventiva está a “*Conveniência da instrução criminal*”. Aqui visa-se resguardar a instrução probatória, impedindo que o acusado suprima provas, comprometa a dilação probatória até mesmo por meio da ameaça de testemunhas. Assim, sempre que houver risco de interferência na instrução criminal, será hipótese de decretação da medida (CAPEZ, 2013, p. 394).

O professor Aury Lopes Jr. (2014, p. 608) tece ponderações salutares a respeito da prisão preventiva por decorrência da “conveniência da instrução criminal”, valendo salientar sua crítica para o termo “conveniência”, que atribui uma conotação de discricionariedade ao fundamento, o que não é consentâneo com o caráter excepcional da medida, conforme revela-se abaixo:

É empregada quando houver risco efetivo para a instrução, ou seja, “conveniência” é um termo aberto e relacionado com ampla discricionariedade, incompatível com o instituto da prisão preventiva, pautada pela excepcionalidade, necessidade e proporcionalidade, sendo, portanto, um último instrumento a ser utilizado. Feita essa ressalva, a prisão preventiva para tutela da prova é uma medida tipicamente cautelar, instrumental em relação ao (instrumento) processo. Aqui, o estado de liberdade do imputado coloca em risco a coleta da prova ou o normal desenvolvimento do processo, seja porque ele está destruindo documentos ou alterando o local do crime, seja porque está ameaçando, constringendo ou subornando testemunhas, vítimas ou peritos. Também se invoca esse fundamento quando o imputado ameaça ou intimida o juiz ou promotor do feito, tumultuando o regular andamento do processo.

Por fim, o quarto fundamento, “*Garantia da aplicação da lei penal*”, incumbe-se de abarcar as situações em que o acusado possa imprimir risco de evadir-se do distrito da culpa e assim eximir-se da eventual sanção penal que possa advir. Decerto, o risco de fuga deve ser patente, não sendo admissível deduzi-lo pela simples condição econômica do acusado ou pelo fato de o mesmo não ter se apresentado para interrogatório judicial, posto que trata-se de uma faculdade do acusado o comparecimento (TÁVORA e ALENCAR, 2016, p. 919).

Neste sentido, ensina Eugênio Pacelli (2014, p. 554):

A prisão preventiva, para assegurar a aplicação da lei penal, contempla as hipóteses em que haja risco real de fuga do acusado e, assim, risco de não aplicação da lei na hipótese de decisão condenatória. É bom ver, porém, que semelhante modalidade de prisão há de se fundar em dados concretos da realidade, não podendo revelar-se fruto de mera especulação teórica dos agentes públicos, como ocorre com a simples alegação fundada na riqueza do réu.

Ademais, o legislador ordinário conferiu ao parágrafo único do artigo 312 do Código de Processo Penal a possibilidade da decretação da prisão preventiva sempre que, imposta uma medida cautelar diversa da prisão, a mesma for descumprida. Estabelece a redação do

dispositivo: “A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares [...]”.

O dispositivo acima descrito diz respeito a uma inovação trazida pelo legislador com o fito de reforçar o caráter subsidiário das prisões cautelares. Por regra, deve-se preservar o direito de liberdade do indivíduo, de modo a impor medidas cautelares menos gravosas em vez de determinar a aplicação imediata de uma medida tão gravosa como a prisão preventiva. O doutrinador Eugênio Pacelli (2014, p. 554-555) esclarece de forma cristalina o dispositivo constante no artigo 312, parágrafo único do Código Processual Penal Brasileiro:

Quando se tratar de descumprimento de medida cautelar, impõe-se o esclarecimento acerca da justificativa – ou não – para o desrespeito à obrigação cautelar, antes da decretação da prisão preventiva, salvo quando se tratar de risco evidente e manifesto à aplicação da lei ou à conveniência da instrução (e da investigação). Em princípio, o descumprimento injustificado da cautelar imposta insinua mesmo situação de maior risco à efetividade do processo.

Outrossim, no que concerne ao momento de aplicação da medida, prevê o artigo 311 do Código de Processo Penal que em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a “prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”. Vê-se, portanto, que em relação ao momento da decretação, esta poderá ocorrer tanto na fase do inquérito como na fase judicial, contudo, apenas nesta última fase poderá o magistrado decretá-la de ofício, não sendo possível a atuação *ex officio* no curso da investigação extrajudicial.

O pedido para a decretação, quando não formulado de ofício, será feito mediante representação da Autoridade Policial ou requerimento do Órgão Ministerial. O supracitado dispositivo legal também elenca as figuras do Querelante e do Assistente de Acusação como sendo legitimados a requerer. Portanto, é patente que a figura da prisão preventiva será admissível no caso de ação penal privada ou pública subsidiária (TÁVORA e ALENCAR, 2016, p. 924)

Não obstante, o legislador ordinário estabeleceu em sede do artigo 313 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) um rol de condições autorizativas para a decretação da prisão preventiva, cuja transcrição perfaz-se *in litteris* abaixo:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:  
I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

Em relação ao inciso I do artigo 313, a interpretação deverá ser literal. A prisão preventiva poderá ser decretada quando visar a apuração de crime doloso cuja pena máxima em abstrato for superior a quatro anos. Sendo assim, os crimes culposos e as contravenções acabam não comportando a medida cautelar extrema.

Por outro lado, o inciso II do mesmo artigo diz respeito aos casos em que o réu já houver sido condenado por crime doloso em outra ação penal com sentença transitada em julgado, contudo, no caso em concreto ainda tenha escoado o período de cinco anos de cumprimento ou extinção da pena pela primeira infração, ou seja, o chamado “período depurador”.

A respeito deste dispositivo, o doutrinador Fernando Capez (2016, p. 395) elucida que a prisão preventiva deverá ocorrer ainda que a pena máxima para o crime investigado seja inferior ou igual a quatro anos, desde que não tenha ocorrido a prescrição da reincidência, que opera-se quando havendo mais de cinco anos entre a extinção da pena anterior e a prática do novo delito.

Decerto, em relação ao inciso III do artigo 313 do CPP, sua redação deve-se à reforma legislativa promovida pela Lei nº 12.403/2011 que visou ressaltar o artigo 42 da Lei nº 11.340/2006 (conhecida como “Lei Maria da Penha”), com fulcro em dar maior efetividade às medidas protetivas previstas na referida lei. O legislador buscou não somente tutelar as situações de hipossuficiência das mulheres, mas da criança e adolescente, o idoso, o enfermo e a pessoa com deficiência, assegurando-lhes a implementação de medidas urgentes protetivas (TÁVORA e ALENCAR, 2016, p. 922).

Por fim, o parágrafo único do artigo 313 do CPP revela a possibilidade da prisão preventiva com o fim de realizar a qualificação de pessoa não identificada civilmente. Não raro poderá ocorrer casos em que haverá dúvida sobre a identidade civil da pessoa investigada, em especial por decorrência do não fornecimento elementos suficientes para esclarecê-la por parte do investigado. Essa hipótese de decretação requer extremíssima excepcionalidade, de modo que uma vez identificado o preso deverá ser imediatamente posto em liberdade.

Ademais, em caso de uma das hipóteses ensejadoras da decretação da prisão preventiva, a decisão que a decretar deverá estar devidamente fundamentada, conforme reza o artigo 315 do Código de Processo Penal. A exigência decorre do artigo 93, inciso IX da Lei Fundamental, que veicula o princípio da motivação das decisões judiciais. Assim, o magistrado vê-se compelido a indicar no mandado de prisão os fatos que se adequam às hipóteses de decretação, de modo que se a decisão não for devidamente fundamentada, estar-se-á diante de uma decisão inexistente, o que concorrerá para a ilegalidade da prisão (TÁVORA e ALENCAR, 2016, p. 925).

O doutrinador Julio Fabbrini Mirabete (2007, p. 395) ensina a necessidade de fundamentação da decisão que decreta a prisão preventiva:

Exige-se que a autoridade judiciária esclareça em seu despacho qual ou quais fundamentos existentes para a decretação da excepcional medida que é a custódia preventiva. Sem a exposição de fundamentos suficientes à determinação, em que se mencionem os mínimos requisitos exigidos pela lei, há constrangimento ilegal à liberdade de locomoção que enseja, por falta de fundamentação ou sua deficiência, o deferimento do pedido de *Habeas corpus*. O despacho deve conter, aliás, uma exposição fundada em dados concretos, não sendo bastante para legitimar a custódia a genérica referência aos autos, vagas alusões ao acusado ou suposições negativas quanto ao seu caráter pessoal, ou, ainda, se reduzir a mera transcrição dos dizeres legais.

Por outro lado, a manutenção da prisão preventiva rege-se pela cláusula *Rebus sic stantibus*, segundo a qual qualquer eventual alteração na situação fática implicará na revogação da medida cautelar. Assim, caso deixe de operar-se um dos pressupostos da prisão cautelar, deverá o magistrado determinar a revogação da medida, após oitiva do Ministério Público, sob pena de tornar a prisão ilegal. Buscando consolidar o princípio da *Provisionalidade* da prisão preventiva, o artigo 316 do Código de Processo Penal prevê que “o juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem” (MIRABETE, 2007, p. 396).

Por fim, é indispensável a observância da redação do artigo 314 do Código de Processo Penal ao anunciar a impossibilidade de decretação da prisão preventiva sempre que constar nos autos que o agente atuou sob o amparo de uma das excludentes de ilicitude constante no artigo 23 do Código Penal Brasileiro. De maneira ampliativa, TÁVORA e ALENCAR (2016, p. 927) defendem a extensão do impeditivo também para as chamadas excludentes de culpabilidade.

### 2.4.3 Prisão temporária

A Prisão Temporária foi instituída em nosso ordenamento a partir da Lei n. 7.960/1989 e consiste numa espécie de prisão provisória cabível exclusivamente na fase das investigações preliminares, ainda em sede inquisitorial. É dotada de prazo determinado e ostenta cabimento apenas em casos de crimes específicos previstos expressamente em lei.

Inicialmente, a Prisão Temporária era cabível exclusivamente em sede de inquérito Policial, contudo, a Lei n. 12.403/2011 ampliou o âmbito de abrangência da medida ao substituir o termo “Inquérito Policial” por “investigações”, não prescindindo mais da existência de uma investigação policial para sua decretação (FILHO, 2012, p. 533).

No que concerne a competência para requerer a medida, apenas através de representação da Autoridade Policial ou de requerimento do Ministério Público se poderá decretar a medida cautelar, jamais podendo o magistrado fazê-lo de ofício, conforme reza o artigo 2º da Lei n. 7.960/89 (TÁVORA e ALENCAR, 2016, p. 929).

O cabimento da Prisão Temporária está delimitado no artigo 1º da Lei n. 7.960/89, sendo que, além daqueles constantes no dispositivo legal, requer-se os tradicionais pressupostos genéricos de qualquer medida cautelar: a presença de *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*.

O inciso I do artigo 1º da Lei 7.960/89 aponta que será cabível a decretação da prisão temporária “quando imprescindível para as investigações do inquérito policial”. O dispositivo assevera que apenas em caso de extrema necessidade da prisão do investigado deverá ser tomada a medida. Neste sentido ensina Julio Fabbrini Mirabete (2007, p. 298) que “somente com a demonstração de que, sem a prisão, é impossível ou improvável que se leve a bom termo as investigações, com o esclarecimento dos fatos, é possível a decretação da prisão temporária”.

Outrossim, o inciso II do artigo 1º da Lei nº 7.960/89 estabelece a possibilidade de decretação da medida “quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade”. Este dispositivo destina-se a tutelar o risco de desaparecimento do infrator, visto que o mesmo não possui residência ou elementos capazes de o identificar (TÁVORA e ALENCAR, 2016, p. 931).

Finalizando o rol de hipóteses de cabimento da Prisão Temporária, o art. 1º, III da Lei n. 7.960/89<sup>3</sup> disciplina a possibilidade de decretação da medida em caso de cometimento de um

---

<sup>3</sup> Art. 1. [...] III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º); b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º); c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º); e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e

dos vários tipos penais previstos no dispositivo e, além disso, caso haja fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal

A doutrina diverge quanto a necessidade de serem os incisos do artigo 1º da Lei n. 7960/86 cumulativos ou não para a decretação da medida. A posição majoritária define que para a decretação da prisão temporária será obrigatório o preenchimento do inciso III, sendo o indivíduo investigado por um dos crimes constantes no rol, e, além disso, deverá haver no caso concreto a ocorrência alternativa do inciso I – necessidade da prisão para o curso das investigações – ou o inciso II – ausência de identificação do investigado ou falta de domicílio certo – do art. 1º da Lei de Prisão temporária.

Em relação ao prazo de duração da Prisão temporária, o artigo 2º da Lei 7.960/89 prevê que, por regra, a duração será de cinco dias, prorrogáveis por igual período. Contudo, em caso de crimes hediondos ou assemelhados, a duração da medida poderá chegar a trinta dias, também prorrogáveis por igual período. Vale ressaltar que o prazo da prisão temporária é somado ao prazo que a autoridade policial goza para concluir o inquérito policial, assim caso escoe o prazo definido em lei para finalizar o inquérito policial e sobrevenha uma decretação de prisão temporária, automaticamente prorroga-se o prazo de conclusão das investigações pelo mesmo período de duração da prisão (MIRABETE, 2007, p. 401).

No tocante ao processamento estabelece lei n. 7.960/89 que após a formulação do pedido de prisão temporária, o juiz terá o prazo de vinte e quatro horas para decidir a respeito. Em caso de decretação, expede-se mandado de prisão em duas vias, devendo ficar uma delas com o preso, cujo conteúdo indicará os direitos do acusado, motivos da prisão e os responsáveis pela prisão.

Com efeito, é assegurada a apresentação do preso a autoridade judicial para que preste esclarecimentos e seja submetido a Exame de corpo de delito, conforme prevê o §3º do artigo 2º da Lei n. 7.960/89.

Uma das mais notáveis inovações trazidas pela Lei n. 7.960/89 diz respeito à previsão de instalação no Poder Judiciário e Ministério Público de plantões judiciais para deliberar acerca de prisões temporárias; além disso, prevê em seu artigo 3º a necessidade de segregação do acautelado dos presos comuns (TÁVORA e ALENCAR, 2016, p. 936)

---

3º); f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); h) rapto violento (art. 219), e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único); i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285); l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas; n) tráfico de drogas; o) crimes contra o sistema financeiro; p) crimes previstos na Lei de Terrorismo.

Escoado o prazo da medida, o preso deverá ser imediatamente posto em liberdade, salvo se substituída a medida por uma prisão preventiva.

#### 2.4.4 Prisões provisórias decorrentes de decisão de pronúncia e de sentença condenatória recorrível

Com o advento da Lei n. 11.689/08, a prisão por decisão de pronúncia deixou de ter espaço no ordenamento jurídico. Antes da inovação legislativa era possível a decretação da prisão por decorrência de decisão de pronúncia – sendo esta uma decisão interlocutória mista que encerra a primeira fase do Tribunal do Júri, remetendo o feito para o Órgão colegiado de jurados – quando o acusado ostentasse maus antecedentes ou fosse reincidente. Por outro lado, admitia-se a liberdade provisória para aqueles que possuíssem bons antecedentes ou não fossem reincidentes, bem como nos casos de crimes afiançáveis (TÁVORA e ALENCAR, 2016, p. 936).

Com a alteração promovida, o artigo 413, §3º do Código de Processo Penal passou a determinar que o juiz decidirá “motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão na medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão [...]”. Vê-se, portanto, que no ordenamento ora vigente ao pronunciar o Réu o juiz poderá optar pela decretação ou manutenção da prisão preventiva ou, caso entenda correto, conceder a liberdade provisória. Deste modo, perdeu espaço na ordem jurídica pátria a prisão cautelar em destaque.

De forma semelhante, a prisão por sentença condenatória recorrível foi suprimida do ordenamento pátrio com o advento da Lei n. 11.719/08 que revogou o artigo 594 do Código de Processo Penal.

Antes da inovação legislativa, poderia ser decretada a prisão do Réu em caso de condenação em sentença nos casos em que o mesmo fosse reincidente ou ostentasse maus antecedentes. Do mesmo modo, poderia recorrer em liberdade o Réu condenado a crime afiançável ou para os casos em que viesse a se livrar solto, ou seja, caso fosse condenado por infração cuja pena máxima em abstrato não ultrapassasse a três meses (TÁVORA e ALENCAR, 2016, p. 937)

Com o advento da Lei n. 11.719/08 findou-se a possibilidade de prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, sendo alterado o artigo 387, §1º do CPP, que assevera a possibilidade do juiz decidir, fundamentadamente, ao proferir a sentença condenatória se o Réu

poderá ou não recorrer em liberdade. Assim, não mais incide a prisão provisória automática decorrente da sentença.

#### 2.4.5 Prisão domiciliar

A Prisão Domiciliar está prevista nos artigos 317 e 318 do Código de Processo Penal brasileiro, sendo admissível sempre que não for recomendada a prisão preventiva em cadeia pública ou prisão especial para acusados que ostentem condições especiais, quer seja no que toca sua saúde ou sua condição etária (TÁVORA e ALENCAR, 2016, p. 930).

Será aplicada de modo a substituir a prisão preventiva e deverá ser instrumentalizada por meio de decisão judicial fundamentada, na qual se ordenará o acautelamento exclusivo no domicílio do acusado, de modo que somente poderá sair daquele sítio se presente ordem judicial autorizativa, conforme reza o artigo 317 do CPP.

Transcreve-se abaixo *in litteris* o que reza o artigo 318 no que toca a esta espécie de medida cautelar:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV - gestante;

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

Válido ressaltar que, a despeito do rol constante no artigo supracitado, o Supremo Tribunal Federal tornou pacífico o entendimento de que não se trata de hipóteses taxativas aquelas constantes no bojo do artigo 318 do Código de Processo Penal, podendo, em determinadas situações e ao cotejo do caso concreto, ser decretada a prisão domiciliar quando a mesma for necessária, ainda que não esteja relacionada dentre as hipóteses traçadas no dispositivo.



### 3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A APLICAÇÃO DE PROVISÕES PROVISÓRIAS

Feitas as devidas considerações a respeito do instituto das prisões provisórias no que compete à esfera infraconstitucional, passa-se agora a análise do conteúdo principiológico existente na Constituição Federal de 1988 e seu reflexo nos ergástulos cautelares previstos no direito processual penal pátrio.

Inicialmente, deve-se atentar para o que significa “princípio”. O termo “princípio” teve sua origem a partir de um conceito matemático estabelecido na geometria, cujo sentido originário dizia respeito a uma verdade primeira (L.G CARVALHO, 2009). A partir disso, o Direito adotou tal preceito e passou a empregá-lo com outro sentido. Na doutrina clássica de José Afonso da Silva (2015, p. 93), o conceito de princípio consiste em “ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são [...] ‘núcleos de condensações’ nos quais confluem *valores e bens* constitucionais.”.

O professor Luis Gustavo Grandinetti C. de Carvalho (2009, p. 5) delimita o conceito de princípio como “ideias fundamentais que constituem arcabouço do ordenamento jurídico; são valores básicos da sociedade que podem, ou não, se constituir em normas jurídicas”.

Outrossim, resta pacificado na doutrina majoritária que os princípios somados às regras formam o conteúdo das normas jurídicas. A distinção entre “princípios” e “regras” está no grau de abstração que os primeiros ostentam, podendo ser amoldados de acordo com caso *in concreto*, bem como sopesados ou harmonizados quando confrontando-se dois ou mais princípios entre si.

De modo bastante didático, o doutrinador José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 19) estabelece um panorama de distinção entre as regras e princípios, cujo teor pode ser transplantado para todos os matizes do direito:

As normas jurídicas admitem classificação em duas categorias básicas: os princípios e as regras. As regras são operadas de modo disjuntivo, vale dizer, o conflito entre elas é dirimido no plano de validade: aplicáveis ambas a uma mesa situação, uma delas apenas a regulará, atribuindo-se à outro o caráter de nulidade. Os princípios, ao revés, não se excluem do ordenamento jurídico na hipótese de conflito: dotados que são de determinado *valor* ou *razão*, o conflito entre eles admite a adoção do critério da *ponderação de valores* (ou ponderação de interesses), vale dizer, deverá o intérprete averiguar a qual deles, na hipótese *sub examine*, será atribuído o grau de preponderância. Não há, porém, nulificação do princípio postergado, afastando-se o outro princípio em conflito.

Neste mesmo sentido, ensina o doutrinador Lucas Rocha Furtado (2013, p. 79), ao esclarecer a importância do maior grau de abstração nos princípios:

A importância dos princípios está no fato de que, em primeiro lugar, eles servem de parâmetro para a interpretação de todas as regras. Se determinado dispositivo legal ou regulamentar permitir mais de uma interpretação possível, deve-se optar por aquela que melhor realize os princípios.

Outra grande função dos princípios é a de apresentar soluções para questões não tratadas diretamente pelas regras. [...] Devido ao seu elevado nível de abstração, os princípios prestam-se a resolver questões e permitem que o administrador apresente soluções juridicamente fundamentadas. Se não existe regra que permita, por meio de sua aplicação direta, apresentar a solução jurídica para o problema real, o exame dos princípios gerais da Administração Pública sempre apresentará a solução.

Noutro giro, os princípios constitucionais positivados em nossa Lei Fundamental dividem-se em dois grupos: *princípios político-constitucionais* e *princípios jurídico-constitucionais*. Os “*político-constitucionais*” são aqueles que versam sobre a disciplina normativa das decisões políticas fundamentais, que são concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivado, ou seja, tem correlação com as decisões referentes à existência política da nação. *Verbi Gratia*, pode-se citar o artigos 1º a 4º da Magna Carta.

Com efeito, o segundo grupo, “*princípios jurídico-constitucionais*”, objeto do qual se debruçará o presente estudo, revelam-se postulados informadores da ordem jurídica interna posta. Englobam, doravante, toda sorte de normas fundamentais consignadas na Lei Magna, incluindo-se os direitos e garantias fundamentais (SILVA, 2015, p. 95).

Na visão do autor José Afonso da Silva (2015) os princípios jurídico-constitucionais podem se desdobrar nos chamados “*princípios-garantias*”, que, por sua vez, significam princípios constitucionais gerais dotados de maior densidade normativa e menor grau de abstração, de modo a permitir uma relação mais próxima das regras, e os direitos e garantias dos indivíduos – os chamados Direitos Fundamentais.

Os princípios-garantia estão, majoritariamente, alocados no artigo 5º da Magna Carta vigente. Sua origem remonta-se às teses jusnaturalistas, que vislumbravam um grupo de direitos individuais intangíveis – históricos, inalienáveis, imprescritíveis e irrenunciáveis – nascidos a partir das revoluções burguesas do século XVIII. Dizem respeito a pautas liberais conquistadas que puderam estabelecer limitações ao poder do Estado, sendo verdadeiros direitos negativos frente ao absolutismo estatal (FARIA, 2009).

Veja-se, portanto, os princípios positivos jurídico-constitucionais, especificamente os princípios-garantia (também reputados Direitos e garantais Fundamentais) presentes em nossa Lei Magna cujos conteúdos são pertinentes ao instituto da Prisão Provisória.

### 3.1 Garantias constitucionais: as formalidades da prisão; direitos da pessoa presa e o princípio do devido processo legal

#### 3.1.1 Princípios-garantia constitucionais e as formalidade das prisões

O primeiro princípio-garantia constitucional a ser abordado e que se apresenta, inclusive, como um dos mais notáveis direitos fundamentais individuais é o princípio da liberdade. O conceito de liberdade, por comportar inúmeras acepções conceituais, mostra-se demasiadamente amplo, contudo, merece destaque aquele apresentado pelo brilhante autor José Afonso da Silva (2015, p. 234), segundo o qual sustenta que a liberdade “consiste na ausência de toda coação *anormal, ilegítima e imoral*”. Em seguida, o indigitado doutrinador pontua que qualquer eventual inovação legislativa tendente à redução das liberdades individuais deve impreterivelmente apresentar-se através de uma lei normal, legítima e moral, de modo a ser acolhida por aqueles que por ela se verão vinculados.

As dimensões do direito de liberdade são variadas, entretanto, é imperativo concentrarem-se as análises sobre a liberdade atribuída aos indivíduos, com ênfase na liberdade de locomoção individual. O Constituinte estabeleceu no bojo do artigo 5º, *caput*, e incisos XV, LXI, LXV e LXVI da Lei Magna a previsão expressa ao princípio em estudo cuja transcrição se faz abaixo:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
 [...] XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;  
 [...] LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;  
 [...] LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;  
 LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança; (BRASIL, 1988)

As normas acima transcritas revelam peculiaridades acerca do princípio-garantia da liberdade. Constata-se que, por regra, é garantida a liberdade individual de locomoção em tempos de paz, o que significa dizer que será permitida a entrada, saída, permanência e deslocamento no território nacional sempre que havendo situação de normalidade.

Decerto, o constituinte originário buscou arrolar o direito à liberdade como um direito fundamental, e, além disso, tratou também de delimitar o âmbito de sua abrangência ao estabelecer hipóteses em que o cerceamento de tal princípio-garantia se fará legítimo, qual seja,

nos casos de: prisão em flagrante delito; por ordem judicial fundamentada e escrita – englobando aqui as prisões cautelares – excetuando-se os casos de transgressão ou crime militares fixados em lei.

É cediço que o direito individual de liberdade (de locomoção) consiste em uma norma de eficácia contida, de sorte que o poder legiferando poderá editar normas destinadas e restringi-lo, desde que não o sendo de forma arbitrária. É o caso das prisões cautelares, cuja previsão infraconstitucional disciplina sua devida aplicação, observando, em tese, preceitos, inclusive, de razoabilidade e proporcionalidade, haja vista que sua incidência requer a ocorrência de situação de excepcionalidade (MORAES, 2007, p. 117).

Doravante, em relação a tutela ao direito de liberdade pela Lei Fundamental, merece ser lembrado o remédio constitucional, por vezes conclamado “remédio heroico”, surgido a partir da *Magna Carta* de 1215, e atualmente responsável pela salvaguarda do direito de locomoção quando ameaçado por ilegalidade ou abuso de poder: o Habeas Corpus. A previsão constitucional do Habeas Corpus encontra-se no artigo 5º, inciso LXVIII<sup>4</sup> da CRFB/88, sendo que a interpretação deste dispositivo deve ser feita em consonância com o inciso LXV do mesmo artigo, devidamente citado acima. Isso pois o constituinte buscou garantir como direito fundamental a possibilidade de pleitear o rechaço a eventual violação do direito à liberdade por ilegalidades ou abusos, de sorte que, em se constatando tais afrontas, deve a providência judiciária ser imediata e apta a fazer cessar a lesão ou ameaça ao precioso direito (FARIA, 2009).

Conforme visto anteriormente, a decretação de uma prisão provisória requer o preenchimento de formalidades sem as quais estará a medida cautelar ou administrativa – no caso da prisão em flagrante – eivada de ilegalidade. Sendo assim, a Lei Magna ostenta um grupo de direitos fundamentais que devem ser respeitados no ato da execução da prisão, sendo tais direitos desdobramentos do chamado princípio da legalidade. Portanto, antes de iniciarmos a análise dos citados direitos, é necessário delinear o notável princípio da legalidade.

### 3.1.2 Princípio-garantia da legalidade

A redação do artigo 5º, inciso II da Carta Magna traz consigo a previsão do princípio da legalidade ao estabelecer que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Trata-se, novamente, de uma garantia constitucional de origem

---

<sup>4</sup> Art. 5. LXVIII- Conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder; (BRASIL, 1988)

decorrente das revoluções burguesas ocorridas a partir do século XVIII, cuja intenção originária era de estabelecer um freio aos arbítrios do Estado. De modo substancial preleciona Alexandre de Moraes (2007, p. 36) ao definir o princípio-garantia da legalidade:

Tal princípio (legalidade) visa combater o poder arbitrário do Estado. Só por meio das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo constitucional podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão da vontade geral. Com o primado soberano da lei, cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei.

Ante o conceito acima descrito, é salutar estabelecer a distinção entre o princípio da legalidade com um outro princípio de grande valia, o chamado princípio da Reserva legal. O primeiro estabelece que qualquer comando jurídico que buscar impor comportamentos a serem observados pelos indivíduos deve decorrer de norma elaborada através do devido processo legislativo. Por outro lado, o princípio da reserva legal é de menor abrangência que o primeiro, mas de maior densidade material, muito por conta do seu menor alcance. Prevê o princípio da Reserva legal que determinadas matérias deverão contar obrigatoriamente com regulamentação por intermédio de lei formal em sentido estrito.

A mestre José Afonso da Silva (2015, p. 425) leciona sabiamente a respeito da diferença entre os princípios-garantia supramencionados:

Em verdade, o problema das relações entre os princípios da legalidade e da reserva da lei resolve-se com base no Direito Constitucional positivo, à vista do poder que a Constituição outorga ao Poder Legislativo. Quando essa outorga consiste no poder amplo e geral sobre qualquer espécie de relações, como vimos antes, tem-se o princípio da legalidade. Quando a Constituição reserva conteúdo específico, caso a caso, à lei, encontramos-nos diante do princípio da reserva legal.

### 3.1.3 Princípios-garantia assegurados à pessoa presa

Compreendido o princípio da legalidade, passa-se ao estudo do plexo de princípios-garantias que permeiam os direitos das pessoas presas, cuja abordagem preliminar já foi feita anteriormente no primeiro capítulo deste estudo quando tratou-se da disciplina infraconstitucional das prisões cautelares. A Carta Magna estabelece os direitos fundamentais individuais atinentes à execução das prisões em sede dos incisos LVIII, LXII, LXIII e LXIV do artigo 5º. Sendo assim veja-se a redação dos dispositivos:

Art. 5º - [...] LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei;  
[...] LXII - 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;

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;  
 LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial; (BRASIL, 1988)

Inicialmente, no que tange ao inciso LVIII do artigo supratranscrito, o dispositivo faz alusão à possibilidade de identificação criminal da pessoa que já teve sua identificação civil devidamente realizada. De acordo com a norma, é vedada a submissão à identificação criminal – por meio de reconhecimento fotográfico ou datiloscópico – quando for possível a identificação civil. Entretanto, a referida garantia constitucional cede espaço nas hipóteses em que o legislador ordinário fixar em lei. Assim, percebe-se que há uma flexibilização na possibilidade do reconhecimento criminal ser realizado ainda que havendo identificação civil. Neste sentido, o legislador infraconstitucional já editou, primeiramente, a Lei n. 10.054/2000 e, posteriormente, a Lei n. 12.037/2009 ambas destinadas a regulamentar a matéria da identificação criminal excepcional já prevista na Lei Magna (CARVALHO, 2009).

De acordo com Luís G. Grandinetti C. de Carvalho (2009, p. 180) pode-se extrair a seguinte interpretação do inciso LVIII do artigo 5º da Lei Máxima:

O dispositivo constitucional em exame tem visível vinculação com outro princípio constitucional universalmente consagrado que é o da proporcionalidade, na dimensão de proibição de excessos. O que não for estritamente necessário para a identificação do indiciado não deve ser a ele imposto. Esse é o sentido da Constituição, no que tange à matéria examinada.

Em outros termos, satisfaz-se a Constituição com a identificação civil. E se a identidade civil for suficiente, impor-se qualquer outra forma de identificação ou de registro para fins de identificar é um excesso que precisa ser devidamente fundamentado.

Adiante, em que pese os incisos LXII e LXIV do artigo 5º da Lei Fundamental, ambos podem ser destrinchados em conjunto na medida em que percebido que versam sobre formalidades das prisões, incluindo-se as provisórias. De partida, o inciso LXII revela a garantia de comunicabilidade da prisão efetivada ao juízo competente, à família do preso ou à pessoa por ele indicada. Válido ressaltar que o dever de comunicar a prisão é uma obrigação decorrente da formalidade essencial ao auto de prisão em flagrante, de modo que em caso de inexistência da comunicação a medida estará eivada de nulidade e ilegalidade, devendo, portanto, ser imediatamente relaxada, conforme previsto no inciso LXV do artigo 5º da Magna Carta (NUCCI, 2009).

Outrossim, o inciso LXIV do artigo 5º, por sua vez, revela a necessidade de informar ao preso a identidade dos responsáveis pela sua prisão e por seu interrogatório em sede policial. A

instrumentalização da garantia constitucional se dá através da “Nota de Culpa”, cujas particularidades já foram abordadas neste trabalho. Em síntese, pode-se rememorar que a nota de culpa destina-se a demonstrar os responsáveis pela prisão e interrogatório do preso, de modo que este último deverá receber uma das vias do instrumento e opor assinatura no documento (BARROSO, 2016).

O último princípio-garantia referente às formalidades da prisão é o sediado no inciso LXIII do artigo 5º da Constituição Federal. O dispositivo prega a garantia de manutenção do silêncio da pessoa presa, assim como a possibilidade da mesma ser assistida familiar e juridicamente. Merece maior enfoque a norma indigitada pois desdobra-se em duas preciosas garantias constitucionais.

A princípio, o inciso LXIII do artigo 5º da CRFB/88 celebra a garantia ao preso de ser acompanhado pela família e também por um defensor eventualmente constituído durante a fase inquisitorial e judicial. Vê-se, portanto, que o dispositivo deve ter sua leitura feita concomitantemente à do inciso LXIV do mesmo artigo, haja vista que em um está previsto o dever de comunicação da prisão aos familiares e, neste último, há a previsão de acompanhamento do familiar a todo o momento desde a efetivação da prisão.

Por outro lado, a norma constitucional em tela resguarda o direito da pessoa presa ser acompanhada por defensor. Contudo, é importante frisar que, no que cinge a presença de defensor, o Supremo Tribunal Federal em sede de julgamento do RE nº 136.239/SP<sup>5</sup> firmou tese no sentido de informar que a garantia de presença do defensor não implica em dizer que deverá a Autoridade Policial nomear um para que, então, possa proceder a inquirição do preso em sede inquisitorial, mas sim que será facultado ao preso nomear defensor e que este, por sua vez, poderá se fazer presente para assistir ao preso durante o procedimento inquisitorial administrativo.

Noutro giro, a redação do inciso LXIII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 estabelece uma das pedras de toque do direito processual penal no Estado Democrático de Direito, qual seja, a previsão do direito ao silêncio, ou o doutrinariamente chamado “princípio da não-auto incriminação”, advindo do latim “*nemo tenetur se detegere*”.

O princípio da não-auto incriminação surge como contraposição ao processo penal inquisitorial da presente na Inglaterra do século XVII, cujas práticas recorrentes pela Igreja

---

<sup>5</sup> Julgamento de Recurso Extraordinário (RE) n. 136.239/SP – 1ª Turma. Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 07.04.1992. Transcrição da conclusão in litteris: “A Constituição do Brasil não impõe a autoridade policial o dever de nomear defensor técnico ao indiciado, especialmente quando da realização de seu interrogatório na fase inquisitiva do procedimento de investigação”.

Católica buscavam compelir a figura do acusado a uma confissão forçada. Diante dos diversos absurdos promovidos por esse sistema processual, viu-se a necessidade de instituir garantias aos acusados para que cessassem a nefasta prática de tortura para fins de autoincriminação, oportunidade em que nasce o chamado “*Privilege against self-incrimination*”. Posteriormente, o referido princípio foi positivado também na Constituição norte-americana (CARVALHO, p. 185, 2009).

No direito brasileiro, o princípio da não-auto incriminação somente foi contemplado como uma garantia constitucional no texto da Constituição Federal de 1988, embora tenha ocorrido menções em legislações infraconstitucionais anteriormente editadas. De modo bastante pontual são os ensinamentos de MENDES e BRANCO (2015, p. 791) sobre o tema:

As chamadas *Miranda rules* — hão de se aplicar desde quando o inquirido está em custódia ou de alguma outra forma se encontre significativamente privado de sua liberdade de ação [...]. Antes do advento do texto constitucional de 1988, o tema era tratado entre nós no âmbito do devido processo legal, do princípio da não culpabilidade e do processo acusatório.

Agora, diante da cláusula explícita acima referida, compete ao intérprete precisar o significado da decisão do constituinte para a ordem constitucional como um todo. Titular do direito é não só o preso, mas também qualquer acusado ou denunciado no processo penal.

No que versa acerca da disciplina infraconstitucional, a matéria encontra respaldo no artigo 186<sup>6</sup> do Código de Processo Penal. Portanto, percebe-se que o direito ao silêncio constitui uma garantia às pessoas físicas e jurídicas de não produzir provas contra si próprios, posto que é uma necessidade inerente ao ser humano a tendência de buscar escusar-se das acusações. Além disso, o princípio em análise reestrutura o ônus da prova no processo penal, passando a ser incumbência do Estado demonstrar o dolo e a culpa do acusado. Válido asseverar que, embora o texto constitucional preveja apenas o direito de permanecer calado, a garantia constitucional vai além e alcança, inclusive, as ações verbais ou físicas – *verbi gratia*, participar de reconstituição de crime; negar-se a fornecer padrão grafotécnico ou vocal – que possam, direta ou indiretamente, concorrer para lesão ao direito de defesa do preso ou acusado (SOUZA, 2013).

Indispensável consignar que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de declarar que o direito ao silêncio constitui verdadeiro direito público subjetivo no julgamento

---

<sup>6</sup> Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.



do HC 68-742-3/DF<sup>7</sup>, de sorte que, por gozar de tal natureza jurídica, é inadmissível a interpretação prejudicial ao preso. Por fim, encerrando os princípios-garantia atinentes aos direitos da pessoa presa, deve-se salientar que o princípio-garantia da não-auto incriminação impera tanto na fase inquisitorial administrativa perante Autoridade Policial, quanto na fase judicial, sujeita ao contraditório (CARVALHO, 2009, p. 186).

### 3.1.4 Princípios-garantia do devido processo legal e seus desdobramentos

O princípio-garantia do Devido Processo Legal perfaz-se irradiante para todos os demais que serão abordados em seguida. Sua origem, assim como o princípio-garantia da legalidade, advém da Magna Carta inglesa de 1215, alocado no artigo 39 da referida ordenação. A previsão originária dispunha o conceito de *Law of the land*, ou “lei da terra”, que pressupunha que toda e qualquer restrição de direitos naturais somente poderia ocorrer se autorizadas pelos costumes e na forma que os mesmos previssem, ou seja, de acordo com o *common law* (CARVALHO, 2009, p. 139).

Posteriormente, o princípio indigitado passou por reformulações, de sorte que no ano de 1354, ainda sob a vanguarda do direito inglês, o Parlamento do país editou uma lei que fez menção expressa, pela primeira vez, ao conceito de *Due Process of law*, portanto, a expressão na língua saxã para o princípio em análise no direito brasileiro.

Ao longo do século XVIII, com o advento da Constituição norte-americana, o princípio do devido processo legal, ou *due process of law*, foi redesenhado a partir de profunda influência da doutrina jurídica, de modo que seu alcance foi alargado e passou a abranger, inclusive, questões atinentes a atividade legislativa. Neste sentido ensina Luis G. Grandinetti Castanho de Carvalho (2009, p. 140):

Foi justamente nos Estados Unidos que o devido processo legal atingiu o ápice de sua elaboração doutrinária e jurisprudencial. A par de seu significado processual, como expressão de um processo estritamente legal e quem se dão às partes as oportunidades amplas de alegar e de provar, desenvolveu a jurisprudência americana uma invejável teorização a respeito de um sentido substantivo do princípio – *substantive due process* – que o retirou de suas amarras puramente processuais.

Nesse sentido, os tribunais americanos aplicaram o devido processo legal para examinar a razoabilidade e racionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público a ponto de impedir sua vigência se evidenciada qualquer arbitrariedade, ou seja, quando não forem consentâneos com o *law of the land* ou com o *substantive due process*.

<sup>7</sup> STF, HC 68.742-3/DF, Pleno, 1991, Min. Octávio Gallotti, voto concorrente do Min. Celso de Mello.

No direito pátrio, a garantia ao devido processo legal encontra amparo no artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal cuja redação estatui que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Modernamente, o princípio-garantia do devido processo legal diz respeito a uma dupla tutela de direitos individuais, posto que, em uma dimensão busca garantir materialmente as liberdades individuais e noutra visa formalmente assegurar paridade de forças aos indivíduos ao fixar condições mínimas para que possa opor-se a pretensão persecutória do Estado (MORAES, 2007, p. 95).

Com efeito, é necessário frisar uma peculiaridade do princípio em cotejo quando contrastado com os demais, qual seja: o devido processo legal é um verdadeiro “supraprincípio”, haja vista que atua como um sustentáculo para todo um plexo de outros princípios que funcionam como direitos e garantias individuais protetivos, dentre eles: o da vedação de provas ilícitas; do Juiz Natural; da Inafastabilidade da jurisdição; da garantia a Instrução penal contraditória e com ampla defesa; da Razoável duração do processo; da Publicidade; da Motivação e além de outros tantos, conforme demonstraremos adiante (MENDES e BRANCO, 2015, p. 752).

Neste mesmo sentido, ensina Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 113) ao frisar que: “é pacífico o entendimento de que o devido processo legal funciona como um supraprincípio, um princípio-base, norteador de todos os demais que devem ser observados no processo”.

Outrossim, a acepção moderna do conceito de “devido processo legal” vai além da mera garantia aos indivíduos de um processo que siga ritos e obedeça formalidades. Atualmente, a doutrina assevera o desdobramento deste princípio em duas dimensões: o devido processo legal substantivo (*substantive due process*) e o devido processo legal formal (*procedural due process*). Em relação ao substantivo, trata-se uma diretriz destinada ao processo de elaboração e interpretação de normas jurídicas, cuja finalidade precípua é evitar que haja uma atividade legislativa desarrazoada ou abusiva, bem como a aplicação de tais normas malfazejas e abusivas em casos concretos. Portanto, no que se refere a dimensão substantiva, seus destinatários não são somente as partes envolvidas na relação processual, mas também o Poder Público. Com louvor preleciona MENDES e BRANCO (2015, p. 751) que disciplina a respeito da dimensão substancial do princípio do devido processo legal:

Nesse sentido, o princípio do devido processo legal possui um âmbito de proteção alargado, que exige o *fair trial* não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo o aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgãos, públicos e

privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções qualificadas, constitucionalmente, como essenciais à justiça.

No tocante à dimensão do devido processo legal formal (advindo do inglês “*procedural due process*”), a aplicação do princípio-garantia é dirigida ao processo em si, uma vez que busca vincular o magistrado a observar todos os princípios processuais no curso da marcha processual (NEVES, 2016, p. 115). Portanto, é nessa dimensão do princípio do devido processo legal que originam-se diversos princípios constitucionais atinentes ao processo penal e, assim sendo, também reflexivos sobre o estamento legal que disciplina as prisões cautelares.

Elucida GRINOVER, CINTRA e DINAMARCO (2015, p. 107) o exato conteúdo da garantia ao devido processo legal no tocante a sua abordagem formal:

Em sua perspectiva processual (*procedural due process*) é entendido como o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. São garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição.

Ademais, um dos mais notáveis desdobramentos do princípio do devido processo legal é o doutrinariamente chamado princípio da “Vedação de provas ilícitas” ou “inadmissibilidade de utilização de provas ilícitas”. A previsão constitucional para o citado princípio-garantia repousa no artigo 5º, inciso LVI com a seguinte redação: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. No âmbito infraconstitucional, o Código de Processo Penal também buscou consignar a previsão expressa ao princípio-garantia da vedação à prova ilícita em seu artigo 157<sup>8</sup>, *caput*, onde reproduz norma de redação semelhante à retrocitada.

Embora a norma constitucional seja dotada de certa clareza e possa, aparentemente, implicar num juízo de pouca abstração, recai sobre o termo “ilícito” a obscuridade que cerca a matéria. O termo “ilícito”, oriundo do latim “*illicitus*”, possui dois significados: o primeiro refere-se ao que é proibido por lei e o segundo, de caráter mais amplo, versa sobre tudo aquilo que é contrário à moral, aos bons costumes e aos princípios gerais do direito. No tocante ao princípio constitucional em análise, merece acolhimento o segundo significado, de maior amplitude (NUCCI, 2009, p. 87).

---

<sup>8</sup> Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

Decerto, a doutrina majoritária destriça o conceito “provas ilícitas” em duas espécies: as provas ilícitas em sentido estrito e as provas ilegítimas. As provas ilícitas em sentido estrito dizem respeito a toda produção probatória que surja mediante violação ao direito material positivado. Nesse caso, a forma de obtenção da prova será ilícita, visto que viola frontalmente o direito positivo.

Na outra ponta encontra-se as provas ilegítimas, cujo conteúdo refere-se às provas produzidas em afronta ao direito processual, ou seja, a forma de introdução das provas ao processo ou até o modo de sua produção é vedada pela legislação (CARVALHO, 2009, p. 95).

Entretanto, faz-se mister pontuar a dissonância doutrinária promovida por Alexandre de Moraes (*Direito Constitucional*, 2007) ao apresentar opinião divergente no que diz respeito ao termo “provas ilícitas”. Segundo o doutrinador, “provas ilícitas” são uma das espécies de provas ilegais o que, de modo sucinto, significaria dizer que essa espécie – “provas ilícitas” – é aquela que afronta o direito material, enquanto, por outro lado, as provas ilegítimas seriam as que diverjam com a lei processual. Não obstante, assevera o autor que ambas são espécies de um mesmo gênero, qual seja, o das *provas ilegais*. Portanto, na visão do autor, o dispositivo constitucional faz menção apenas às provas ilícitas, restando excluídas da vedação constitucional as provas produzidas em desacordo com a lei processual.

Outrossim, o princípio-garantia da vedação à prova ilícita tem relevante papel na salvaguarda das liberdades individuais, exercendo, inclusive, a função de coibir que o Estado possa exceder-se no curso da persecução penal. Neste sentido ensina Eugênio Pacelli (2014, p. 345):

Mais que uma afirmação de propósitos éticos no trato das questões do Direito, as aludidas normas, constitucional e legal, cumprem a função ainda mais relevante, particularmente no que diz respeito ao processo penal, a saber: a vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é responsável pela sua produção. Neste sentido, cumpre função eminentemente *pedagógica*, ao mesmo tempo em que tutela determinados valores reconhecidos pela ordem jurídica.

O Supremo Tribunal Federal ostenta consolidada jurisprudência no sentido de confirmar a relevância e preciosidade do princípio da vedação às provas ilícitas. Em sede de julgamento da AP 307-3-DF<sup>9</sup>, proferiu voto o Ministro Celso de Mello cuja menção merece destaque tendo em vista a riqueza doutrinária nele constante, senão veja-se:

<sup>9</sup> STF, Ação Penal 307-3-DF, Plenário, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU, 13 out. 1995; RTJ 162/03-340

A cláusula constitucional do *due process of law* - que se destina a garantir a pessoa do acusado contra ações eventualmente abusivas do Poder Público - tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas projeções concretizadoras mais expressivas, na medida em que o réu tem o impostergável direito de não ser denunciado, de não ser julgado e de não ser condenado com apoio em elementos instrutórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites impostos, pelo ordenamento jurídico, ao poder persecutório e ao poder investigatório do Estado. A absoluta invalidade da prova ilícita infirma-lhe, de modo radical, a eficácia demonstrativa dos fatos e eventos cuja realidade material ela pretende evidenciar. Trata-se de conseqüência que deriva, necessariamente, da garantia constitucional que tutela a situação jurídica dos acusados em juízo penal e que exclui, de modo peremptório, a possibilidade de uso, em sede processual, da prova - de qualquer prova - cuja ilicitude venha a ser reconhecida pelo Poder Judiciário.

A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. Prova ilícita, qualificando-se como providência instrutória repelida pelo ordenamento constitucional, apresenta-se destituída de qualquer grau, por mínimo que seja, de eficácia jurídica.

Em que pese à questão da admissibilidade das provas ilícitas, há divergência em sede doutrinária, uma vez que dela exsurtem diferentes correntes. A primeira a ser citada é a que defende o chamado sistema de inadmissibilidade das provas ilícitas. Em síntese, tal corrente advoga a impossibilidade de admitir a inserção no processo de provas produzidas com desrespeito ao direito positivo. A justificativa de tal corrente pauta-se na defesa da unidade do ordenamento jurídico, de modo que se uma prova é produzida em afronta quer seja ao direito material ou ao processual a mesma será imprestável e deve ser descartada. É a corrente adotada pelo ordenamento constitucional pátrio.

Não obstante, o chamado sistema de inadmissibilidade das provas ilícitas conta com correntes doutrinárias diversas, de modo que o juízo de inadmitir provas violadoras do direito não é um dogma jurídico. Uma das mais notáveis bases teóricas que sustentam o sistema da inadmissibilidade das provas ilícitas paira sobre a chamada “Teoria da árvore envenenada” (do inglês *“fruits of the poisonous tree”* ou “Teoria da Prova Ilícita por derivação”), surgida na jurisprudência norte-americana em sede do caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States* (1920).

Originalmente, a chamada Teoria da Árvore Proibida tinha por escopo considerar imprestável toda e qualquer evidência decorrente direta ou indiretamente de uma prova obtida de modo ilícito (CARVALHO, 2009, p. 100). A teoria indigitada sofreu mitigações na própria jurisprudência norte-americana, sendo ao todo três modificações construídas a partir de volumosa base doutrinária. A primeira é denominada de *“The independent source limitation”* – em português “Teoria da Prova absolutamente independente” –, a qual preceitua que não se considerará ilícita e imprestável a prova constante nos autos do processo que seja totalmente

independente da prova ilícita produzida. Neste diapasão, prelecionam os autores TÁVORA e ALENCAR (2016):

A prova absolutamente independente, ou limitação da fonte independente (independent source limitation), não seria propriamente uma exceção aos efeitos da teoria dos frutos da árvore envenenada, e sim uma teoria coexistente, permitindo justamente a devida integração, partindo-se do pressuposto de que, não havendo vínculo entre as provas, não há de se falar em reflexos irradiando contaminação àquelas provas que não derivaram da ilícita.

A segunda mitigação é a chamada teoria “*The inevitable discovery*” – em português: “Descoberta inevitável” –, que preceitua, em síntese, que não será descartada a prova que, ainda que produzida de forma ilícita, poderia ter sido inevitavelmente produzida por meios lícitos em outro momento. E, por fim, a terceira mitigação é a dita “*The purged taint limitation*” – ou “teoria da tinta diluída” –, cujo conteúdo indica que a ilicitude da prova poderá ser afastada se sobrevier intervenção de um ato independente (CARVALHO, 2009, p. 101). Em relação a última corrente citada, não se aplicará a “Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada” se “o nexo causal entre a prova ilícita originária e a derivada forem atenuados em virtude de causas supervenientes no curso do processo ou por decurso do tempo” (BOAVENTURA, 2017).

Importante consignar que a chamada “Teoria da tinta diluída” ainda não foi acolhida pela maioria da doutrina brasileira, tampouco pelos tribunais pátrios.

Decerto, em relação à chamada “Teoria da Árvore dos frutos venenosos”, faz-se imperativo pontuar que a legislação infraconstitucional brasileira acolheu duas das mitigações a ela incidentes, a saber as teorias da “*Prova absolutamente independente*” e “*Descoberta Inevitável*”, cujas previsões encontram-se, respectivamente, no art. 157, §§1º e 2º do Código de Processo Penal<sup>10</sup>.

Feitas as considerações a respeito do sistema de inadmissibilidade de provas ilícitas, deve-se averiguar as correntes doutrinárias a ele divergentes. A princípio, deve ser rememorada a corrente doutrinária pautada na expressão *male captum, bene retentum* (em português “mal colhida, mas bem conservada”) que estabelece que a prova ilícita é admissível e não deve ser retirada do processo de imediato. A corrente milita a favor da tese de que as provas ilícitas não devem ser expurgadas de plano dos autos do processo, mas sim serem declaradas nulas ao final

---

<sup>10</sup> Art. 157 [...] § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras; § 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

do rito processual e, em seguida, ser responsabilizado penal, civil e administrativamente aquele que produziu a prova ilícita (CARVALHO, 2009, p. 101).

Noutro giro, além das correntes doutrinárias acima fixadas, vem ganhando espaço entre os juristas pátrios a corrente doutrinária chamada “*Teoria da Proporcionalidade*”, nascida no direito alemão – também chamada “*Teoria da Razoabilidade*” ou “*Teoria do interesse predominante*” – cuja peculiaridade é buscar fazer um contraponto entre as teorias da inadmissibilidade e da admissibilidade das provas ilícitas ao buscar equilibrar direitos individuais e interesses da sociedade (NUCCI, 2009, p. 89)

A “*Teoria da Proporcionalidade*” defende que, em casos excepcionais e buscando corrigir distorções, deve-se admitir provas produzidas de forma ilícita, posto que nenhuma liberdade pública tem natureza absoluta. Sendo assim, em casos extremos, onde o direito à liberdade se mostrar com maior urgência de tutela que as demais liberdades individuais, deve-se priorizá-lo ainda que seja mediante uso de provas ilícitas (MORAES, 2007, p. 100).

Outrossim, a referida teoria vem ganhando espaço na jurisprudência pátria, entretanto, o âmbito de sua aplicabilidade limita-se em favorecer a figura do Réu. Portanto, caso o Réu ou o acautelado possua como meio de prova de sua inocência única e exclusiva prova cuja origem é ilícita, deve-se afastar o sistema de inadmissibilidade da prova ilícita e acatar a prova produzida, posto que, nesses casos, estaria o Réu agindo sob a salvaguarda das excludentes de ilicitude da legítima defesa, do estado de necessidade e a excludente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta adversa. Este é o posicionamento de MENDES e BRANCO (2015, p. 755):

A regra da inadmissibilidade de provas ilícitas não deve preponderar quando possa suprimir o exercício da ampla defesa pelo acusado, sob pena de se produzir um verdadeiro paradoxo: a violação ao devido processo legal (ampla defesa) com o fundamento de proteção do próprio devido processo legal (inadmissibilidade de provas ilícitas). Ressalte-se, nesse contexto, que, em alguns casos, a prova ilícita poderá ser produzida pelo próprio interessado, como único meio de sustentar sua inocência, configurando, dessa forma, o estado de necessidade, que exclui a ilicitude do ato.

Conforme já explicitado anteriormente, a legislação infraconstitucional foi enfática em determinar qual diretriz deverá ser adotada ao complementar a norma insculpida no artigo 5º, inciso LIV da CRFB/88. O artigo 157 do Código de Processo Penal e seus parágrafos chancela a aplicação do sistema de inadmissibilidade das provas ilícitas, de sorte que, em havendo provas ilícitas na persecução criminal, as mesmas deverão ser imediatamente “desentranhadas” dos autos.

Finalizada a abordagem do primeiro desdobramento do princípio-garantia do devido processo legal – a saber, o princípio da vedação à provas ilícitas no processo – merecem atenção três princípios cuja interlocução e observância constante são forçosas no âmbito do processo penal e, por conseguinte, na aplicação de medidas cautelares restritivas do direito de liberdade. São eles os doutrinariamente chamados princípios do “Juiz Natural”, “Da Proibição de Tribunal de Exceção” e da “inafastabilidade da jurisdição”.

O primeiro, o princípio do Juiz Natural, está previsto no inciso LIII do artigo 5º da Constituição Federal<sup>11</sup> vigente. O referido mandamento tem por escopo assegurar às partes, no âmbito da relação processual, que será designado juiz imparcial e previamente determinado de acordo com a definição da lei e conforme as definições constitucionais (NUCCI, 2009, p. 85).

A citada garantia constitucional evita que ocorram os chamados tribunais de exceção, que consistem na formação de órgãos jurisdicionais instituídos após a ocorrência de determinado caso ou crime e que, em seguida, passam a conduzir a ação levando em conta particularidades das partes envolvidas, sempre se distanciando de critérios legais previamente estabelecidos, sendo, portanto, o trâmite processual evitado de parcialidade. A Lei Maior brasileira mostra-se bastante enfática e cristalina ao rechaçar a ocorrência dos “Tribunais de Exceção”, posto que destinou o constituinte originário ao inciso XXXVII do artigo 5º o dever consignar a vedação, ao estabelecer que “*não haverá juízo ou tribunal de exceção*”.

Decerto, a matriz conceitual do termo “Juiz Natural” diz respeito ao julgamento imparcial, procedido por agente público que seja regular e legitimamente investido nos poderes da jurisdição, dotados de garantias típicas do cargo da judicatura e que decida conforme as normas de competência previamente fixadas. Em síntese, pode-se arrematar que juiz natural, no âmbito constitucional, aponta para a ideia de imparcialidade, neutralidade e distância das partes (MENDES e BRANCO, 2015, p. 670).

O jurista Alexandre de Moraes (2007, p. 77) elucida a dimensão do princípio-garantia em foco:

O juiz natural é somente aquele integrado no Poder Judiciário, com todas as garantias institucionais e pessoas previstas na Constituição Federal. [...] O referido princípio deve ser interpretado em sua plenitude, de forma a proibir-se, não só a criação de tribunais ou juízos de exceção, mas também o respeito absoluto às regras objetivas de determinação de competência, para que não seja afetada a independência e imparcialidade do órgão julgado.

---

<sup>11</sup> Art. 5º. LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;



Por fim, encerrando a tríade de princípios-garantia atinentes à devida prestação da atividade jurisdicional, destaca-se o chamado princípio-garantia da “Inafastabilidade da jurisdição”, que também é apontado pela doutrina como “Direito de Ação”. Sua previsão constitucional repousa no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, cuja redação ostenta o seguinte teor: “a lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. O dispositivo em tela garante aos jurisdicionados que caso optem por instar o Poder Judiciário para apreciar lesão ou ameaça a direito, este não se eximirá ou declinará de seu dever de prestar a tutela jurisdicional aos que a requerem, desde que, por óbvio, haja plausibilidade no pleito (MORAES, 2007, p. 73).

Além da dimensão de assegurar o acesso ao Poder Judiciário, o princípio-garantia da Inafastabilidade da Jurisdição preceitua não somente garantir que haja acesso formal ao sistema de justiça, mas sim, que se buscará promover meios pelos quais o jurisdicionado poderá acionar o Poder Judiciário. Neste sentido, é desdobramento natural do referido princípio-garantia a necessidade de “assistência judiciária”, que perfaz-se, inclusive, por meio da garantia de uma assistência judiciária gratuita, instrumentalizada a partir das Defensorias Públicas, para aqueles que padecem de recursos financeiros para arcar com as custas processuais.

Com efeito, garantia à “Assistência Judiciária”, como desdobramento natural do princípio-garantia da Inafastabilidade da Jurisdição, deve incidir não só na fase judicial, mas também na fase pré-processual ou inquisitorial, ocorrida durante a fase de Inquérito Policial e que, normalmente, costuma ser palco da maioria das decretações de prisões cautelares, razão pela qual urge-se pela presença de amparo jurídico ao acautelado (GRINOVER *et al*, 2015, p. 106).

Por outro lado, considera-se frontal violação ao princípio da Inafastabilidade da Jurisdição o condicionamento de esgotamento das instâncias administrativas para que, somente então, possa o jurisdicionado ter acesso à tutela jurisdicional. Trata-se da vedação a chamada “Jurisdição Condicionada” ou “Instância Administrativa de curso forçado”. Doravante, Alexandre de Moraes (2007, p. 73) esclarece o conteúdo desta dimensão do princípio-garantia sob enfoque:

Inexiste obrigatoriedade de esgotamento da instância administrativa para que a parte possa acessar o judiciário. A Constituição Federal de 1988, diferentemente da anterior, afastou a necessidade da chamada jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado, pois já decidiu pela inexigibilidade de exaurimento das vias administrativas para obter-se o provimento judicial, uma vez que excluiu a permissão, que a Emenda Constitucional nº 7 à Constituição anterior estabelecera, de que a lei condicionasse o ingresso em juízo à exaustão das vias administrativas, verdadeiro obstáculo ao princípio do livre acesso ao Poder Judiciário.

Ademais, passa-se agora à análise dos princípios-garantia do “Contraditório” e da “Ampla Defesa”, cuja relação biunívoca irradiam o ordenamento jurídico brasileiro e garantem aos jurisdicionados uma salvaguarda contra arbítrios praticados pelo Estado, especialmente ao longo da persecução penal, considerando o cada vez mais acentuado caráter punitivista com o qual se recobre o sistema de justiça brasileiro.

Os princípios-garantia do Contraditório e Ampla Defesa encontram abrigo no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988, que garante suas prevalências tanto no âmbito das instâncias judiciais quanto administrativas.

Em relação ao princípio do contraditório, entende-se que é a garantia de que toda e qualquer alegação fática ou prova produzida deverá ser confrontada pela parte contrária, devendo haver paridade de forças e equilíbrio entre as partes envolvidas na relação processual.

Não obstante, no que cinge às matérias de direito, o devido contraditório às mesmas variará de acordo com o que for alegado, merecendo ser providenciada imediatamente a contradição pela parte adversa nos casos em que se dispuser sobre matérias aptas a ensejar a extinção do relação processual. Se, porventura, não for a hipótese de extinção processual, não tratando-se de questão prejudicial, não é obrigatória a abertura de contraditório imediato, devendo aguardar a manifestação em momento oportuno (NUCCI, 2009, p. 84).

Em que pese à densidade normativa do princípio indigitado, elucida GRINOVER, CINTRA e DINAMARCO (2015, p.79) que compreende-se por garantia ao contraditório o seguinte:

O princípio do contraditório também indica a atuação de uma garantia fundamental de justiça: absolutamente inseparável da distribuição da justiça organizada, o princípio da audiência bilateral encontra expressão no brocardo romano *audiatur et altera pars*. [...] O juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes mas equidistante delas: ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra. Somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor suas razões, de apresentar suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz. Somente pela soma se dará a possibilidade de expor suas razões, de apresentar suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz. Somente pela soma da parcialidade das partes (uma representando a *tese* e a outra, a *antítese*) o juiz pode corporificar a *síntese*, em um processo dialético.

Complementarmente ao acima exposto, Aury Lopes Júnior (2015, p. 147) é assaz preciso ao delimitar o conteúdo do princípio-garantia do contraditório:

O contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação

(expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado [e da sociedade] em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas). É imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo. O ato de “contradizer” a suposta verdade afirmada na acusação (enquanto declaração petitória) é ato imprescindível para um mínimo de configuração acusatória do processo. O contraditório conduz ao direito de audiência e às alegações mútuas das partes na forma dialética.

No âmbito processual penal, a abrangência do princípio do contraditório é alargada, haja vista que não limita-se a garantir ao acusado apenas o direito de reagir à acusação formulada, mas vai além e assegura ao Réu ou o acautelado, mesmo que ainda que não tenha interesse em reagir às acusações contra si postas, a garantia da assistência técnico-jurídica ampla e satisfatória. Impera, doravante, a regra “*audiat altera pars*” que significa dizer que a parte deverá ser cientificada de todos os atos processuais praticados pelo órgão acusatório e pelo juízo e a eles poderá apresentar oposição.

Assim, no processo penal, é indispensável a asseguaração da ampla e satisfatória defesa técnica, exercida pelo advogado constituído ou defensor público, mas também o direito à autodefesa, que é a possibilidade do Réu ou acusado apresentar a sua versão dos fatos ao ser interrogado. Contudo, embora assegure-se o direito à autodefesa, é importante lembrar que este é um direito subjetivo do Réu que pode ou não exercê-lo, tendo em vista a garantia constitucional ao direito ao silêncio, já abordada neste trabalho (GRINOVER *et al*, 2015, p. 80).

Nesse sentido, o Código de Processo Penal estabelece a obrigatoriedade da constituição de defensor técnico ao acusado em sede do seu artigo 261<sup>12</sup> e, por outro lado, no bojo do artigo 497, inciso V<sup>13</sup> do mesmo diploma legal prevê a capacidade do juízo, nos casos submetidos perante Tribunal do Júri, de nomear defensor técnico ao acusado que encontrar-se “indefeso”, ou seja, quando não gozar de defesa técnica satisfatória.

Outrossim, em relação às medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal brasileiro, o legislador infraconstitucional foi enfático ao asseverar que, como regra, há necessidade de oportunizar o contraditório nos casos de eventual decretação de quaisquer medidas acautelatórias. Entretanto, fazendo um juízo de razoabilidade, o legislador excetuou a regra retrocitada para os casos em que houver imperativo e notório caráter de urgência na execução da medida ou nos casos em que, se aberto o espaço para o contraditório antes da

<sup>12</sup>Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor (BRASIL, 1941)

<sup>13</sup>Art. 497. São atribuições do juiz presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente referidas neste Código: V – nomear defensor ao acusado, quando considerá-lo indefeso, podendo, neste caso, dissolver o Conselho e designar novo dia para o julgamento, com a nomeação ou a constituição de novo defensor;

execução da medida cautelar, possa tal providência tornar ineficaz a concretização da cautelar. Trata-se do chamado contraditório diferido, que ocorre quando se posterga a manifestação da parte adversa para momento posterior oportuno com vistas em resguardar a inteireza da medida (SANTOS, 2013).

Os professores MENDES e BRANCO (2015, p. 241) elucidam a excepcionalidade da não incidência da garantia ao contraditório nos casos de decretações de medidas cautelares:

Existem atos investigativos que não podem ser comunicados à parte ou a ela demonstrados — enquanto durarem as investigações — sob pena de perda de sentido da própria investigação — policial ou judicial. Nestes casos de procedimentos cautelares de quebra de sigilo e o conhecimento do investigado acerca do processo deixa de ser amplo, em razão de restrição de direito fundamental autorizada por norma jurídica e muito em razão da colisão do direito fundamental à privacidade ou à intimidade com o direito à segurança, de toda a sociedade. Também o dever fundamental de atuação em prol da segurança dos cidadãos e do Estado labora no sentido de limitar, nestes casos, o pleno acesso aos autos.

Válido salientar que, excepcionalmente, também não impera a garantia ao contraditório durante a fase do Inquérito Policial. A razão para a inoperância da referida garantia decorre do fato de o Inquérito Policial ser um procedimento administrativo que limita-se a investigar evidências de materialidade delitiva e indícios de autoria delitiva. Durante essa fase não existe acusado ou Réu, mas sim suspeitos que podem ou não ser indiciados pela autoridade policial.

Entretanto, após o indiciamento, o investigado passa a ter interesse no deslinde das investigações, de sorte que se não oportunizado o contraditório ao indiciado, quer seja após o recebimento de eventual denúncia ou outro momento oportuno, as provas produzidas durante a fase inquisitorial padecerão de nulidade, ressalvados os casos em que se tratar de produção de produção de provas antecipadas, de natureza cautelar e cujo contraditório é diferido, dado o risco de perecimento dos meios de prova (GRINOVER *et al*, 2015, p. 81).

Decerto, arrematam MENDES e BRANCO (2015, p. 242) com precisão a desnecessidade de observância do princípio-garantia do contraditório durante a fase pré-processual, bem como rememora a inovação jurisprudencial trazida pelo Supremo Tribunal Federal por meio da Súmula Vinculante n. 14 que determina a garantia de vistas aos autos, durante a fase de Inquérito Policial, sobre documentos já acostados aos autos do processo, ou seja, devidamente documentados, senão veja-se na transcrição dos dizeres dos doutrinadores abaixo:

Questão que aflora nestes casos é a da compatibilidade de ambos os princípios com a existência do inquérito, policial ou judicial, que é inquisitório por natureza jurídica, e sobre o qual não vige o princípio em questão. O STF tem entendido que, mesmo não

havendo a incidência do princípio do contraditório no inquérito, o direito ao amplo acesso aos autos precisa ser respeitado.

A questão se torna mais relevante quando se trata de feitos em que foram deferidas medidas invasivas que reduzam as esferas da intimidade, da liberdade e da privacidade. [...] Neste sentido, a Súmula Vinculante n. 14, do STF, deixa claro que é direito do defensor, no interesse do representado, o acesso amplo aos elementos de prova já documentados no procedimento investigatório, e que digam respeito ao exercício do direito de defesa. Nestes casos, os atos de investigação devem estar concluídos e documentados, razão pela qual não há ofensa ao direito à ampla defesa, realizado por meio do livre acesso aos autos, quando se nega ao investigado a análise de procedimentos não concluídos de quebra de sigilo telemático, bancário, fiscal e principalmente telefônico.

Em que pese ao princípio-garantia da “Ampla Defesa”, este possui constante correlação com o do contraditório, embora ostente conteúdo diverso. Por ampla defesa entende-se como a garantia ao acusado de valer-se de amplos e extensos métodos para repelir as acusações que contra si são imputadas. A previsão constitucional encontra-se no mesmo dispositivo ao qual repousa o princípio do contraditório (NUCCI, 2009, p. 83).

Nos dizeres de Alexandre de Moraes (2007, p. 95), o princípio da ampla defesa consiste no “asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário”. Para o doutrinador indigitado, o princípio da ampla defesa nada mais é que a exteriorização do contraditório.

Portanto, constata-se que enquanto o contraditório assegura a possibilidade de contrapor cada matéria de fato ou prova produzida, a ampla defesa diz respeito a garantir ao acusado que possa trazer aos autos todos os meios de prova admissíveis pelo direito.

Com efeito, o princípio-garantia da ampla defesa possui um peculiar desdobramento nos procedimentos perante o Tribunal do Júri. De acordo com o artigo 5º, inciso XXXVIII, “a” da Lei Fundamental será assegurado o direito de “plenitude de defesa”. A plenitude de defesa é uma garantia constitucional mais abrangente que o direito à ampla defesa, uma vez que por “pleno” compreende-se como aquilo que é repleto, completo e absoluto, enquanto “amplo” tem um conteúdo mais restrito – significando vasto, rico, abundante.

Assim, no curso do procedimento especial perante Tribunal do Júri a defesa do acusado não poderá apenas ser ampla, mas deverá ser plena, ou seja, deverá tender ao mais próximo possível do perfeito ou completo, haja vista que estar-se-á diante de um colegiado de juízes leigos, onde a teatralidade ganha maior relevância, razão pela qual urge a presença de uma defesa técnica completa, satisfatória e convincente (MEZZOMO, 2014).

Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 83) distingue os princípios-garantia da ampla defesa do da plenitude de defesa, bem como dispõe acerca de seus respectivos conteúdos, veja-se:

Assim, no processo criminal, perante o juiz togado, tem o acusado assegurada a ampla defesa, isto é, vasta possibilidade de se defender, propondo provas, questionando dados, contestando alegações, enfim, oferecendo os dados técnicos suficientes para que o magistrado possa considerar equilibrada a demanda, estando de um lado o órgão acusador e de outro uma defesa eficiente.

Por outro lado, no Tribunal do Júri, onde as decisões são tomadas pela íntima convicção dos jurados, sem qualquer fundamentação, onde prevalece a oralidade dos atos e a concentração da produção de provas, bem como a identidade física do juiz, torna-se indispensável que a defesa atue de modo completo e perfeito – logicamente dentro das limitações impostas pela natureza humana. A intenção do constituinte foi aplicar ao Tribunal Popular método que privilegie a defesa, em caso de confronto inafastável com a acusação, homenageando a sua plenitude.

Não obstante, após as devidas considerações a respeito dos princípios-garantia decorrentes do princípio do devido processo legal, passa-se a analisar dois princípios-chave cuja influência sobre as prisões cautelares mostra-se evidente, a saber: os princípios-garantia da presunção de inocência e o da Dignidade da pessoa humana.

Válido ressaltar que a partir do princípio do devido processo legal nascem uma vasta quantidade de outros princípios implícitos e explícitos no texto constitucional, de sorte que buscou-se neste trabalho priorizar a análise daqueles que frontalmente mais influenciam na dinâmica das prisões provisórias.

### **3.2 Princípio-garantia da presunção de inocência e as prisões provisórias**

O chamado princípio-garantia da Presunção de inocência tem por escopo resguardar o jurisdicionado de ser alvo de um prematuro e temerário juízo de culpa formado antes mesmo que possa ocorrer o devido processo legal. Sua origem remonta das teses iluministas surgidas durante as revoluções burguesas do século XVIII, tendo sua efetiva consagração ocorrido no bojo do artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão no ano de 1789, considerado marco histórico do referido princípio, cuja redação dispunha: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”. (TOURINHO FILHO, 2012, p. 32-33)

Modernamente, a Declaração dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), datada no ano de 1948, tornou a homenagear a garantia processual em cotejo ao destinar

a redação de seu artigo 11, que estabelece que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa”.

No tocante ao direito brasileiro, a garantia à presunção de inocência está consignada no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, cuja redação prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Decerto, o princípio da presunção de inocência (ou da não culpabilidade ou do estado de inocência) traz consigo duas finalidades centrais: a primeira, assegurar aos indivíduos que o ônus da prova da acusação caberá ao órgão acusador e não à defesa, ou seja, estabelece, em linhas gerais, que todos são inocentes e tal condição de inocência somente se altera em caso de superveniência de provas suficientemente aptas a declarar a culpabilidade do acusado. E a segunda, determina que a constituição do juízo de culpa se dará apenas após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, finalidade esta que, conforme se verá adiante, recentemente foi findada por decisão colegiada do Supremo Tribunal Federal (NUCCI, 2009, p. 81).

O autor Fernando Capez (2016, p. 122) vai além e enumera, além das duas finalidades vistas acima – quais sejam, a inversão do ônus da prova, restando a cargo da acusação o ônus probatório, e também a formação da culpabilidade apenas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória – outros pontos alcançados pelo princípio-garantia em análise, conforme transcreve-se abaixo:

O princípio da presunção de inocência desdobra-se em três aspectos: a) no momento da instrução processual, como presunção legal relativa de não culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; b) no momento da avaliação da prova, valorando-a em favor do acusado quando houver dúvida; c) no curso do processo penal, como paradigma de tratamento do imputado, especialmente no que concerne à análise da necessidade da prisão processual

Acerca do conteúdo material do princípio-garantia da presunção de inocência no que se refere ao tratamento do acusado, revela Aury Lopes Júnior (2015, p. 145) duas dimensões por meio das quais se desdobra o indigitado princípio, a saber, uma dimensão interna e outra externa. Com efeito, o autor chancela que o princípio diz respeito a um “dever de tratamento”, a medida em que o réu deve ser tratado como inocente, condição inerente a todos os indivíduos. Abaixo reproduz-se a análise do autor indigitado (2015, p. 145-146) acerca das dimensões do princípio em análise:

Em suma: a presunção de inocência impõe um verdadeiro *dever de tratamento* (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele. Na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto – primeiramente – ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição; ainda na dimensão interna, implica severas restrições ao (ab)uso das prisões cautelares (como prender alguém que não foi definitivamente condenado?). Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial.

Impende salientar que o princípio-garantia da presunção de não-culpabilidade é compatível com a aplicação das prisões provisórias, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal, havendo jurisprudência pacificada<sup>14</sup> neste sentido. A decretação de quaisquer espécies de prisões provisórias não é reputada como sendo um juízo de antecipação do cumprimento de pena, mas está atrelada ao anseio de obter uma persecução criminal eficaz, tendo já sido consolidado em inúmeras decisões da Corte Constitucional brasileira que as medidas cautelares no âmbito do processo penal não violam a garantia constitucional da presunção de inocência (MENDES e BRANCO, 2015, p. 742).

A tese adotada pelo Supremo Tribunal Federal vai de encontro com a doutrina majoritária, que pode ser sintetizada através dos ensinamentos de Fernando da Costa Tourinho Filho (2010, p. 91) ao dispor acerca da constitucionalidade da aplicação das prisões cautelares em face do princípio da presunção de inocência:

Ai está o ponto nevrálgico da questão devidamente solucionado: enquanto não definitivamente condenado, presume-se o Réu inocente. Sendo este presumidamente inocente, sua prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória apenas poderá ser admitida a título de cautela. Assim, por exemplo, condenado o réu, seja ele primário, seja ele reincidente, tenha ou não tenha bons antecedentes, se estiver se desfazendo de seus bens, numa evidente demonstração de que pretende fugir a eventual sanção, justifica-se sua prisão provisória

Do contrário, o réu estaria sofrendo uma pena antecipadamente, e isso violenta o princípio da presunção de inocência. Não havendo perigo de fuga do indiciado ou imputado e, por outro lado, se ele não estiver criando obstáculo a averiguação da verdade buscada pelo Juiz, a prisão provisória torna-se medida inconstitucional. Se se pretende dar combate ao crime implacavelmente, superlotando as cadeias e decuplicando seu número, e muito simples: basta riscar da Constituição o princípio da presunção de inocência e mandar as favas o princípio proibitivo das provas obtidas ilicitamente.

<sup>14</sup> STF, HC 69.696-SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, RTJ 148/741; STF – 1ª T. HC n. 69.026-2 – DF – Rel. Min. Celso de Mello – m.v. – DJ, 4 set. 1992, p. 14.091; STF HC 72.171-1- SP, 1ª T., Rel. Min. Sydney Sanches, j. 22-8-95, DJU, 27, out. 1995, p. 36.332; STF – 2ª T. – HC 71.401-3/MS, Rel. Min. Maurício Corrêa, v.u., DJ, Seção I, 8 set. 1995, p. 28.355



Embora o princípio da presunção de inocência ostente os desdobramentos acima apontados, um dos seus pilares, em recentes decisões do Supremo Tribunal – primeiramente o HC 126.292, de 17 fev. de 2016 e, mais recentemente, o HC 152.752/PR de 22 de mar. de 2018 –, veio a ser alvo de nova interpretação constitucional, sofrendo mutação constitucional.

De acordo com a Corte Constitucional, a formação do juízo da culpa do acusado e, por conseguinte, o cumprimento da chamada “prisão-pena”, não requer mais o trânsito em julgado do processo penal. Assim, ao ser confirmada eventual sentença penal condenatória em Órgão Colegiado, estar-se-á diante de um caso em que a culpa *lato sensu* do acusado já restou declarada, uma vez que ainda que interpostos recursos direcionados aos Tribunais Superiores, estes não serão dotados de efeitos suspensivos, tampouco se destinarão a rediscutir fatos ou provas, mas tão somente matérias de direito, o que, de acordo com a Corte Constitucional, inviabilizaria sustentar a inoperância da formação da culpa do réu (GARCEZ, 2017).

As decisões do Supremo Tribunal Federal consistem em verdadeira viragem jurisprudencial que impactaram diretamente a compreensão das chamadas prisões-pena, posto que estas últimas, conforme apresentado no início deste trabalho, se diferenciavam das prisões cautelares justamente por incidirem após o trânsito em julgado da ação penal. Assim, percebe-se que, ao menos por ora, o conceito de prisões-pena dizem respeito àquelas que decorrerem de sentença penal condenatória confirmada em 2ª instância, e não após o trânsito em julgado, conforme inicialmente ventilado neste estudo. Resta aguardar a consolidação da jurisprudência para encerrar a polêmica questão.

### **3.3 O princípio-garantia da dignidade da pessoa humana**

O princípio fundamental da Dignidade da pessoa humana foi acolhido pelo texto da Constituição Federal de 1988 onde foi alavancado ao *status* de fundamento da República Federativa do Brasil, estando consagrado no artigo 1º, inciso III da Lei Magna. A doutrina vem há muito tentando delimitar a dimensão do princípio supracitado, restando inúmeros estudos neste sentido. Dada a profundidade e vastidão da matéria pertinente ao princípio fundamental em referência, este estudo limitar-se-á a uma abordagem mais restrita.

Inicialmente, é cediço que, de maneira semelhante aos demais princípios constitucionais anteriormente abordados, o princípio da dignidade da pessoa humana tem como ponto de origem formal as revoluções burguesas do século XVIII, momento em que passou-se a reputar que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade. Entretanto, Ingo Sarlet (2001 *apud* KUMAGAI, 2010) assevera que a origem da “dignidade” implícita aos indivíduos, conforme

conhecemos atualmente, advém dos ensinamentos do cristianismo tendo em vista que o livro sagrado cristão explicita que os indivíduos são, em verdade, a “imagem e semelhança de Deus”, ou seja, são reflexo do ideário de perfeição na ótica cristã.

Não obstante, o princípio da dignidade da pessoa humana ostenta duas dimensões: a primeira possui aspecto defensivo, ao passo em que fixa limites para a atuação do Estado e dos particulares de modo a nunca avançar sobre os direitos imanes aos indivíduos; a segunda trata do aspecto prestacional e busca impor ao Estado o dever de desenvolver ações sempre no sentido de preservar e promover condições necessárias à efetivação da dignidade humana (CAVALCANTE, 2007).

Portanto, por “Dignidade” pode-se compreender como um característica inerente ao indivíduo, uma qualidade intrínseca e inseparável de todo ser humano. A partir dela, compreende-se o indivíduo como sendo dotado de particularidades, sendo titular de direitos aos quais devem ser respeitados. Por outro lado, a partir da dimensão prestacional do princípio em cotejo, surge a chamada garantia ao “*Mínimo existencial*”, que pressupõe dizer que aos indivíduos deve-se buscar impedir qualquer espécie de violação arbitrária praticada pelo Estado, dos particulares ou outra instituição, bem como garantir condições mínimas de existência humana digna. Portanto, está atrelado ao conceito de justiça social e tem como destinatário o Estado, que deverá a todo momento perseguir a asseguarção de condições dignas aos indivíduos.

Nesse sentido leciona Barroso e Barcellos (2003, p. 372 *apud* CAVALCANTE, 2007, p. 66)

A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. Não tem sido singelo, todavia, o esforço para permitir que o princípio transite de uma dimensão ética e abstrata para as motivações racionais e fundamentadas das decisões judiciais. Partindo da premissa anteriormente estabelecida de que os princípios, a despeito de sua indeterminação a partir de um certo ponto, possuem um núcleo no qual operam como regras, tem-se sustentado que no tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana esse núcleo é representado pelo mínimo existencial. Embora existam visões mais ambiciosas do alcance elementar do princípio, há razoável consenso de que ele inclui pelo menos os direitos à renda mínima, saúde básica, educação fundamental e acesso à justiça.

Outrossim, a garantia ao mínimo existencial diz respeito a assegurar que todo um plexo de direitos individuais fundamentais seja respeitado, buscando estabelecer que os indivíduos são titulares de direitos subjetivos a eles inerentes. De modo salutar, ensina a Ingo Sarlet (2001 *apud* CAVALCANTE, 2007, p. 67) o significado do mínimo existencial e a compreensão do que seja o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana:

Onde não houver respeito pela vida, pela integridade física e também moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não se façam presentes, onde não houver limitação do poder e onde a liberdade, a autonomia de vontade e a igualdade em direitos e dignidade não forem minimamente asseguradas, não haverá concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Ademais, o princípio fundamental da Dignidade da Pessoa humana possui caráter irradiante sobre todo o ordenamento jurídico pátrio, influenciando sobre todos direitos fundamentais individuais e coletivos resguardados na Constituição Federal de 1988. Nesta esteira, ensinam MENDES e BRANCO (2015, p. 241) que o princípio da dignidade da pessoa humana busca atender à exigência do respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, no intento, constante, de buscar prevenir os arbítrios e a injustiça.

A preciosidade do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana mostra-se tão latente que, para a doutrina jurídica majoritária, é a partir dele que exsurge aquele que é considerado o único direito fundamental absoluto, qual seja: o direito fundamental à vedação de submissão à tortura, constante no artigo 5º, inciso III<sup>15</sup> da Lei Fundamental. Nesta direção ensina Eneas Carneiro de Vasconcelos (2009):

Por ser o único princípio constitucional absoluto, a dignidade da pessoa humana precede e constitui qualquer outro direito fundamental. Na Constituição brasileira, há pelos menos três direitos fundamentais que não se sujeitam a nenhuma restrição por serem uma expressão da dignidade da pessoa humana: a vedação à tortura, ao tratamento cruel ou degradante e à escravidão. A dignidade da pessoa humana infirma, neste aspecto, as afirmações, comuns no direito, inclusive no Supremo Tribunal Federal, de que não existem direitos absolutos, nem direitos sem possibilidade de restrição. Nela, revela-se o reconhecimento mútuo e recíproco entre sujeitos iguais e livres. Sujeitos iguais em dignidade e em liberdade, inclusive para estabelecerem, simetricamente, direitos e limitações recíprocas à sua liberdade.

A despeito da vedação à tortura apresentar-se como desdobramento do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana – sendo este pedra de toque à aplicação das prisões cautelares no direito processual penal brasileiro – deve-se rememorar que muito comumente pautam-se as prisões cautelares em conceitos jurídicos vagos e indeterminados para sua decretação e, tão logo efetivadas, afrontam critérios de proporcionalidade e razoabilidade ao prolongarem-se por longos períodos sem que, por vezes, haja motivo bastante para tanto, o que constitui-se em uma espécie de tortura perpetrada pelo Estado.

---

<sup>15</sup> Art. 5º. [...] III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

## **4 A PROBLEMÁTICA DA APLICAÇÃO DE PRISÕES PROVISÓRIAS NO DIREITO BRASILEIRO E A CONSTANTE VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS-GARANTIA CONSTITUCIONAIS**

Após a exposição das regras infraconstitucionais que tutelam o instituto das prisões provisórias no direito processual penal brasileiro acompanhada da abordagem aos princípios-garantias constitucionais que orbitam àquele instituto, passa-se agora à confrontação entre as diretrizes traçadas pelos princípios e regras estabelecidos na aplicação das prisões provisórias e a práxis forense que envolve a decretação das medidas cautelares extremas.

Decerto, propõe-se esse estudo a abordar algumas das dificuldades centrais – dentre outras tantas – de viabilização de uma razoável aplicação das medidas cautelares cerceadoras do direito de locomoção, sendo elas: a exacerbada interpretação ampliativa dos conceitos jurídicos indeterminados constantes no regramento legal que disciplina as prisões provisórias; a inobservância dos princípios constitucional implícitos da proporcionalidade e razoabilidade, em especial no tocante ao prazo de duração das medidas cautelares; e a recalcitrância por parte dos magistrados na decretação de medidas cautelares alternativas às restritivas de direito como forma de satisfazer à opinião pública e afastar da mesma o sentimento de impunidade.

O autor Vitor Raatz Bottura (2015) é salutar ao corroborar a necessidade de um manejo criterioso sobre o instituto das prisões provisórias como forma de debelar eventuais afrontas à Constituição Federal.

A generalização desmedida e desenfreada das prisões cautelares, utilizadas pura e simplesmente como antecipação de uma possível futura pena, atendendo aos clamores do “populismo penal midiático”, como se essa fosse a solução para um efetivo combate aos crescentes índices de violência em nosso país. [...] Como podemos depreender do nosso conjunto legal, a função primeira do magistrado é a materialização dos princípios constitucionais para a vida real, além de guardião principal dos direitos e garantias fundamentais, afinal, vivemos em um Estado Democrático de Direito e o processo penal além de ser uma forma de persecução da verdade material dos fatos, é também um limitador do poder punitivo estatal, com regras definidas e direitos a serem preservados

### **4.1 Conceitos jurídicos indeterminados e prisões provisórias: mazelas da exacerbada interpretação extensiva da lei**

Conceitos Jurídicos indeterminados são um termo criado pela doutrina jurídica para se referir a normas dotadas de notável vagueza semântica proposital com o objetivo precípuo de garantir a possibilidade de sua aplicação em momentos diversos uma vez que ostentam

conteúdo mais flexível do que o seria no caso da aplicação da técnica das regras casuísticas. A relevância da existência de conceitos jurídicos indeterminados é patente ao passo em que se percebe sua finalidade, qual seja, a de permitir ao intérprete da lei que, mesmo diante de casos de inviabilidade de uma absoluta nitidez no âmbito de incidência de uma regra jurídica, possam situações fáticas ser alcançadas pela hipótese legal dada sua maior amplitude (MOREIRA *apud* ABREU, 2005).

A doutrina jurídica opta por realizar a distinção entre os conceitos jurídicos indeterminados e as chamadas “*Cláusulas gerais processuais*”. O cerne da distinção entre os conceitos está na estrutura do texto normativo: enquanto as chamadas cláusulas gerais processuais são dotadas de incerteza ou vagueza tanto na parte antecedente da norma – hipótese fática de aplicação da norma – quanto na parte consequente – que se refere aos efeitos jurídicos que a norma produzirá – os conceitos jurídicos indeterminados são vagos ou incertos apenas no conteúdo antecedente.

Neste sentido, as cláusulas gerais tendem a permitir que, após a devida exegese do dispositivo legal, o intérprete possa não somente conferir o conteúdo material à norma que julgar pertinente ao caso, como também lhe atribuir os efeitos jurídicos que achar devidos. Em contrapartida, os conceitos jurídicos indeterminados ostentam seus efeitos jurídicos previamente estabelecidos e consignados na norma, não abrindo espaço para inovação do intérprete quanto aos efeitos decorrentes (DIDIER, 2016, p. 53).

Nesse diapasão são os ensinamentos de Bernardes e Thomé (2013, p. 57-58) ao estabelecer o conceito e relevância dos conceitos jurídicos indeterminados:

No conceito jurídico indeterminado, que difere da cláusula geral, o conteúdo da norma é vago e incerto, deixando ao arbítrio do juiz adequar o conceito do termo de acordo com o contexto histórico, social, moral, ético, cultural e econômico. [...] A função do conceito jurídico indeterminado é conceder ao juiz maior espaço para adequar o termo vago ao caso que lhe é apresentado, conforme as circunstâncias de cada lide, dos aspectos do objeto e da causa de pedir e das peculiaridades de cada parte do processo, o que possibilita aplicar a referida regra a casos não previstos pelo legislador e por espaço de tempo maior que as normas fechadas.

Com efeito, ocorrerão os chamados conceitos jurídicos indeterminados sempre que houver normas cuja compreensão comportar duas ou mais interpretações, aceitáveis e razoáveis. A indeterminação do conceito significa dizer que a inteligência do dispositivo legal não se esgota em apenas uma via, podendo ser encontrada compreensões diversas (NETO, 2007).

Outrossim, em relação ao cenário das prisões provisórias, o uso de conceitos jurídicos indeterminados são recorrentes, de modo que a legislação infraconstitucional faz alusão constante a termos, tais como: “garantia da ordem pública”, “garantia da ordem econômica”, “conveniência da instrução criminal” – nas hipóteses de prisão preventiva –, bem como o conceito de “imprescindibilidade” no caso da prisão temporária.

Conforme visto anteriormente, a delimitação do alcance dos conceitos jurídicos acima citados é realizada através da doutrina, tendo já sido esmiuçado no primeiro capítulo do presente estudo o conteúdo dos conceitos sob a ótica das correntes doutrinárias majoritárias. Não obstante, faz-se imprescindível o resgate de alguns conceitos jurídicos acima postos para fins de argumentação, uma vez que, se observados com a devida minúcia, se constatará a demasiada largueza que ostentam, o que não raro implica na decretação de prisões cautelares alicerçadas em uma fatal afronta a direitos e garantias individuais.

De partida, tome-se como exemplo o termo “garantia da ordem pública”. Conforme já exposto, o referido conceito jurídico diz respeito à tutela e resguardo da segurança pública da sociedade, levando em consideração a gravidade do crime praticado e também a repercussão social que a prática delitiva poderia gerar, podendo ser esquematizado, conforme ensina Guilherme de Souza Nucci no trinômio “gravidade da infração + repercussão social+ periculosidade do agente” (2009, p. 605).

Constata-se assim que, ao menos em relação a este conceito jurídico indeterminado, a sua abrangência pode alcançar um variado leque de possibilidades *in concreto*, uma vez que leva em conta critérios dotados de manifesta maleabilidade e alto grau de indeterminação, tendo em vista que não se pode definir precisamente no que consiste “abalo social”, “abalo à credibilidade da justiça” ou “clamor público”, termos estes utilizados pela doutrina para definir o conteúdo da garantia da ordem pública (VASCONCELLOS, 2012, p. 378).

Noutro giro, é necessário observar que ao se admitir a aplicação de medida tão severa quanto o é prisão preventiva com base em conceito de tamanha largueza, sem que o intérprete contextualize a necessidade de aplicação ante o caso concreto, estar-se-á a despir a medida cautelar de constitucionalidade e passa-se, por conseguinte, a ferir de morte inúmeros princípios-garantia constitucionais, em especial, o do devido processo legal e da presunção de inocência.

Buscando revisitar um dos princípios gerais que regem a aplicação das prisões provisórias – a citar, o princípio da instrumentalidade das prisões cautelares – critica a adoção do termo “garantia da ordem pública” a obra de Vinícius Gomes de Vasconcellos (2012, p. 378):

Aqui devemos retomar a principal característica das medidas cautelares no processo penal, baliza de constitucionalidade: a instrumentalidade. Sabe-se que elas não devem visar a realizar justiça, mas sim proteger o seu funcionamento a partir da garantia da instrução do respectivo processo. Assim, percebe-se que as prisões provisórias decretadas com fundamento nos dois conceitos supradefinidos (garantia da ordem pública e econômica) em nada são cautelares, posto que assumem essencialmente caráter de pena antecipada, mirando fins de prevenção geral e especial, ou até retribuição, sendo, portanto, substancialmente inconstitucionais.

Doravante, os Tribunais Superiores têm se manifestado, majoritariamente, no sentido de exigir do órgão jurisdicional responsável pela decretação da medida cautelar extrema que, ao fazê-la, exponha de forma sistemática o risco que o acusado apresenta, devendo demonstrar objetivamente qual o perigo à ordem pública existente, sob pena estar-se a pretender dar início a um potencial cumprimento antecipado de pena (MARQUES, 2016).

Importante ressaltar que a questão da constitucionalidade do termo “garantia da ordem pública” vem sendo amplamente discutida em sede doutrinária, de modo que a compreensão da corrente doutrinária majoritária acena no sentido de reforçar a constitucionalidade do conceito jurídico indigitado, tese esta que foi adotada pelos Tribunais pátrios. Entretanto, deve-se explicitar a tese defendida pela corrente minoritária (nela se encontrando os doutrinadores Fernando da Costa Tourinho Filho e Aury Lopes Júnior) que sustenta a não-recepção pela ordem constitucional vigente dos termos “garantia da ordem pública” e “garantia da ordem econômica”.

Segundo a tese minoritária, a aplicação de prisões preventivas com base no termo “garantia da ordem pública” rendem ensejo a uma evidente arbitrariedade: no caso estaria a legislação incumbindo a uma espécie de prisão provisória/cautelar o dever de reparar o receio da coletividade, o medo, a insegurança – que são reclames legítimos da sociedade – mas que, entretanto, não devem ser solucionados por via de medida processual cautelar, mas sim por iniciativa da Administração Pública. Além disso, defendem os doutrinadores que a aplicação da medida extrema com base em conceito de tamanha largueza desconfiguraria o sentido da prisão cautelar, que não é um fim em si mesma mas um instrumento de resguardo do processo penal, resultando em uma verdadeira espécie de prisão-pena (BORGES, 2015).

É o que entende Fernando da Costa Tourinho Filho (2013, p. 354):

Quando se decreta a prisão preventiva com “garantia da ordem pública”, o encarceramento provisório não tem o menor caráter cautelar. É um rematado abuso de autoridade e uma indisfarçável ofensa à nossa Lei Magna, mesmo porque a expressão “ordem pública” diz tudo e não diz nada (...). Não se pode falar em prisão preventiva sem estar com as vistas voltadas para o princípio da presunção de inocência. Do contrário, para que serviria o princípio? Nas hipóteses de preservação

da ordem pública, a prisão preventiva não tem nenhum caráter cautelar; ela não acautela o processo condenatório a que está instrumentalmente conexas

Destarte, de maneira bastante veemente critica o autor Aury Lopes Júnior (2014, p. 618) a justificativa apresentada pelos autores integrantes da corrente doutrinária majoritária que defende a aplicação das prisões preventivas com base em conceitos jurídicos indeterminados de tamanha largueza:

Muitas vezes a prisão preventiva vem fundada na cláusula genérica “garantia da ordem pública”, mas tendo como recheio uma argumentação sobre a necessidade da segregação para o “restabelecimento da credibilidade das instituições”. É uma falácia. Nem as instituições são tão frágeis a ponto de se verem ameaçadas por um delito, nem a prisão é um instrumento apto para esse fim, em caso de eventual necessidade de proteção. Para além disso, trata-se de uma função metaprocessual incompatível com a natureza cautelar da medida. Noutra dimensão, é preocupante – sob o ponto de vista das conquistas democráticas obtidas – que a crença nas instituições jurídicas dependa da prisão de pessoas. Quando os poderes públicos precisam lançar mão da prisão para legitimar-se, a doença é grave, e anuncia um grave retrocesso para o estado policialesco e autoritário, incompatível com o nível de civilidade alcançado.

Portanto, a decretação de uma prisão provisória pautada em um conceito jurídico indeterminado de pouca precisão rende vasta discussão doutrinária, de modo que os conceitos imprecisos citados (*verbi gratia*: “garantia da ordem pública”) concorrem em grande medida para o cenário carcerário atual.

Ademais, tem-se revelado que com excessiva frequência são proferidas decisões com base em conceitos jurídicos imprecisos, que limitam-se a apontar a gravidade de um crime, a repercussão de seu cometimento na coletividade e, em seguida, sustentar uma lesividade à imagem ao Poder Judiciário que poderá ser “acusado” pela sociedade de leniência com a criminalidade.

A crítica formulada pela doutrina jurídica minoritária à utilização dos conceitos jurídicos indeterminados de maneira irrestrita para a decretação de prisões provisórias, em específico aos casos em há fundamentações bastante genéricas nas decisões judiciais que as decretam, é assaz pertinente. De fato, a decretação de medida de tamanha gravidade – cujo alvo principal é um bem jurídico individual deveras precioso, qual seja o direito de liberdade – deveria, em tese, ser excepcional e fundamentada em critérios menos maleáveis. Contudo, vê-se que não é nesse sentido que caminha a doutrina e jurisprudência pátria, havendo tão somente dissonâncias minoritárias no direito brasileiro.



#### **4.2 Princípios da razoabilidade e proporcionalidade e o excesso de prazo no cumprimento das prisões provisórias**

Uma das maiores dificuldades no plano da aplicabilidade das medidas cautelares cerceadoras do direito de locomoção diz respeito à inexistência na legislação infraconstitucional de previsão determinando a fixação de prazo certo para a duração das prisões provisórias, com a exceção da Lei n. 7.960/89 que versa sobre as prisões temporárias.

O silêncio legislativo sobre a matéria tem se mostrado uma das causas principais para a consolidação da dramática crise da superlotação carcerária no Brasil e, ao mesmo tempo, tem sido alvo de grande contestação pela doutrina jurídica brasileira que, diuturnamente, reclama a necessidade de observância do princípio da proporcionalidade ante o exacerbado lapso temporal das medidas cautelares em referência.

Historicamente, o princípio da proporcionalidade vem sendo gradualmente construído desde o período da Antiguidade, momento em que passou-se a discutir através dos ensinamentos de Platão e Aristóteles a noção de igualdade e justiça distributiva, que seriam pedras de toque para a compreensão moderna da garantia indigitada (VICENTE, 2014, p. 18).

Modernamente, foi com base nas teses do Marquês de Beccaria que, ainda no século XVIII, vislumbrou-se a necessidade de haver equilíbrio entre as sanções penais e os eventuais crimes cometidos. Em meados do século XIX, o Direito Administrativo francês adotou o conceito de “proporcionalidade” e passou a fazer menção ao referido princípio como forma de limitação dos poderes estatais e da administração pública, contudo, este somente veio a ser consignado em um texto constitucional após a Segunda Guerra Mundial, sendo tal feito realizado no bojo da Constituição Alemã do pós-guerra, que viu-se compelida a estabelecer uma previsão que destinasse-se a restringir o abuso do poder estatal (CAMPOS, 2004, p. 26).

No tocante ao aspecto histórico do princípio da proporcionalidade, ensina Helena Nunes Campos (2004, p. 26):

A preocupação da Corte Constitucional germânica com a proteção dos direitos fundamentais diante dos possíveis abusos do legislador, levou-a transplantar para o direito constitucional daquele país o princípio da proporcionalidade. Desta maneira, sob a égide influência do direito alemão, outros países europeus, começaram a acolher, em sede constitucional, o princípio da proporcionalidade. Sendo também transportada para o direito americano, que no caso dos Estados Unidos, tal princípio recebeu o nome de princípio da razoabilidade a partir da interpretação evolutiva da cláusula do devido processo legal

Noutro giro, o chamado princípio da proporcionalidade (ou da proibição de excesso) ostenta similar conteúdo normativo ao do chamado *Princípio da razoabilidade*. A diferença entre ambos, reside em dois aspectos: o primeiro é a origem histórica, uma vez que o princípio da proporcionalidade teve surgimento no Direito Alemão e Suíço, a partir do princípio-garantia da legalidade, enquanto o princípio da razoabilidade teve origem no direito norte-americano, havendo por sucedâneo o princípio do devido processo legal.

Por outro lado, distinguem-se ambos os princípios no que tange à abrangência de sua incidência. O princípio da proporcionalidade desdobra-se em outros três subprincípios, conforme se verá adiante, enquanto o da razoabilidade ostenta conteúdo mais limitado que o primeiro (DOBRIANSKYJ, 2009, p. 26)

Em que pese ao seu conteúdo, o princípio da proporcionalidade é compreendido como um postulado de extrema importância no Direito Penal, uma vez que visa garantir que, em caso de colisão entre dois ou mais direitos, buscar-se-á um ponto de equilíbrio que melhor sirva para o não perecimento de um dos direitos ou ambos. O fundamento deste princípio orbita em torno da noção do excesso de poder nas mãos do Estado, uma vez que visa conter abusos em atos ou decisões dos poderes instituídos que impliquem em limitação de direitos ou liberdades individuais e que exorbitem limites aceitáveis (CARVALHO FILHO, 2014, p. 34)

De maneira bastante cristalina, ensina Eugênio de Pacelli de Oliveira (2014, p. 504) acerca do conteúdo jurídico do princípio da proporcionalidade no direito processual penal e sua incidência sobre a aplicação de prisões provisórias:

O postulado da proporcionalidade, presente implicitamente em nossa Constituição, por dedução do conjunto geral das garantias individuais, exerce uma dupla função no Direito, a saber: a) na primeira, desdobrando-se, sobretudo, na *proibição do excesso*, mas, também, na *máxima efetividade* dos direitos fundamentais, serve de efetivo *controle da validade* e do *alcance* das normas, autorizando o intérprete a recusar a aplicação daquela (norma) que contiver sanções ou proibições excessivas e desbordantes da necessidade de regulação; b) na segunda, presta-se a permitir um juízo de ponderação na escolha da norma mais adequada em caso de eventual tensão entre elas, ou seja, quando mais de uma norma constitucional, se apresentar como aplicável a um mesmo fato.

Complementando as noções conceituais trazidas acima, ensina Helena Nunes Campos (2004, p. 28):

O princípio da proporcionalidade ordena que a relação entre o fim que se busca e o meio utilizado deva ser proporcional, não-excessiva. Deve haver uma relação adequada entre eles. Pois o princípio da proporcionalidade é utilizado quando há colisão de direitos fundamentais, sejam eles de 1ª, 2ª ou 3ª geração, individuais ou coletivos. Afinal, sabe-se que os direitos fundamentais não são ilimitados ou

absolutos. Encontram seus limites em outros direitos, também fundamentais. Mas para que possam ter efetivação, isto é aplicabilidade, devem ser ponderados quando estiverem em choque, colisão.

É cediço que o princípio da proporcionalidade apresenta desdobramentos, de modo a dar origem a outros três subprincípios, sendo eles: os princípios da adequação, da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito.

Em relação ao princípio da adequação, este diz respeito a necessidade de que toda e qualquer medida restritiva de direitos deva buscar atingir algum fim específico, ou seja, deverá haver uma relação adequada entre os fins perseguidos e os meios utilizados (CAMPOS, 2004, p. 27).

Neste diapasão, percebe-se a proximidade entre o princípio retrocitado e o princípio da instrumentalidade das prisões provisórias, já abordado neste estudo, haja vista que as medidas cautelares restritivas do direito de locomoção requerem impreterivelmente a presença de uma finalidade definida, que por sua vez deverá ser adequada à utilização da medida gravosa.

Já em relação ao subprincípio da necessidade, compreende-se este como sendo um mandamento que impõe o dever de, em sendo possível, adotar-se a medida restritiva de direitos menos lesiva e onerosa possível aos indivíduos. Assim, o uso de uma medida capaz de reduzir direitos ou liberdades individuais precisará, necessariamente, ser imprescindível e necessária (MENDES, 2012, p 331).

Por fim, tem-se o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, que caracteriza-se por traduzir a ideia de que os meios utilizados deverão ser razoáveis e compatíveis com os fins perseguidos, ou seja, os custos decorrentes das restrições dos direitos e liberdades individuais deverão ser inferiores aos benefícios por ela gerados. Em síntese, pode-se asseverar que constitui uma verdadeira análise de custo-benefício da medida restritiva de direitos, de tal maneira que a medida observará o princípio da proporcionalidade exclusivamente se apresentar bônus e ônus compatíveis entre si (CAMPOS, 2004, p. 29)

Com louvável didatismo, Eugênio Pacelli de Oliveira (2014, p. 503-504) elucida a relevância dos subprincípios da adequação e necessidade:

Note-se que [...] para a decretação da prisão preventiva (art. 312, CPP), estão presentes as mesmas exigências, quanto ao juízo de necessidade da restrição ao direito [...]. E não só isso: a referência feita à adequação da providência (art. 282, II, CPP), tendo em vista a gravidade e demais circunstância do fato, bem como as condições pessoais do indiciado (na investigação), ou, do acusado (no processo), vem a ser, na realidade, a verdadeira pedra de toque do novo sistema de cautelares. [...] Necessidade e adequação, portanto, são referenciais fundamentais na aplicação das medidas cautelares pessoais no processo penal. E ambas as perspectivas se reúnem no já famoso postulado, ou princípio (como prefere a doutrina), da proporcionalidade.

Destarte, no que concerne ao chamado princípio da razoabilidade, este é caracterizado por ser de menor alcance que o da proporcionalidade. Sua origem é dada a partir do melhor desenvolvimento do princípio do *due process of law*, em especial quando passou-se a discutir uma nova face da garantia, a saber, o chamado *substantive due process of law* (ou devido processo legal substantivo) em sede jurisprudencial e doutrinária norte-americana (PESSOA, 2004).

O conteúdo do princípio da razoabilidade diz respeito à possibilidade de rechaço de leis ou atos normativos que sejam desarrazoáveis. Por razoabilidade entende-se como sendo tudo aquilo que se encontra situado dentro dos limites de aceitabilidade, ainda que os juízos valorativos que provocaram a conduta possam ser variáveis. Assim, a razoabilidade não significa dizer que haverá consenso sobre o ato, lei ou decisão mas sim que a adoção das medidas será compreendida por todos e que, embora possa haver discordância da motivação para a adoção das mesmas, não se arguirá que não foram utilizados critérios aceitáveis e compreensíveis (CARVALHO, 2014, p. 41)

Ademais, é importante asseverar que a maioria da doutrina vem buscando estabelecer critérios de distinção entre os chamados princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, entretanto, a diferenciação tem sido ignorada pelos tribunais brasileiros e, inclusive, por parte da doutrina jurídica, que por vezes trata ambos os postulados como sinônimos.

Embora variadas sejam as sugestões da doutrina no que envolve os critérios distintivos entre os princípios em estudo, merece destaque a tese defendida por Humberto Ávila (ÁVILA, 1999, p. 172 *apud* SILVA, 2010, p. 20) que sugere que o princípio da proporcionalidade diz respeito à “análise de um bem jurídico protegido por um princípio constitucional e da medida relativamente a um fim”. Por outro lado, o autor entende que o princípio da razoabilidade difere do primeiro justamente por consistir na “análise da constitucionalidade da aplicação de uma medida, não com base na relação meio-fim, mas com fundamento na situação pessoal do sujeito envolvido”.

Doravante, é possível constatar que os princípios constitucionais implícitos da proporcionalidade e da razoabilidade revelam-se preciosos ao direito processual penal, tendo em vista que suas respectivas violações são recorrentes, em especial, quando da manutenção de prisões provisórias por longos períodos.

Infelizmente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – precedente-chave: HC 103385, STF, 1ª Turma, Relator Min. DIAS TOFFOLI, j. 08.02.2011, DJe-071 divulg. 13.04.2011 – tem acenado no sentido de admitir a prorrogação da prisão preventiva por tempo

indeterminado nos ditos “casos complexos”. Entretanto, a doutrina jurídica brasileira majoritária, com grande frequência, rememora a necessidade de revisão do posicionamento da Corte Suprema, tendo em vista que a aplicação de medidas cerceadoras do direito de liberdade sem observância de um prazo razoável implica em inconstitucionalidade, com violações frontais a princípios constitucionais, em específico aos princípios da presunção de inocência, da dignidade da pessoa e da proporcionalidade (INÁCIO, 2011).

Importante salientar que os princípios constitucionais implícitos da proporcionalidade e da razoabilidade encontram correlação com outra garantia constitucional, a saber, a garantia da razoável duração do processo (ou princípio da celeridade), constante no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal, que foi introduzido ao direito brasileiro a partir da Emenda à Constituição n. 45/2004.

Por certo, o conteúdo do princípio da razoável duração do processo tem por fulcro estabelecer uma garantia ao indivíduo perante o Estado que compele este último a buscar realizar os atos processuais e dar vazão às contendas litigiosas em menor tempo possível, como forma de resposta imediata à ação criminosa e poupando as partes de um constrangimento prolongado (NUCCI, 2009, p. 93).

O autor Vinícius Lang dos Santos (2008, p. 74) esclarece a necessidade de observância dos princípios implícitos da proporcionalidade/razoabilidade e o princípio-garantia explícito da razoável duração do processo:

Deste modo, o prazo razoável, uma vez inserido no ordenamento jurídico, apresenta-se como uma conquista irreversível do pensamento democrático, sendo que apenas critérios determinados pela dogmática jurídico-penal tornam possível, ao assinalar limites e definir conceitos, uma aplicação segura, calculável do Direito e do Processo Penal, subtraindo-lhe a irracionalidade, a arbitrariedade e a improvisação. [...] Uma das principais manifestações da crise da Justiça contemporânea é a incapacidade do aparato judicial de enfrentar o problema do acúmulo de processos, tendo como consequência lógica a lentidão cada vez maior na resolução dos casos e a defasagem da imagem do sistema, considerado ineficiente. [...] Neste sentido, a lentidão dos órgãos judiciários é considerada um sinal de fracasso da função jurisdicional do Estado.

Observadas as garantias constitucionais supracitadas, resta patente a necessidade de uma inovação legislativa no intuito de delimitar quais os limites para a duração das prisões provisórias. A omissão legislativa legitima a permanência de uma prática processual que afronta direitos e garantias individuais, implicando, por vezes, em verdadeira tortura à pessoa do acautelado, que vê-se submetido a uma medida constritiva de um direito individual fundamental sem, contudo, ter a menor previsibilidade de quando tal constrangimento se fará cessar; a pessoa acautelada percebe-se, portanto, entregue a uma medida cautelar nebulosa sem data de término

e que, com assustadora frequência na práxis processual penal, é manejada até a superveniência de uma decisão judicial condenatória, de modo a confirmar-se verdadeiramente uma execução antecipada da pena.

Destarte, ensina Vinícius Lang dos Santos (2008, p. 74), com notável inspiração na corrente doutrinária capitaneada por Aury Lopes Júnior, a necessidade de implementação de limites temporais à aplicação das prisões provisórias como forma de impedir o abuso estatal:

A prisão preventiva, ao ser utilizada de forma abusiva, acaba revelando o caráter autoritário e inquisitorial do processo. Em alguns deles, o tempo de cumprimento da prisão provisória ultrapassa o prazo de cumprimento da pena em caso de condenação. Nestes casos, o magistrado deve estar atento para conceder a liberdade e, de forma preventiva, deixar de decretar a prisão nos casos de crimes cuja condenação não acarrete pena privativa de liberdade ou que haja possibilidade de aplicação de penas alternativas – agir de outro modo seria motivo de descrédito da própria Justiça. [...] É necessário estabelecer esse prazo de um modo seguro e preciso que o coloque fora do alcance de toda manipulação, decisionismo, arbitrariedade judicial ou faculdade dos tribunais. A omissão do prazo constitui uma evidente mostra de autoritarismo que deve ser corrigida enquanto se queira reconhecer uma vigência efetiva e possível das regras que caracterizam o Estado de Direito.

#### **4.3 Das medidas cautelares alternativas à prisão e o desafio de sua aplicação**

É cediço que o direito penal brasileiro é dotado de um acentuado caráter punitivista e tal particularidade vem sendo confrontada por relevantes correntes doutrinárias. Buscando estabelecer uma mitigação a este viés inquisitorial existente é que tratou a legislação processual penal de inovar no que tange à aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão com o advento da lei n. 12.403/2011.

A partir da introdução no mundo jurídico da lei supracitada deu-se novo tratamento à aplicabilidade de prisões cautelares, a partir de duas frentes: a primeira implicou na remodelagem do instituto da liberdade provisória e mudanças no arbitramento de fianças, que inverteu a lógica do encarceramento cautelar, voltando a se buscar, por regra, a manutenção do *status libertatis*; a segunda, foi a introdução ao sistema processual penal brasileiro de medidas cautelares alternativas à prisão. O presente estudo se aterá à análise destas últimas.

No cenário da aplicabilidade das prisões provisórias, mostra-se fundamental a compreensão das medidas cautelares alternativas à prisão, haja vista que, diferentemente do instituto da liberdade provisória, tais medidas mostram-se um meio termo entre a manutenção da liberdade irrestrita e a segregação cautelar provisória.

Em que pese à base principiológica das medidas cautelares alternativas, aproveita-se em grande parte a disciplina aplicável às prisões provisórias. Contudo, merecem destaque algumas

especificidades existentes na principiologia das medidas cautelares, em especial aos chamados princípios da “fungibilidade”, “da não-taxatividade” e o da “substitutividade”.

De modo geral, o chamado princípio da fungibilidade significa dizer que poderá o magistrado, de ofício se já instaurada a ação penal, aplicar medida cautelar diversa da requerida pelo interessado desde que sendo menos gravosa ao acautelado.

Por outro lado, por “não-taxatividade” faz-se alusão à possibilidade do exercício do poder geral de cautela pelo magistrado ao impor medida cautelar que não esteja expressamente prevista na legislação, desde também que seja mais benéfica ao acautelado. Por fim, em relação a “substitutividade” das medidas cautelares alternativas, compreende-se como sendo sua função precípua substituir a aplicação de medidas cautelares cerceadoras do direito de liberdade de locomoção (TÁVORA e ALENCAR, 2016, p. 1028).

Com efeito, os requisitos para a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão encontram-se estampados na redação do artigo 282 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), cuja transcrição faz-se abaixo:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:  
 I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;  
 II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Outrossim, os requisitos acima transcritos apresentam relativa clareza de inteligência. De início, por “necessidade para aplicação da lei penal” entende a doutrina que se fará justificável a implementação da medida nos casos em que houver risco de fuga do distrito da culpa, inviabilizando o cumprimento da eventual pena. Já em relação aos termos “garantir a investigação ou instrução criminal” e “evitar a prática de infrações penais” vislumbram-se estes como sendo os casos em que busca-se vedar que o acautelado, se solto liberto, venha embarçar os trâmites da investigação ou da ação penal e evitar que haja reincidência delitiva se mantido o *status libertatis* do indivíduo, respectivamente (CAPEZ, 2016, p. 411).

Por outro lado, o requisito da “adequação” da medida diz respeito à observância do princípio da proporcionalidade, haja vista que deverá ser a medida cautelar adequada ao caso concreto, ou seja, a mais efetiva dentre as menos onerosas possíveis aos acautelados. Os professores TÁVORA e ALENCAR (2016, p. 1027) esmiúçam com louvável sistematicidade o requisito da “adequação” na aplicação de medidas cautelares:

Tem-se aqui vetores interpretativos que vão balizar, inclusive, a escolha da cautelar que tenha maior aderência, levando em conta a gravidade (concreta) do delito, as circunstâncias de como o fato criminoso foi praticado, retratando a historiografia do crime, além das condições pessoais do agente, individualizando-se a conduta e o seu protagonista.

Portanto, é possível constatar que os requisitos para a decretação das medidas cautelares são, substancialmente, muito semelhantes daqueles atribuídos às prisões cautelares, quais sejam: a presença de *fumus comissi delicti* – constatados, conforme já explicitado neste estudo, através da presença de indícios de autoria e prova da materialidade delitativa – e o *periculum libertatis* da manutenção de uma liberdade irrestrita e a conseqüente prejudicialidade de tal condição à investigação ou instrução penal, ao meio social e, por fim, o risco de inaplicação da lei penal.

Uma das inovações mais notáveis introduzidas no mundo jurídico pela Lei n. 12.403/2011, encontra-se aquela que viabilizou a garantia do contraditório prévio à decretação da medida, cuja redação repousa no artigo 282, §3º do Código de Processo Penal brasileiro. Conforme preleciona o dispositivo, passou-se a estabelecer a possibilidade de oitiva da parte acautelada quando da formulação do pedido de decretação de medida alternativa, ressalvando-se os casos de urgência ou perigo de ineficácia da medida.

Por outro lado, a legislação processual penal vigente deixa expressa algumas particularidades das medidas cautelares alternativas: uma delas é a possibilidade de cumulação de uma ou mais medidas cautelares simultaneamente ou até mesmo apenas uma isolada, conforme o preleciona o §1º do art. 282 do Código de Processo Penal; uma segunda diz respeito à legitimidade para propor a aplicação de uma medida cautelar: se durante a fase de inquérito policial, apenas mediante representação da autoridade policial se poderá decretar a medida, contudo, se já ajuizada a ação penal, tanto mediante requerimento das partes quanto de ofício pelo juízo poderá se efetivar a medida, conforme ensina o §2º do artigo 282; uma terceira particularidade diz respeito ao princípio, já mencionado neste estudo, da provisoriedade das medidas cautelares, cujo pressuposto básico diz respeito à possibilidade de a qualquer tempo poder ser decretada, revogada, ou substituída a medida cautelar desde que havendo alteração nas circunstâncias fáticas, restando demonstrada a necessidade de alteração no plano de incidência da medida, conforme consta na redação do §5º do artigo 282 do CPP.

Concluindo essa breve análise dos dispositivos legais disciplinadores da aplicação das medidas alternativas, é preciso fazer menção aos §§4º e 6º do artigo 282 do Código de Processo Penal, que demonstram cabalmente o caráter subsidiário e excepcional da aplicação de prisões



preventivas quando sendo possível a manutenção de medidas alternativas à prisão. Eis as redações dos dispositivos legais:

Art. 282. [...] § 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único)  
 § 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319). (BRASIL, 2011)

Resta evidente, dada a literalidade dos dispositivos supratranscritos, que a decretação de uma medida cerceadora do direito de liberdade de locomoção mais drástica requer uma situação de excepcionalidade. De plano, constata-se que em caso de descumprimento de uma medida alternativa arbitrada buscar-se-á cumular uma nova medida e, tão somente “em último caso”, será decretada a prisão preventiva.

Elucidam IBIAPINA e MACIEL (2014, p. 8) o avanço significativo para o direito processual penal brasileiro com o surgimento da Lei n. 12.403/2011:

Destarte, do ponto de vista morfológico, a sistemática anterior era bastante limitada, de forma que se reduzia a complexidade da tutela a dois extremos: de um lado, a banalização da custódia cautelar; do outro, o sentimento de impunidade pela liberdade sem restrições do acusado<sup>20</sup>. Assim, a nova lei passou a apresentar a prisão preventiva como última opção, em respeito e observância às garantias e aos direitos individuais constitucionalmente assegurados, assim como em consonância com o princípio da intervenção mínima

Outrossim, o legislador ordinário buscou apresentar rol exemplificativo de medidas alternativas passíveis de serem adotadas, estando elas espraiadas no bojo do artigo 319 do Código de Processo Penal, cuja redação transcreve-se abaixo:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:  
 I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;  
 II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;  
 III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;  
 IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;  
 V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;  
 VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração.

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica;

Considerando o autodidatismo do dispositivo legal supracitado, limita-se este estudo a esclarecer pontos obscuros no tocante às medidas alternativas constantes no rol fixado na legislação. A primeira ponderação a se fazer refere-se ao inciso I do dispositivo supratranscrito, uma vez que a exigência de comparecimento em juízo deverá ser razoável, não podendo exorbitar os limites de razoabilidade dadas as condições pessoais do acautelado. Do mesmo modo, não deverá ser exigido do acautelado o cumprimento de medida cautelar mais gravosa ou até mesmo de prisão preventiva pelo simples fato daquele estar desempregado e não ter atividades a justificar (OLIVEIRA, 2014, p. 508).

Em relação ao inciso II do artigo 319 do Código de Processo Penal que estabelece um dever de não-comparecimento a determinados locais com vistas a impedir eventual reiteração delitiva, parte da doutrina assevera a inconstitucionalidade do dispositivo. Os argumentos lançados para suscitar a tese de inconstitucionalidade da norma são os mesmos utilizados para atacar o termo “garantia da ordem pública”: alega-se que o dispositivo não visa resguardar o processo, mas estabelecer uma prevenção alheia a finalidade das medidas cautelares.

Nesse sentido explica LOPES JÚNIOR (2011, p. 132 *apud* IBIAPINA e MACIEL, 2014, p. 14):

A medida nasce com um defeito genérico: sua discutível cautelaridade e, portanto, constitucionalidade. Não se vislumbra tutela do processo ou de seu objeto, aproximando-se da problemática prisão preventiva para garantia da ordem pública, dado seu caráter de prevenção especial manifesta.

Decerto, os ensinamentos de IBIAPINA e MACIEL (2014, p. 15) vão além e citam a falta de técnica redacional dada pelo legislador ao dispositivo legal em análise, isto pois existem na norma termos contraditórios em seus significados: o legislador estabeleceu proibição de “acesso” e “frequência” em determinados ambientes. Sabe-se que “acesso” e “frequência” gozam de significados semânticos distintos; em relação ao primeiro entende-se como a presença eventual a determinado local e o segundo implica na ideia de o acautelado manter um comparecimento contumaz.

Noutro giro, os incisos III e IV do artigo 319 do CPP estabelecem a limitação da locomoção do acautelado e também definem impeditivos de contato pessoal com “determinadas” pessoas, de modo que em ambos os dispositivos busca-se a mesma finalidade, qual seja, a de impedir eventual reiteração delitiva.

Importante observar que em relação à proibição de contato com “determinada” pessoa, o dispositivo não será infringido nos casos em que ocorrer encontros involuntários por parte do acautelado. Além disso, conquanto a vedação de ausentar-se da Comarca na qual tramita a ação penal ou ocorrem as investigações criminais, vê-se que a mesma diz respeito apenas ao acautelado que residir na Comarca que decretar a medida, não sendo razoável querer impedir que o acautelado retorne ao seu domicílio de origem, sob pena de configurar verdadeiro cerceamento do direito de locomoção (OLIVEIRA, 2014, p. 513-514).

Ademais, no que tange às outras espécies de medidas alternativas constantes na legislação, há pouca dissonância a respeito de sua aplicabilidade, merecendo suas respectivas aplicações serem feitas com base na literalidade do texto normativo. Entretanto, é imperativo ressaltar a retomada da relevância do instituto da “fiança” no processo penal brasileiro. O art. 319, VIII do CPP estabelece a possibilidade de implementação da fiança, cuja protagonismo havia sido ofuscado desde a regulamentação do instituto da liberdade provisória sem fiança com base no artigo 310, p. único, do Código de Processo Penal.

O instituto da fiança consiste em uma medida de cunho patrimonial, por meio da qual se demanda a prestação em dinheiro, objetos pessoais, joias ou pedras preciosas, títulos da dívida pública ou hipoteca com o fito de assegurar que o acusado compareça a todos os atos processuais sob pena de perdimento dos valores (TÁVORA e ALENCAR, 2016, p. 1030)

Decerto, o doutrinador Eugênio Pacelli de Oliveira (2014, p. 516-517) estabelece críticas a respeito da redação conferida pelo legislador no dispositivo em análise. Diz o autor:

Não há como deixar de criticar algumas inovações em tema de fiança. Observe-se, por exemplo, que, embora a lei se refira ao comparecimento ao processo, não há a mais mínima dúvida que ela poderá ser imposta e prestada desde a efetivação da prisão em flagrante, sendo perfeitamente cabível, portanto, na fase de investigação (art. 310, II, CPP).

Note-se, também, que o requisito da resistência injustificada à ordem judicial não poderia ser mais vago e inconsistente [...]. Sabe-se que o investigado e o acusado, na condição e no estado de inocência em que se encontram, antes de condenação passada em julgado, permanecem no regular exercício de seus direitos individuais. Não têm eles obrigações processuais junto à Justiça, ressalvadas as poucas hipóteses de intervenções corporais legalmente previstas em lei.

Doravante, ante a apresentação o instituto das medidas alternativas à prisão e a delimitação das regras de sua aplicabilidade, é possível vislumbrar um instrumento de grande

utilidade para o estabelecimento de um equilíbrio entre uma desenfreada política de encarceramento e a brandura excessiva da liberdade irrestrita ante casos complexos.

Entretanto, é sabido que as instituições componentes do sistema de justiça brasileiro são recalcitrantes em lançar mão do citado instituto. Uma das razões determinantes para a dificuldade em sua aplicação está na cultura reinante no campo criminal que ainda ostenta uma postura demasiadamente inquisitorial (VASCONCELLOS, 2012).

Embora tenha o legislador avançado ao estabelecer uma alternativa concreta e razoável à dicotomia até então existente entre a reiterada decretação de prisões cautelares e a soltura imediata e irrestrita de agentes criminosos logo após a autuação em flagrante delito, tal progresso mostra-se frágil ante a cultura punitivista ainda reinante, de modo que as medidas cautelares alternativas à prisão ainda gozam de aplicação tímida no direito brasileiro. Nesse diapasão, observa com bastante serenidade o autor Vinicius Gomes Vasconcelos (2012, p. 15), em seu estudo acerca das medidas cautelares alternativas à prisão, a necessidade de mudança no critério de julgamento do próprio Poder Judiciário:

Esses são parâmetros que devem ser atendidos para que a restrição a um direito por meio de uma medida cautelar diversa seja legítima, evitando a expansão do controle estatal punitivo e a desvirtuação da reforma processual empreendida. Entretanto, tal estudo pode ser inutilizado em caso de não aplicação dos novos preceitos e estabelecimento de um novo paradigma. Adentramos, então, em problema muito mais complexo, qual seja, a necessidade de mudança na cultura dos atores do campo criminal em geral. Por mais que a produção legislativa em matéria penal se mostre pautada pelo populismo punitivo, são os aplicadores do direito que lhe dão efetividade, de modo a concretizar tal postura punitivista ou guarnecer os direitos e garantias fundamentais basilares ao Estado Democrático de Direito

O autor Gabriel Campos de Assis (2015, p. 45-47) tece considerações bastante razoáveis acerca da cultura punitivista arraigado no direito processual brasileiro:

Nessa ainda que inconsciente busca pela manutenção da confortante imagem de juiz rigoroso e diligente, muitos julgadores acabam cedendo às práticas punitivistas desejadas pela opinião pública, sempre fortemente influenciada pela criminologia midiática. Assim é que, embora muitos desses julgadores não tomem partido pela causa da criminologia midiática, tampouco ousam desafiá-la [...]

Embora o poder judiciário tenha por dever o exercício da contenção do poder punitivo, na realidade, tem se omitido constantemente ao exercício desse mister; [...] Desse modo, as prisões, em razão de seu apelo social, podem acabar sendo utilizadas como uma “resposta estereotipada”, um “modelo de sempre” do sujeito judicante, o qual, buscando indicar a sua eficiência e comprometimento com os anseios sociais, termina por contribuir com a situação precária de superlotação dos presídios brasileiros e a dinâmica de encarceramento das populações marginalizadas

Ademais, no que refere-se à aplicação de medidas alternativas à prisão faz-se mister que os poderes instituídos lhes garantam maior protagonismo e assegurem, de uma vez por todas, o caráter subsidiário e extraordinário das prisões cautelares, tendo em vista que o aprisionamento provisório em massa, além de uma afronta à direitos e garantias individuais – conforme já explicitado neste estudo – mostra-se, inclusive, como vetor de aumento da própria criminalidade

Infelizmente, dado o caótico panorama dos presídios brasileiros, a recalcitrância da adoção de medidas cautelares alternativas concorre para que acusados primários e sem antecedentes criminais sejam postos em contato com presos de maior periculosidade ao serem presos cautelarmente. Daí em diante, é sabido que cooptação ou a intimidação para que o acautelado passe a integrar facções criminosas torna-se a regra e, após realizada tal adesão, passa a ser ainda mais árduo impedir uma eventual reiteração delitiva. Portanto, a adoção de medidas cautelares alternativas é, antes de uma forma de garantir direitos fundamentais, uma política preventiva de combate ao crime.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após análise das ponderações feitas ao longo deste estudo foi possível observar o dramático cenário que envolve a matéria da aplicação das prisões provisórias no direito brasileiro. Conforme é cediço, a criminalidade tem se espreado por toda a sociedade, de modo que a sensação de medo e insegurança tem gerado uma ânsia na coletividade por um sentimento paz. Em todos os segmentos da sociedade há o clamor uníssono por questões de ordem prática, tais como a efetivação da justiça e o fim da sensação de impunidade para os crimes mais diversos. Entretanto, é preciso rememorar a necessidade de haver serenidade ante temas complexos, haja vista que se levada às últimas consequências, a sanha por respostas imediatas aos problemas que atormentam à coletividade pode dar azo a verdadeiros arbítrios incompatíveis com o Estado Democrático de Direito.

Com efeito, em relação à aplicação das prisões provisórias, resta evidente que foi buscando dar respostas efetivas e imediatas à sociedade é que deu-se início a um dos mais graves problemas de segurança pública ora vividos, qual seja, a consolidação de um panorama carcerário extremamente combalido. Um dos desdobramentos mais notáveis da adoção da política desenfreada de encarceramento provisório foi a superlotação carcerária que concorreu e concorre, em grande medida, para o aumento exponencial do crime organizado para fins de narcotráfico – que passou a se organizar de dentro dos presídios e estabelecer uma estrutura hierárquica bem definida, com divisões de funções e metas através das chamadas facções criminosas. Por conseguinte, hoje a segregação prisional tem se mostrado um estuário para a cooptação de presos sem antecedentes criminais e primários para grupos faccionados, razão pela qual mostra-se ainda mais necessário o debate acerca do uso indiscriminado das medidas cautelares constritivas do direitos de liberdade.

Além das razões pragmáticas, é imperativo observar que a aplicação das prisões provisórias merece maior atenção também por conta da frequente afronta aos princípios-garantia constitucionais que acabam por ferir de morte os ditames da Constituição Federal de 1988, na medida em que não somente deixa de saudar aos princípios consagrados, mas sim, os sobrepõe com medidas extremas destituídas de amparo normativo.

Constata-se, portanto, a necessidade de uma remodelagem interpretativa em que pese à disciplina constitucional e infraconstitucional da matéria aplicável às prisões provisórias. O primeiro passo requer a observância dos princípios-garantia previstos na Lei Fundamental, devendo ser prestigiados os direitos fundamentais individuais como forma de evitar que eventuais abusos sejam praticados.

Posteriormente, é impreterível que se redesenhe o paradigma das prisões cautelares, fazendo com o que o instrumento deixe de ser utilizado para fins satisfativos e torne a se destinar àquilo que lhe é inerente: a natureza acautelatória, excepcional e comedida. Para tanto, requer-se um julgamento mais criterioso no que se refere aos conceitos jurídicos indeterminados constantes na legislação infraconstitucional, acompanhados de análises soerguidas sobre os cânones dos princípios da proporcionalidade/razoabilidade como forma de evitar que a medida que deveria ser excepcional torne-se a regra.

Não obstante, deve-se frisar a preciosidade do direito fundamental à liberdade. Sempre que restringido um direito de tal dimensão, faz-se necessário que haja motivos satisfatórios para tanto, de sorte que em não havendo os mesmos, não restará dúvidas a respeito da ocorrência de afronta a direitos individuais. Decerto, em um Estado Democrático de Direito, não é admissível que por razões utilitaristas se dê ensejo a violações de direitos e garantias fundamentais com a pretensa justificativa de resguardar a paz pública.

Repensar a lógica de aplicação das prisões provisórias em um país que já ostenta uma das maiores populações carcerárias do mundo é medida urgente e inadiável. A manutenção de práticas de aprisionamento sem a demonstração em concreto de motivos satisfatórios para tanto implica no desmantelamento do Estado Democrático de Direito e, por consequência, reforça a triste noção de que nossa Constituição Federal é apenas um pedaço de papel, cada vez menos dotada de significado para a maioria dos cidadãos brasileiros.

## REFERÊNCIAS

- ABREU, Frederico do Valle. **Conceito jurídico indeterminado, interpretação da lei, processo e suposto poder discricionário do magistrado.** *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 674, 10 maio 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6674>>. Acesso em: 12 jun. 2018.
- ASSIS, Gabriel Campos de. **A Lei 12.403/2011 e as dificuldades de contenção do poder punitivo.** 2015. 61 f. Monografia (Especialização) - Curso de Brasília, Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/8384/1/21010523.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.
- BARROSO, Sérgio Luiz. **Quais os direitos do preso?** 2016. Disponível em: <<https://sergioluizbarroso.jusbrasil.com.br/artigos/382288357/quais-os-direitos-do-preso>>. Acesso em: 12 maio 2018.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 159 p.
- BERNARDES, Julio Cesar; THOMÉ, João Batista. Cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados: o poder criador dos juízes e a legitimidade democrática das decisões judiciais. **Justiça do Direito**, Florianópolis, v. 27, n. 1, p.53-67, jan. 2013. Semestral.
- BOAVENTURA, Thiago Henrique. **Você já ouviu falar na Teoria da Tinta Diluída?** 2017. Disponível em: <<https://thiagobo.jusbrasil.com.br/artigos/417316566/voce-ja-ouviu-falar-na-teoria-da-tinta-diluida>>. Acesso em: 14 maio 2018.
- BORGES, Rodrigo Campagnani. A limitação objetiva do conceito de ordem pública para decretação da prisão preventiva. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4563, 29 dez. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/45469>>. Acesso em: 13 jun. 2018.
- BOTTURA, Vitor Raatz. O problema da generalização das prisões cautelares. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4461, 18 set. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/33572>>. Acesso em: 03 jun. 2018.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 22 abr. 2018.
- \_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal. Decreto Lei nº 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.



\_\_\_\_\_. **Lei nº 7960** de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre prisão temporária. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm). Acesso em: 16.04.2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Recurso Extraordinário nº 136.239/SP, 1ª Turma. Rel. Min. Celso de Mello. Impetrante: Nélio Roberto Seidl Machado e Alberto Pavie Ribeiro em. Relator: Celso de Mello. Brasília, DF, 07 de abril de 1992. **DJU**. Brasília/DF.

\_\_\_\_\_. Acórdão de Ação Penal nº 307-3, Plenário. Relator: Ilmar Galvão. Brasília, DF, 13 de outubro de 1995. **DJU**. Brasília/DF, 14 out. 1995.

\_\_\_\_\_. Acórdão HC nº 68.742-3/DF, Pleno. Relator: Octávio Galloti. Brasília, DF de 23 de mai de 1991. **DJU**. Brasília/DF, 1991.

\_\_\_\_\_. Acórdão nº HC 69.026-2, 1ª Turma. Relator: Celso de Mello. Brasília, DF, 04 de setembro de 1992. **DJU**. Brasília/DF, 04 set. 1992.

\_\_\_\_\_. Acórdão HC nº 69.696-SP. Relator: Celso de Mello. Brasília, DF, 01 de outubro de 1993. **DJU**. Brasília/DF, 01 out. 1993.

\_\_\_\_\_. Acórdão nº HC 71.401-3/MS, 2ª Turma. Relator: Maurício Corrêa. Brasília, DF, 08 de outubro de 1995. **DJU**. Brasília/DF, 09 out. 1995.

\_\_\_\_\_. Acórdão nº HC 72.171-1- SP, 1ª Turma. Relator: Sydney Sanches. Brasília, DF, 22 de agosto de 1995. **DJU**. Brasília/df, 27 out. 1995.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 397. Relator: Sydney Sanches. Brasília, DF, 03 de abril de 1964. **Dj**. Brasília, 08 maio 1964. p. 1255-1279. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=4070>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

CAMPOS, Helena Nunes. Princípio da proporcionalidade: a ponderação dos direitos fundamentais. **Cadernos de Pós-graduação em Direito Político e Econômico**, São Paulo, v. 4, p.23-32, 2004. Disponível em: <[http://www.mackenzie.br/fileadmin/Pos\\_Graduacao/Mestrado/Direito\\_Politico\\_e\\_Economico/Cadernos\\_Direito/Volume\\_4/02.pdf](http://www.mackenzie.br/fileadmin/Pos_Graduacao/Mestrado/Direito_Politico_e_Economico/Cadernos_Direito/Volume_4/02.pdf)>. Acesso em: 04 jun. 2018

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 995 p.

CARNEIRO, Helio Márcio Lopes. *"Imprescindibilidade" para as investigações: conceito jurídico indeterminado como pressuposto para a decretação da Prisão Temporária*. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 19 maio 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.48178&seo=1>>. Acesso em: 17 jun. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição: Princípios constitucionais do processo penal**. 5. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2009. 353 p.

CAVALCANTE, Lara Capelo. **O princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana como fundamento da produção da existência em todas as suas formas**. 2007. 115 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2007. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp049145.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2018.

CORDEIRO, Taiana Levinne Carneiro et al. **Princípio da presunção de inocência**. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42932/principio-da-presuncao-de-inocencia>>. Acesso em: 17 maio 2018.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. 799 p.

DUTRA, Bianca Moreira. **Principiologia das prisões cautelares**. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/32468/principiologia-das-prisoas-cautelares/1>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

FARIA, Francislane Alves de. **PRISÃO CAUTELAR X PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**. 2009. 77 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Ciências Administrativas e Econômicas Curso de Direito, Universidade Vale do Rio Doce, Governador Valadares, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 764 p.

FERRARI, Rafael. O princípio da presunção de inocência como garantia processual penal. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11829](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11829)>. Acesso em 16 maio 2018.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GARCEZ, William. **A presunção de inocência na visão do STF: O julgamento do HC 126.292**. 2016. Disponível em:

<<https://delegadowilliamgarcez.jusbrasil.com.br/artigos/308531136/a-presuncao-de-inocencia-na-visao-do-stf-o-julgamento-do-hc-126292>>. Acesso em: 16 maio 2018.

GARUTTI, Selson; OLIVEIRA, Rita de Cássia da Silva. **A PRISÃO E O SISTEMA PENITENCIÁRIO – UMA VISÃO HISTÓRICA**. 2012. Disponível em: <[http://www.ppe.uem.br/publicacoes/seminario\\_ppe\\_2012/trabalhos/co\\_02/036.pdf](http://www.ppe.uem.br/publicacoes/seminario_ppe_2012/trabalhos/co_02/036.pdf)>. Acesso em: 13 abr. 2018.

GONÇALVES, Luiza. **A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA**. 2015. 85 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Departamento de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

KUMAGAI, Cibele; MARTA, Taís Nader. Princípio da dignidade da pessoa humana. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 77, jun 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7830](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7830)>. Acesso em jun 2018.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 1013 p.

MARQUES, Victor Fagundes. A inconstitucionalidade do conceito jurídico “garantia da ordem pública” como hipótese de decretação da prisão preventiva. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4700, 14 maio 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/48238>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

PESSOA, Leonardo Ribeiro. **Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na jurisprudência tributária norte-americana e brasileira**. 2004. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/norte.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

MEZZOMO, Renato Ismael Ferreira. *Os princípios do contraditório e da ampla defesa*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 27 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.50999&seo=1>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 1087 p.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. 1067 p

PINHEIRO NETO, Pedro Bentes. **CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: Normas de textura aberta e parâmetros da discricionariedade judicial**. 2015. 100 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Instituto de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, Belém, 2015. Disponível em: <<http://www.ppgd.propesp.ufpa.br/ARQUIVOS/dissertacoes/Dissertação de Mestrado - UFPA - Pedro Bentes Neto - VERSÃO .pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2009. 981 p.

SANTOS, Vinicius Lang dos. **O DIREITO CONSTITUCIONAL AO PRAZO RAZOÁVEL E A DURAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA**. 2008. 138 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. Disponível em: <<http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4789/1/409055.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

SILVA, Ana Paula Caldin da. **Aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade na jurisprudência tributária brasileira**. 2010. 104 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2010. Disponível em: <[http://tede.mackenzie.br/jspui/bitstream/tede/987/1/Ana Paula Caldin da Silva.pdf](http://tede.mackenzie.br/jspui/bitstream/tede/987/1/Ana%20Paula%20Caldin%20da%20Silva.pdf)>. Acesso em: 04 jun. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. 929 p.

SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. As medidas cautelares pessoais no projeto de Código de Processo Penal – PLS 156/2009. In: COUTINHO, Jacinto Nelson; CARVALHO, Luis G. Grandinetti de (Org.). *O novo processo penal à luz da constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 266.

SOUZA, Diego Brunno Cardoso de. *O Princípio da não Auto-Incriminação*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 25 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42599&seo=1>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 645 p.

VASCONCELOS, Eneas Romero de. **Direitos humanos fundamentais: Direitos fundamentais absolutos?**. 2009. Disponível em: <<https://direitoshumanosfundamentais.wordpress.com/2009/01/13/direitos-fundamentais-absolutos/>>. Acesso em: 16 maio 2018.

VICENTE, Laura Nunes. O princípio da proporcionalidade Uma Nova Abordagem em Tempos de Pluralismo. **Prêmio Doutor Marnoco e Sousa**, Coimbra, p.5-83, dez. 2014.

Anual. Disponível em:

<[https://www.ij.fd.uc.pt/publicacoes/premios/pub\\_1\\_ms/numero1\\_pms.pdf](https://www.ij.fd.uc.pt/publicacoes/premios/pub_1_ms/numero1_pms.pdf)>. Acesso em: 04 jun. 2018.

VIEIRA, Juliana Porto. **PRISÃO PREVENTIVA SOB A ÉGIDE DO GARANTISMO PENAL: UM COMPARATIVO LUSO-BRASILEIRO**. 2014. 101 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Mestrado em Ciências Jurídico- Criminais, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014. Disponível em: <[https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/34824/1/Prisao Preventiva sob a Egide do Garantismo Penal Um Comparativo Luso-Brasileiro.pdf](https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/34824/1/Prisao%20Preventiva%20sob%20a%20Egide%20do%20Garantismo%20Penal%20Um%20Comparativo%20Luso-Brasileiro.pdf)>. Acesso em: 11 abr. 2018.

WUNDERLICH, Alberto. **Da prisão como pena à prisão preventiva**. 2006. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12582-12583-1-PB.htm>>. Acesso em: 10 abr. 2018.