

ANTONIO AUGUSTO DE ARROXELAS MACEDO FILHO

PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Não-culpabilidade e Tutela Cautelar Penal como Garantia dos Bens Jurídicos Penais

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre. Área de Concentração: Teoria do Direito e Decisão Jurídica.

Linha de Pesquisa: Teoria da Tutela dos Bens Jurídicos Penais.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Anamaria Torres.

Recife
2009

Macedo Filho, Antonio Augusto de Arroxelas

Princípio da presunção de inocência: não-culpabilidade e tutela cautelar penal como garantia dos bens jurídicos penais / Antonio Augusto de Arroxelas Macedo Filho. – Recife : O Autor, 2009.

169 folhas.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2009.

Inclui bibliografia e anexos.

1. Princípio da inocência - Brasil. 2. Presunção (Processo penal) - Brasil. 3. Culpabilidade - Brasil. 4. Processo penal - Brasil. 5. Tutela cautelar - Brasil. 6. Direitos e garantias individuais - Brasil. I. Título.

343.125 (81)
345.8105

CDU (2.ed.)
CDD (22.ed.)

UFPE
BSCCJ2009-018

Antonio Augusto de Arroxelas Macedo Filho

PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: não-culpabilidade e tutela cautelar penal como garantia dos bens jurídicos penais

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco PPGD/UFPE, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Área de concentração : Teoria do Direito e Decisão Jurídica

Orientadora: Dra. Anamaria Campos Torres

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Mestrado, e o julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: aprovado

Professor Dr. **Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão** (Presidente - UFPE)

Julgamento: aprovado Assinatura: [Assinatura]

Professora Dra. **Maria Auxiliadora Minahim** (1º Examinadora externa- UFBA)

Julgamento: aprovado Assinatura: [Assinatura]

Professor Dr. **Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas** (2º Examinador interno - UFPE)

Julgamento: aprovado Assinatura: [Assinatura]

Recife, 16 de dezembro de 2009.

Coordenador Prof. Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti

A Deus e à Maria mãe do mestre maior.

À minha mãe pela constante luz em meu caminho.

A meu pai, exemplo de moralidade.

À minha família por estarmos juntos nesta existência.

À Ju, pela companheira positiva energia.

À minha Orientadora Professora Doutora Anamaria Torres, pelo exemplo profissional e de pessoa.

Aos Professores Doutores Cláudio Brandão, Alexandre da Maia, André Rosa, Artur Stamford, João Maurício Adeodato, Luciano Oliveira e Ricardo de Brito, pelas aulas ministradas.

A todos os funcionários do P.P.G.D., em nome de Josina de Sá Leitão (Josy), pelo incentivo.

AGRADECIMENTOS

À minha Orientadora Professora Doutora Anamaria Torres, pela orientação do trabalho e de vida.

Aos Professores Doutores Cláudio Brandão, Alexandre da Maia, André Rosa, Artur Stamford, João Maurício Adeodato, Luciano Oliveira e Ricardo de Brito.

A todos os funcionários do P.P.G.D., em nome de Josina de Sá Leitão (Josy).

À Biblioteca da Faculdade de Direito da UFPE, fonte de pesquisas.

RESUMO

A verdadeira Justiça dependerá de um Direito proveniente de um Estado que atenda os interesses, pelo menos, da maioria e sempre com o respeito as garantias constitucionais. As normas constitucionais funcionarão como um norte de hierarquia superior que imporá os limites ao direito de punir. O Legislador terá que definir os bens jurídicos partindo dos ditames e limites impostos na Constituição. A função fundamental do bem jurídico é a de delimitar a norma penal e de garantia do indivíduo frente ao Estado. É a prova, o meio pelo qual se demonstra a existência de um fato jurídico, fornecendo ao julgador o conhecimento da verdade. Outro elemento essencial deve existir no processo, para uma justa punição, a culpabilidade. Não devendo haver pena se a conduta do autor não for reprovável, sendo inegável a dificuldade para se estabelecer um julgamento acerca do grau de culpabilidade, por haver consideráveis obstáculos para que o magistrado faça uma avaliação sob a perspectiva do agente e consiga fazer uma valoração adequada. Havendo probabilidade de condenação, decreta-se a providência cautelar para garantir a execução ulterior da pena, dessa forma, a mesma se assenta num juízo de probabilidade, tendo assento jurídico-constitucional. A presunção de culpabilidade deve ser fundamentação para tutela cautelar penal, em casos excepcionais de extrema necessidade de proteção aos bens jurídicos penais, se contrapondo ao princípio da inocência.

Macedo Filho, Antonio Augusto de Arroxelas. **Princípio da presunção de inocência:** não-culpabilidade e tutela cautelar penal como garantia dos bens jurídicos penais. 2009. 169 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, 2009.

Palavras-chave: Culpabilidade. Bem Jurídico. Tutela Cautelar.

ABSTRACT

The real justice will depend on a law from a state that meets the interests, at least, the majority and always with respect for constitutional guarantees. The constitutional standards will serve as a superior hierarchy north that will impose the boundaries to the right to punish. The legislator will have to set the legal property from the dictates and limits imposed by the Constitution. The primary function of the legal asset is to narrow the criminal law and the security of individuals against the state. It is the proof, the means by which one demonstrates the existence of a legal suit, giving the judge the knowledge of truth. Another key element should be in the lawsuit for a fair punishment, the guilt. There should be no penalty if the conduct of the author is not objectionable, being undeniable the difficulty to establish a trial on the degree of culpability, due the existence of considerable obstacles to the magistrate makes an assessment from the perspective of the agent and can make a proper valuation. For any chance of conviction, decrees to providence custody to ensure the further implementation of the sentence, thus it is based on an assessment of probability, on a legal and constitutional seat. The presumption of guilt should be grounded for criminal custody litigation, in exceptional cases of extreme need for protection of legal criminal assets, contrasting it to the principle of innocence.

Macedo Filho, Antonio Augusto de Arroxelas. **Principle the presumption on innocence:** Non-culpability and tutelage caution penal as guarantee of legal interest penais. 2009. 169 p. Dissertation (Máster's Degree of Law) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, 2009.

Keywords: Guilt. Legal asset. Custody litigation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1	
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	14
1.1 Presunção de Inocência: Princípio Constitucional	14
1.2 Presunção de Inocência no Processo Penal	18
1.3 Conclusão	20
CAPÍTULO 2	
DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO CLÁUSULAS PÉTREAS: SUA	
RELAÇÃO COM A DEMOCRACIA, CONSTITUCIONALISMO E JUSTIÇA	22
2.1 Garantias individuais e a ordem jurídica	22
2.1.1 Formação histórica das garantias individuais	22
2.1.2 A Declaração Americana	23
2.1.3 A Declaração Francesa	24
2.1.4 Evolução dos Direitos Individuais	28
2.2 Garantia dos Direitos Fundamentais e Proteção dos Bens Jurídicos	34
2.3 Cláusulas Pétreas	37
2.3.1 Direitos Fundamentais como Cláusulas Pétreas	37
2.3.2 Cláusulas Pétreas e Democracia	40
2.4 Indenização ao condenado por erro judiciário e por prisão além do tempo fixado na sentença	42

2.4.1 Responsabilidade objetiva do Estado como garantia do direito fundamental de indenização ao condenado por erro judiciário e por prisão além do tempo fixado na sentença	42
2.4.2 Erro judiciário	44
2.4.3 Responsabilidade pessoal do magistrado por ato jurisdicional	48
2.4.4 Prisão além do tempo fixado na sentença	50
2.5 Idéia de Justiça	53
2.6 Conclusão	57

CAPÍTULO 3

BEM JURÍDICOPENAL ANTE A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

3.1 Surgimento e conceito	62
3.2 Funções do bem jurídico	65
3.2.1 Função de garantia	65
3.2.2 Função Constitucional	65
3.3 Conclusão	68

CAPÍTULO 4

PROVA NO PROCESSO ANTE A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

4.1 Conceito	70
4.2 Prova no Processo	72
4.3 Meios de prova	76
4.4 Ônus da prova	79
4.5 Diferença entre exame de corpo de delito e corpo de delito	80
4.6 Exame de corpo de delito e confissão	81

4.7	Impossibilidade de exame de corpo de delito e prova testemunhal	82
4.8	Prova pericial	82
4.9	Conclusão	84

CAPÍTULO 5

CULPABILIDADE COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

5.1	Idéia de culpabilidade	88
5.1.1	Conceito de Culpabilidade	88
5.1.2	Fundamentos da Culpabilidade	90
5.1.3	Evolução da Culpabilidade	92
5.2	Conclusão	94

CAPÍTULO 6

PENA NA MEDIDA DA CULPABILIDADE EM CONTRAPOSIÇÃO A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

6.1	Origem e definição de Pena	95
6.2	Fins da Pena	98
6.3	Espécies de pena	102
6.3.1	Pena de morte	102
6.3.2	As penas do Código Penal	104
6.4	Fundamentação na fixação da pena	107
6.5	Circunstâncias judiciais	111
6.6	Conclusão	113

CAPÍTULO 7

NÃO-CULPABILIDADE E TUTELA CAUTELAR PENAL

		115
--	--	-----

7.1 Tutela Cautelar Como Garantia	115
7.2 Medidas Cautelares.....	118
7.2.1 Prisão em Flagrante.....	123
7.2.2 Prisão Preventiva.....	129
7.2.3 Prisão Temporária.....	137
7.2.4 Prisão Decorrente de Pronúncia.....	141
7.2.5 Prisão Resultante de Sentença Penal Condenatória Recorrível.....	144
7.3 Natureza da Prisão Cautelar.....	146
7.4 Aplicabilidade da Prisão Cautelar.....	150
CONCLUSÃO	153
REFERÊNCIAS	159
ANEXO.....	166

INTRODUÇÃO

A escolha do tema Princípio da Presunção de Inocência: Não-culpabilidade e Tutela Cautelar Penal como Garantia dos Bens Jurídicos Penais, surgiu em decorrência do exame da seguinte questão:

Quando o bem jurídico penal apresentar um alto grau de necessidade de sua preservação, ante a ofensividade apresentada, pode ser ameaçado ante a não culpabilidade do agente?

Todos gozamos do direito de não ser preso, salvo depois de uma sentença penal condenatória com trânsito em julgado, proferida dentro de um processo legal (CF, art. 5º, LIV). Mas ocorre que essa norma constitucional não é absoluta. O direito que temos de não ser preso antes de uma condenação definitiva pode, em casos excepcionais, conflitar com o interesse da sociedade em ver decretado o recolhimento à prisão, mesmo antes da sentença irreversível.

Como garantir o bem jurídico violando o princípio da presunção de inocência?

A prisão continua sendo uma necessidade social que encontra estribo no direito constitucional, devendo ser observado que tendo caráter provisório, cautelar, deve estar estritamente subsumida na previsão legal e em rígida observância aos princípios constitucionais, em casos de grave ameaça a bens jurídicos penais, havendo por parte do julgador uma correta idéia de justiça, observação da prova e culpabilidade como indicativos de futura aplicação de pena, sob pena de ilegalidade e abuso.

A tutela cautelar penal, legalmente pode ocorrer, contudo em casos excepcionais e dentro de um rigor previsto em lei de forma a garantir o homem não culpado.

Fala-se, nesse caso, em cinco hipóteses em nosso ordenamento jurídico de prisão: flagrante, preventiva, temporária, derivada de pronúncia e decorrente de sentença recorrível.

Em casos excepcionais, em suma, mesmo antes da sentença irrecurável, pode o juiz, fundamentadamente, decretar ou manter a prisão cautelar do autor do delito.

Logo, a presente dissertação de mestrado justifica-se pelo polêmico dualismo, de difícil convivência na vida prática, entre o direito a liberdade com o Princípio da Não Culpabilidade e a garantia dos bens jurídicos, tudo conforme as nossas garantias constitucionais.

A hipótese de trabalho está inserida na área de concentração de Direito Público - Teoria do Direito e Decisão Jurídica e linha de pesquisa - Teoria da Tutela dos Bens Jurídicos Penais – desenvolvida pela Professora Orientadora.

Sem a pretensão de esgotar a discussão em torno do tema proposto, até mesmo por não ser possível e por nossas limitações, pela pesquisa seletiva estabelecendo prioridades no material bibliográfico levantado, pretendemos contribuir com a presente dissertação de mestrado para o debate acadêmico, que possa servir de base para a obtenção de resultados mais justos na prática do jurista.

Esta dissertação de mestrado tem por tema Princípio da Presunção de Inocência: Não-culpabilidade e Tutela Cautelar Penal como Garantia dos Bens Jurídicos Penais. Com isso, pretende-se uma observação da possibilidade legal da restrição da liberdade em situações excepcionais, sempre que for extremamente necessário assegurar um bem jurídico penal ameaçado, no caso das prisões antecipadas, provisórias, cautelares ou prévias, como são chamadas, predominantemente, a prisão em flagrante, a prisão preventiva, a prisão temporária, a prisão decorrente de decisão de pronúncia e a prisão de sentença penal condenatória passível de recurso, em contraponto ao “Princípio da Presunção de Inocência”.

Com a delimitação do objeto, passaremos a demonstrar o método de pesquisa que será teórica, com pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira – em livros, artigos, textos, jurisprudência, internet etc.

No desenvolvimento do estudo, em cada capítulo adotaremos o método lógico-dedutivo – do geral para o particular.

Em que pese o trabalho apontar idéias discordantes, o mesmo demonstra o ponto de vista defendido, no sentido de que é possível caminhar de encontro ao Princípio da Não Culpabilidade, com observação das garantias constitucionais, desde que exista a necessidade de se garantir bem jurídico penal, tudo de forma limitada a correta idéia de justiça, razão pela qual são apresentados capítulos com temas diversos, contudo, os mesmos são estudos a respeito de tudo que esteja ligado ao justo dentro de um processo penal.

A dissertação está estruturada em sete capítulos: no primeiro apresentamos um estudo prévio a respeito da presunção de inocência, como forma primeira antes de qualquer pesquisa, sendo o ponto de partida para entendimento do tema. No segundo tratamos dos direitos fundamentais como cláusulas pétreas, sua relação com a democracia, constitucionalismo e justiça, estudando as garantias individuais, com sua formação histórica e evolução, a colisão entre direitos fundamentais e bens que devem ser protegidos, concluindo com a responsabilidade no caso de ilegalidade na privação da liberdade. O terceiro trata do surgimento, conceito e função do bem jurídico penal ante a presunção de inocência. O quarto é uma abordagem a respeito do conceito e colocação da prova no processo ante a presunção de inocência. No quinto tratamos de um breve estudo da idéia de culpabilidade como princípio constitucional da presunção de inocência, com conceito, fundamentos e evolução. O sexto é uma seqüência do anterior, com estudo da pena na medida da culpabilidade em contraposição a presunção de inocência, sua origem, definição, fins, espécies e aplicação. Por fim, o sétimo capítulo encerra o trabalho com a tese, notadamente nos dois últimos pontos que tratam da natureza e aplicabilidade da prisão cautelar, sendo feito estudo a respeito da tutela cautelar como garantia e das medidas cautelares.

CAPÍTULO 1

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.

1.1 Presunção de Inocência: Princípio Constitucional

Com o Direito, é possível alcançarmos aquilo que é justo, como forma de se fazer justiça? O Direito é ameaçado por ataques da injustiça? Quem tem o correto entendimento do que é justo ou injusto?

Para Rudolf von Ihering a justiça é sustentada pela força do Direito.

“O direito não é uma pura teoria, mas uma força viva.
Por isso a justiça sustenta numa das mãos a balança em que pesa o direito, e na outra a espada de que se serve para o defender.
A espada sem a balança é a força brutal; a balança sem a espada é a impotência do direito.”¹

A expressão *jus*, do latim clássico, foi suplantada pela palavra *direito*, que, como já dito na introdução, provém do latim *directu*, por ser mais expressiva. Em Roma havia o *jus* e o *fas*. O *jus* era o conjunto de normas formuladas pelos homens, destinadas a dar ordem à vida em sociedade e o *fas* era o conjunto de normas de origem divina, religiosa, que regeriam as relações entre os homens e as divindades.

Nos primeiros momentos da História de Roma o *fas* imperava, sua aplicação cabia aos pontífices, ministros supremos da religião. Os pontífices guardavam em segredo os princípios jurídicos que deveriam ordenar as ações humanas. Daí, a palavra sanção, de sancionar, santificar, isto é, os sacerdotes “santificavam” a lei.

Assim sendo, antes de observarmos a presunção de inocência como garantia constitucional, devemos enxergar como princípio maior do Direito para assegurar uma correta aplicação da justiça em seu sentido maior.

¹ VON IHERING, Rudolf. **A luta pelo direito**. Tradução de João Vasconcelos, 23ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.1.

A força do Estado na aplicação do Direito deve existir, no entanto, dentro do equilíbrio necessário para se empregar a justiça.

O dispositivo constitucional – artigo 5º, inciso LVII - de que nenhuma pessoa poderá ser considerada culpada senão após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória é o coroamento do devido processo legal no domínio do processo penal. É a forma de garantir a paz e a liberdade das pessoas em nível constitucional, em virtude do Estado autoritário anteriormente existente.

A democracia, com o fracasso dos Estados totalitários, ganha vida nova e assume uma fisionomia marcadamente social. É o Estado do Bem Estar que surge em muitos países, notadamente os chamados de primeiro mundo.

No entanto, essa nova vida da democracia, no mundo atual enfrenta distorções, ante a necessidade de soluções para os grandes conflitos da atualidade, em destaque a violência - com maior relevo nos países em desenvolvimento – e a questão ambiental, impondo medidas repressivas, chegando a violação da liberdade.

Dessa forma nasce a necessidade do equilíbrio de uma democracia onde as liberdades públicas convivam harmonicamente com os direitos sociais, razão pela qual muitos Estados democráticos contemporâneos vem garantindo constitucionalmente o Princípio da Inocência.

Pioneiramente a Constituição italiana de 1947 dispôs em seu artigo 27: "A responsabilidade penal é pessoal. O acusado não é considerado culpado se não quando de sua condenação definitiva".

A Constituição da Nicarágua determina no seu artigo 34: "o réu tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prove sua culpabilidade de acordo com a lei".

A Constituição da Costa Rica deu ao artigo 39, a seguinte redação: "Ninguém pode sofrer pena se não por delito, quase delito, ou contravenção sancionados por lei anterior, e em

virtude de sentença definitiva, ditada por autoridade competente garantida previamente a oportunidade da defesa, e mediante a necessária demonstração da culpabilidade".

A Constituição da Bolívia em seu artigo 16, afirma: "presume-se a inocência do acusado enquanto não se prove a sua culpabilidade".

A Constituição do Peru na letra c, do artigo 29, entende que "Toda a pessoa será considerada inocente enquanto não for declarada judicialmente a sua responsabilidade".

A nossa ordem jurídica também dá a culpabilidade gabarito constitucional. Basta considerar o texto do inciso LVII, da nossa Carta Magna: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

No plano das relações internacionais do Brasil, foi consagrada a prevalência dos Direitos Humanos – art. 4º, inciso II, da CF/88 – e obviamente não seria exclusivamente para as relações internacionais, considerando os termos do preâmbulo da Constituição, sendo inclusive declarado o princípio da busca da integração dos povos da América Latina - art. 4º, parágrafo único, da CF/88 – explicitando a importância da Convenção Americana de Direitos Humanos – o Pacto de San José de Costa Rica – definitiva e internalizada pela promulgação do Decreto nº 678/92).

O Princípio da Presunção de Inocência adotado pelo Brasil, se encontra de acordo com o artigo 9º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, no sentido de que toda pessoa se presume inocente até que tenha sido declarada culpada, preceito reiterado no artigo 26, da Declaração Americana de Direitos e Deveres, de 02 de maio de 1948 e por fim, no artigo 11, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU.

Todas as normas instituidoras de direitos fundamentais devem ser consideradas como essenciais, pois se algumas não vierem a ser levadas a sério, será difícil fundamentar o porquê de se tratar com seriedade outras normas da Constituição. Assim, implica sempre reconhecer

aos direitos fundamentais individuais à liberdade e à presunção de inocência, enquanto correlacionados aos respectivos princípios, a sua precedência, *prima facie*, diante dos bens coletivos que viessem a justificar uma restrição àqueles.

Uma vez confrontados direitos individuais com determinados bens coletivos, impor-se-ia um ônus argumentativo contra esses últimos *in dubio pró libertate*. Podem vir a ser restringidos os direitos individuais, todavia, desde que satisfeitas as exigências da proporcionalidade. Esta última desempenharia, então, a função de critério aferidor da constitucionalidade das restrições aos direitos fundamentais, não sendo por nada que Alexy a denominou, em linguagem ricamente alusiva, "ponto arquimédico dos direitos fundamentais"².

No Brasil, a Constituição Federal vigente estabelece princípios fundamentais, que, muito mais do que metas políticas a serem, talvez, um dia, quem sabe, alcançadas, trata-se de normas jurídicas de direito positivo que, veiculadas e postas em destaque pelo próprio texto constitucional devem ser tidas como as de mais elevada estatura e dignidade jurídica em todo o ordenamento jurídico pátrio.

A Constituição tem existência e validade, que se concretizam através dos princípios, ficando toda a sua unidade e eficácia subordinadas ao maior e melhor cumprimento harmônico dessas normas-princípios.

Acolhendo e seguindo, assim, a bem cabida admoestação de Ronald Dworkin³ - expressa no título de sua obra mais conhecida - tais são aquelas normas, dentre todas, as que mais devem ser levadas a sério; e a realização da Constituição é a realização de seus princípios fundamentais.

² ALEXY, Robert, ("Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático", Trad. Luís Afonso Heck. Palestra — proferida na sede da Escola Superior da Magistratura da Justiça Federal (ESMAFE), em Porto Alegre, no dia 7 de dezembro de 1998.

³ (Apud) FLACH, Norberto. **Prisão processual penal: discussão à luz dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da segurança jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 36.

Observada a Carta de 88, destarte, com foco nos princípios que importam a este estudo, constata-se liminarmente que restou consagrado um Estado democrático de direito (art. 1º, caput) fundamentado, entre outros aspectos, na cidadania e na dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III), a par de seu expreso compromisso com a liberdade, a segurança também associada aos direitos sociais, no caput do art. 6º, a igualdade e a justiça, como estatui o seu preâmbulo, fazendo-os valores supremos, reforçados e reiterados, de resto, pelo disposto no caput do art. 5º.

Logo, constata-se que a presunção de inocência é um dos princípios de maior importância em nossa Constituição Federal, fazendo parte e confirmando o equilíbrio na aplicação do Direito pelo Estado, dentro do Princípio do Estado de Direito, como observado pela doutrina adiante:

"O principio do Estado de Direito, como valor imanente ao ordenamento jurídico, estabelece a ligação estrutural entre a atividade do Estado e o Direito. A Atividade do Estado está relacionada ao Direito quanto à finalidade e quanto ao processo de intervenção"⁴

1.2 Presunção de Inocência no Processo Penal

O Princípio da Presunção de Inocência, também chamado de Princípio da Não-Culpabilidade e Princípio do Estado de Inocência, trata-se de um desdobramento do Princípio do Devido Processo Legal, consagrando-se como um dos mais importantes alicerces do Estado de Direito, visando, primordialmente, à tutela da liberdade pessoal.

O Princípio da Presunção de Inocência deve ser considerado em três momentos distintos: Na instrução processual, como presunção legal relativa de não-culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; na avaliação da prova, impondo-se seja valorada em favor do

⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann, **Medida provisória na constituição de 1988**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 49.

acusado quando houver dúvidas sobre a existência de responsabilidade pelo fato imputado; no curso do processo penal, como parâmetro de tratamento ao acusado, em especial no que concerne à análise quanto à necessidade ou não de sua segregação provisória.

No último aspecto, O Princípio da Presunção de Inocência não importou na revogação das modalidades de prisão anteriores ao trânsito em julgado da sentença, como podemos observar na decisão adiante:

“O Princípio da Presunção de Inocência, consagrado no art. 5º, inciso LVII, da CF/88, não importou na revogação das modalidades de prisão anteriores ao trânsito em julgado da sentença, previstas em lei ordinária. A Constituição nesse mesmo art. 5º, inciso LXI, consagra a prisão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade competente, e no inciso LIV, que ninguém será privado da liberdade sem o devido processo legal. Interpretando-se em conjunto todos os dispositivos (art. 5º, LIV, LVII e LXI, da CF/88) chega-se a conclusão de que não houve a abolição da prisão provisória em qualquer de suas modalidades” (TACrim: HC 102.845-3, Barueri, Rel, Carlos Bueno, 30.1.1991).

Em razão do Princípio da Presunção de Inocência, a restrição à liberdade do acusado antes da sentença definitiva só deve ser admitida a título de medida cautelar, segundo a lei - portanto, deve haver o *fumus boni jûris* e o *periculum in mora* - o réu não tem o dever de provar sua inocência, cabe ao acusador comprovar sua culpa para condenar o acusado e o juiz deve ter a convicção de que ele é responsável pelo delito, bastando, para sua absolvição, a dúvida a respeito da sua culpa - *in dúbio pró reo*.

Em razão desse princípio, encontra-se revogado, portanto, o artigo 393, inciso II, do Código de Processo Penal, que permitia, como consequência da sentença penal condenatória recorrível, o lançamento do nome do réu no rol de culpados.

Contudo, não impede a prisão provisória - preventiva, temporária, flagrante delito - nem outros atos coercitivos - busca e apreensão, exame de insanidade mental etc. Neste sentido, a **Súmula nº 09 do STJ**: “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia

constitucional da presunção de inocência”. Contudo, o *periculum in mora* não pode ser presumido, devendo estar devidamente comprovado.

Para efeitos de dosimetria da pena os registros criminais pertinentes a processos a que responde o acusado sem trânsito em julgado de decisão condenatória, de acordo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores é pacífico o entendimento de que tais referências não podem ser valoradas contra o acusado, em homenagem ao Princípio da Presunção de Inocência: "É entendimento desta Corte que somente devem ser consideradas como maus antecedentes criminais as condenações com trânsito em julgado, excluídas as que configuram reincidência" **STJ, HC 58.809/SP, 5.a Turma, DJ 13.11.2006.**

De acordo com a doutrina e jurisprudência, o Princípio da Presunção de Inocência não pode ser considerado absoluto, impondo-se que seja mitigado em certas circunstâncias, como nos casos das prisões antecipadas.

1.3 Conclusão

O processo tem por fim a composição de litígios, conseqüentemente, quando presente o Estado de Direito, encontra na Constituição princípios que devem ser observados, sendo indiscutível a relação entre o Direito Processual Penal e o Direito Constitucional, considerando princípios como o Devido Processo Legal, Ampla Defesa, Contraditório, Duplo Grau de Jurisdição e entre outros com destaque o da Presunção de inocência.

A Não-Culpabilidade pode ser estudada à luz do Direito Constitucional e/ou Processual Penal, sua previsão constitucional se firma como garantia fundamental para a pessoa, contra qualquer abuso no seu direito de liberdade, notadamente dentro do processo.

Na medida em que a Constituição Federal dispõe, expressamente, acerca do princípio em análise, está o ordenamento jurídico infraconstitucional obrigado a torná-lo efetivo,

absorvendo as regras que possibilitem equilibrar o interesse do Estado na satisfação de sua pretensão punitiva com o direito à liberdade e refutando outras que, por sua vez, importem em desarmonizar os componentes do Estado Democrático de Direito.

CAPÍTULO 2

DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO CLÁUSULAS PÉTREAS: SUA RELAÇÃO COM A DEMOCRACIA, CONSTITUCIONALISMO E JUSTIÇA.

2.1 Garantias Individuais e a Ordem Jurídica

2.1.1 Formação histórica das garantias individuais

As prerrogativas que tem o indivíduo em face do Estado são denominadas de liberdades públicas, de direitos humanos ou individuais, nelas incluída a de não ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, por força do inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, que firma o Princípio da Presunção de Inocência.

As liberdades dizem respeito a uma inibição do poder estatal, sendo importante analisar a formação histórica dessas liberdades. Considerando que o poder estatal passou da ilimitação para a liberdade em democracia em lento processo de aquisição da humanidade.

O Cristianismo, ao considerar que toda pessoa é criada à imagem e semelhança de Deus, teve contribuição, contudo os primeiros avanços começaram na Idade Média, passando pela célebre Carta, denominada *Magna Carta Libertatum*, extraída pela nobreza inglesa do Rei João Sem Terra, em 1215, até a reafirmação do *Habeas Corpus*, que até hoje é a expressão fundamental do direito à liberdade física, como bem expõe Alexandre de Moraes:

“A origem mais apontada pelos diversos autores é a Magna Carta, em seu capítulo XXIX, onde, por pressão dos barões, foi outorgada pelo Rei João Sem Terra em 19 de junho de 1215 nos campos de Runnymede, na Inglaterra. Por fim, outros autores apontam a origem do habeas corpus no reinado de Carlos II, sendo editada a *Petition of Rights* que culminou com o *Habeas Corpus Act* de 1679. Mas configuração plena do habeas corpus não havia, ainda, terminado, pois até então, somente era utilizado quando se tratasse de pessoa acusada de crime, não sendo utilizável em outras hipóteses. Em 1816, o novo *Habeas Corpus Act* inglês ampliou o campo de atuação e incidência do instituto, para colher a defesa rápida e eficaz da liberdade individual.”⁵

⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004. p.138.

No Brasil o *habeas corpus* foi constitucionalmente introduzido na Carta de 1891, embora introduzido com a vinda de D. João VI e implícito na Constituição Imperial, bem como previsto no Código de Processo Criminal de 1832, como informa o autor *supra*⁶.

Em 1688 entrou em vigor a Petição de Direitos. Mas, para a compreensão do surgimento das liberdades públicas, é necessário fazer especial referência a duas outras fontes primordiais: o Pensamento Iluminista da França do Século XVIII e a Independência Americana.⁷

2.1.2 A Declaração Americana

Antes da Declaração Francesa ocorreram as Declarações Americanas, logo a partir da Independência das Colônias em 1776. Até 1784, seis colônias americanas - Virgínia, Maryland, Carolina do Norte, Vermon, Massachusetts e New Hampshire - se rebelaram e resolveram proclamar não só os direitos próprios daquele movimento, bem como encarregar Thomas Jefferson de a carta de independência, que foi aprovada em 4 de julho de 1776, que, entre outras coisas, afirmava que o governo de Sua Majestade britânica deveria promover a felicidade dos seus súditos e que, se ele não o fizesse, eles, os seus súditos americanos, teriam todo o direito de pegar em armas e se libertar.⁸

A mais importante delas é a do Estado de Virgínia, que proclama em seu art. 1º:

"Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de igualdade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus posteriores direitos que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança".

⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004. p.138.

⁷ J. A. Gonzales Casanova, **Teoria dei Estado y derecho constitucional**, p. 244.

⁸HISTÓRIA POR VALTAIRE(SIC) ESCHILLING. Disponível em: <<http://educaterra.terra.com.br/valtaire/política/2008/05/22/001/htm>>. Acesso em: 28.02.2009.

Em parte as influências dessas Declarações são as mesmas da Declaração Francesa, ou seja, ambas receberam as mesmas influências. Autores como Locke, Montesquieu e Rousseau também as influenciaram acentuadamente, assim como o liberalismo inglês, que sempre repercutiu profundamente na sua Colônia.

Forte influência tiveram os documentos: *Petição de 1628* e *Bill of Rights, de 1689*, como é demonstrado pelo texto adiante:

“os documentos que começaram a surgir a partir do século XVII, sendo o primeiro deles a **Petição de 1628**, que o parlamento inglês enviou ao desastrado rei Carlos I (que seria mais tarde decapitado durante a revolução puritana, em 1649). Nessa petição, os cidadãos reclamam dos impostos ilegais, do aboletamento dos soldados em casas de gente boa e nas prisões sem justa causa. Dado o comportamento incorrigível dos seus reis, os parlamentares ingleses tiveram que apresentar uma outra, a **Bill of Rights, de 1689**, que visava limitar ainda mais a autoridade real, bem como impedir que, dali em diante, o Parlamento fosse fechado a qualquer pretexto. Tais liberdades conquistadas pelos britânicos encantaram não apenas seus vizinhos franceses (como bem atestam os testemunhos de Montesquieu, de Voltaire e de Rousseau), como terminaram por inspirar os colonos ingleses da América do Norte a também lutar pela conquista da sua independência.”⁹

Interessante observar que a Constituição Federal de 1787 não incluía, na origem, nenhuma Declaração de Direitos, só dois anos depois foram incluídos dez artigos por meio de emendas contendo direitos fundamentais¹⁰.

2.1.3 A Declaração Francesa

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (França), tem em particular a sua universalidade e racionalidade. Enquanto as Declarações anglo-saxônicas apresentavam-se vinculadas às circunstâncias históricas que as precederam e, por essa razão se afiguravam como limitadas ao próprio âmbito sobre o qual vigia a Declaração Francesa se considera válida para toda a humanidade.

⁹HISTÓRIA POR VOLTAIRE ESCHILLING. Disponível em: <<http://educaterra.terra.com.br/voltaire/politica/2008/05/22/001/htm>>. Acesso em: 28.02.2009.

¹⁰ HISTÓRIA POR VOLTAIRE ESCHILLING. Disponível em: <<http://educaterra.terra.com.br/voltaire/politica/2008/05/22/001/htm>>. Acesso em: 28.02.2009.

Rousseau, na sua obra *O Contrato Social*, deu a formulação definitiva da idéia de liberdade dentro de um Estado. É muito frequente fazer-se uma analogia do artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, com o que tem no início da referida obra. "O homem nasceu livre"¹¹. Obviamente que não se trata de uma reprodução do Contrato Social, contudo é certa sua influência, note-se que Rousseau parte do postulado fundamental da Escola de Direito Natural: a existência de um Estado de natureza no qual o homem é livre e a conclusão de um contrato social pelo qual o homem funda a sociedade.¹²

Para Rousseau cada homem se entrega inteiramente à sociedade sem reter nada para si, formando a idéia de liberdade limitada por uma vontade maior. Esse entendimento é bem demonstrado na obra de Vicente de Paulo Barretto, como adiante se coloca:

“O homem rousseauiano só deve obedecer à consciência pública representada pelo Estado, fora do qual não há mais do que consciências privadas ou individuais, que devem ser rechaçadas porque prejudiciais: "Para que o pacto social não se reduza a uma fórmula vazia, implica tacitamente o seguinte empenho, o único que pode dar força aos demais: aquele que se nega a obedecer a vontade geral será obrigado a isso por todo o corpo; isto não significa outra coisa que obrigar-lhe a ser livre". Em síntese, a vontade geral, encarnada no Estado e pelo Estado, é o todo. Como se pode observar, a defesa do bem comum sufoca as possibilidades individuais do cidadão. O indivíduo é absorvido por esse todo representado pelo Estado portador da vontade geral. Nesse sentido, para alguns autores, chama a atenção para o fato de que o contrato social dá origem a um Estado democrático, na medida em que o poder já não pertence a um príncipe ou a uma oligarquia, e sim à comunidade. Essa é a grande contribuição de Rousseau à Filosofia Política. Entretanto, Rousseau também pode consagrar o despotismo da maioria, que assume roupagens de totalidade, pela qual sua vontade não somente é lei, senão também a norma que indica o justo e a virtude. Desde o ponto de vista ético e político, há uma negação da liberdade ao ser humano. Quando esta entra em conflito com a vontade geral predominante, impõe-se-lhe o dever de aceitar que tenha se equivocado, sacrificando assim inteiramente a sua razão em face da vontade coletiva, mediante um autêntico ato de fé. Por isso, impulsionada por uma necessidade fatal, a Filosofia como revolução proposta por Rousseau desemboca no Estado ético e totalitário.”¹³

¹¹ ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social e outros escritos**. Introdução e tradução de Roland Roque da Silva. São Paulo: Editora Cultrix, 1998.p.21.

¹² ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social e outros escritos**. Introdução e tradução de Roland Roque da Silva. São Paulo: Editora Cultrix, 1998.

¹³ BARRETTO, Vicente de Paulo. **Dicionário de filosofia do direito**. Coordenação de Vicente de Paulo Barretto. São Leopoldo: Editora Unisinos e Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006. p. 167.

Nessa sociedade de iguais o poder vai residir na vontade geral. No contrato social o homem decidiu se submeter a ela. Ao obedecê-la, não faz outra coisa senão obedecer a si mesmo. E o que é a vontade geral? Ela não pode ser a só vontade unânime de todos porque Rousseau sabe que em todo grupo a unanimidade só ocorre em situações excepcionais. E como fica a minoria vencida? Ainda se pode falar em liberdade para ela? Para Rousseau, sim. Fundamenta sua posição lembrando que os homens, ao celebrarem o contrato social, se comprometeram a obedecer à vontade geral. Esta, por sua vez, se expressa pela maioria. Os que dela discordam o fazem por mero engano e devem, prontamente, reconduzir a sua vontade à vontade da maioria.¹⁴

Assim evidencia-se a influência desse pensamento na teoria da representação. A vontade geral só se capta por meio da participação de todos. Assim, tal pensamento dá origem a um Estado democrático, não pertencendo o poder a um príncipe ou a uma oligarquia e sim à comunidade, em que pese abrir espaço para um Estado totalitário.

Fato é que a Declaração Francesa inspirou-se em todo o clima intelectual do século XVII, com influência de Montesquieu e Voltaire, não só na invocação liminar ao “Ser Supremo”, como principalmente no espírito de tolerância religiosa constante na Declaração.

É inegável que a Declaração francesa de 1789 ganhou o mundo e foi a real inspiradora da atual política de Direitos Humanos, como consta do trabalho de Bernard Epin, Madia Tovar e Daniel Virieux:

“Antes de empreender o trabalho de elaboração do novo regime, os constituintes definem sua orientação geral em uma Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada no dia 26 de agosto: um preâmbulo, redigido por Mirabeau, e dezessete artigos. Sem precedentes na história, essa declaração expressa os direitos de todos os indivíduos e os da nação na França de 1789, enterrando, assim, o Antigo Regime. Inspirada na filosofia das Luzes, a re-dação de numerosos artigos lhes confere dimensão universal, tanto para o presente como para o futuro. E o caso, por exemplo, da afirmação: *“Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”* (artigo 2º), e de artigos consagrados às garantias das liberdades individuais. Aos direitos do homem (liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão) correspondem os da nação, portanto do cidadão: soberania da nação, importância atribuída à lei, expressão da vontade geral, para cuja definição os cidadãos contribuem, bem como têm o direito de

¹⁴ ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social e outros escritos**. Introdução e tradução de Roland Roque da Silva. São Paulo: Editora Cultrix, 1998.

controlar, através de seus representantes, as forças armadas, as finanças (portanto, o imposto) e a administração.”¹⁵

Importante lembrar que os franceses redigiram e aprovaram duas outras declarações: uma em 1793 e outra em 1795. Se a primeira mostrava a arrogância do burguês, sequioso de liberdade e desprezando o Estado, a de 1793 é considerada como aquela que se preocupou com os aspectos sociais. O mesmo trabalho supra, mostra como as garantias foram evoluindo com a Revolução Francesa, em destaque o Direto Penal e Processual:

“As liberdades individuais estão no cerne da Declaração dos Direitos do Homem. A impressionante obra jurídica da Constituição tende a garanti-las, marcando um progresso cujos efeitos ainda estão presentes em nossas constituições. A justiça deixa de ser uma prerrogativa real e torna-se um direito de todos. Ela é gratuita. A tortura é abolida, assim como as "ordens régias", símbolo da arbitrariedade. Todo um conjunto de garantias é assegurado ao acusado: julgamento público, assistência obrigatória de um advogado,...

Com a supressão dos Parlamentos, os juizes não mais compram seus cargos, mas são eleitos. Um júri popular os assiste nos casos criminais. Apesar das intervenções de Robespierre e de Lê Pelletier de Saint-Fargeau, mantém-se a pena de morte, mas suprime-se a pena de infâmia que recaía sobre os membros da família do condenado. Para estabelecer a igualdade diante do castigo (no Antigo Regime, os salteadores eram enforcados, e os nobres, decapitados) e para atenuar os horrores da execução capital, será adotada uma máquina, a guilhotina: do nome do deputado Guilhotin, gue a propusera.

O conjunto dos tribunais depende unicamente da soberania nacional, portanto, da lei. Em cada cantão instala-se um juiz para resolver pequenos conflitos locais.

Enfim, a criação de uma corte de cassação permite a eventual anulação das sentenças dos diversos tribunais.”¹⁶

A sedução que a grande Declaração de 1789 exerceu sobre o imaginário popular marcou o direito constitucional moderno. Praticamente todas as cartas contemporâneas fazem referência, diretamente ou não, a ela, inclusive a nossa Carta Constitucional, como afirma Orlando Soares:

“2.1 — Dos direitos e garantias fundamentais

¹⁵ EPIN, Bernard. TOVAR, Madia. VIRIEUX, Daniel. **A revolução francesa. Ela inventou nossos sonhos.** Tradução de Ramon Américo Vasques. São Paulo: Editora Brasiliense, 1989. p. 32.

¹⁶ EPIN, Bernard. TOVAR, Madia. VIRIEUX, Daniel. **A revolução francesa. Ela inventou nossos sonhos.** Tradução de Ramon Américo Vasques. São Paulo: Editora Brasiliense, 1989. p.40-41.

Segundo a sistemática constitucional brasileira, o tema em apreço corresponde à noção de declaração de direitos, agora consideravelmente ampliada.

Historicamente, o conteúdo desses dispositivos constitucionais corresponde ao da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, votada pela Assembleia Nacional francesa, em 26 de agosto de 1789, que, embora inspirada nos precedentes norte-americanos (com as convenções realizadas a partir de 1776, sobre declarações de direitos - bill of rights), revestiu-se de uma substância própria e original, como vimos noutra parte desse trabalho, ao tratar da organização constitucional, na época contemporânea.

O fato é que os princípios consagrados pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789) se irradiaram universalmente, contribuindo de maneira benfazeja para o avanço democrático dos povos.”¹⁷

2.1.4 Evolução dos Direitos Individuais

Em outros tempos e lugares, mesmos aqueles que tinham a chamada cidadania, ou condição próxima, nem sempre desfrutavam dos “direitos”, uma vez que o Direito servia como forma de dominação de alguns, como entendia Jean Jacques Rousseau, em sua célebre obra.

“O mais forte não é nunca assaz forte para ser sempre o senhor, se não transforma essa força em direito e a obediência em dever. Daí o direito do mais forte, direito tomado ironicamente na aparência e realmente estabelecido em princípio. Mas explicar-nos-ão um dia esta palavra? / força é uma potência física; não vejo em absoluto que moralidade pode resultar de seus efeitos. Ceder à força constitui um ato de necessidade, não de vontade; é no máximo um ato de prudência. Em que sentido poderá ser um dever?

Imaginemos um instante esse suposto direito. Eu disse que disso não resulta senão um galimatias inexplicável; porque tão logo seja a força a que faz o direito, o efeito muda com a causa; toda força que sobrepuja a primeira sucede a seu direito. Assim que se possa desobedecer impunemente, pode-se fazê-lo legitimamente, e, uma vez que o mais forte sempre tem razão, trata-se de cuidar de ser o mais forte. Ora, que é isso senão um direito que perece quando cessa a força? Se é preciso obedecer pela força, não é necessário obedecer por dever, e se não mais se é forçado a obedecer, não se é a isso mais obrigado.”¹⁸

Hoje as liberdades existem de forma mais complexa do que nos fins do Século XVIII. O liberalismo procurou assegurar uma liberdade contra o Estado, garantindo a vida e o direito de locomoção, de expressão do pensamento e de propriedade, procurando tornar efetiva a participação do indivíduo na formação da vontade do Estado, como diz Orlando Soares:

¹⁷ SOARES, Orlando. **Comentários à república federativa do brasil: (promulgada em 05.10.1988)**. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 100-101.

¹⁸ ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social e outros escritos**. Introdução e tradução de Rolando Roque da Silva. São Paulo: Editora Cultrix. P. 24.

“Os direitos e garantias individuais constituem um desdobramento da declaração de direitos, matéria essa já conceituada, anteriormente.

Sob certos aspectos, os direitos individuais são considerados equivalentes aos direitos naturais, correspondendo assim à ideia dos direitos que são próprios ao homem, e em decorrência, garantidos pelo Estado, com a sua consagração nos textos constitucionais e legais.

Em sentido. lato, os direitos e garantias individuais ou naturais abrangem, dentre outros, os seguintes: ir, vir e ficar; inviolabilidade do lar; liberdade (status libertatis), isto é, o cidadão não pode ser preso senão nos casos previstos em lei (prisão em flagrante delito ou mandado judicial); reunião; associação; livre manifestação de pensamento; inviolabilidade de convicção política, religiosa e filosófica; inadmissibilidade de discriminação racial; julgamento por tribunais imparciais; individualização da pena; respeito à integridade física e moral do preso; indenização ao condenado por erro judiciário; irretroatividade da lei penal; admissibilidade de ação popular, que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.”¹⁹

Devemos entender a liberdade como forma de legitimar a lei, que só então garantirá tal direito como meio de justiça em um Estado Democrático de Direito, sendo interessante o que Pinto Ferreira, citando Montesquieu e Royer Collard, diz a respeito:

“Montesquieu define: “Liberdade é o direito de fazer tudo aquilo que as leis permitem” (De l'esprit des lois, Liv. XI, Cap. III). Este princípio está bem expresso no art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudica a outrem; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites que os que asseguram aos membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Estes limites somente podem ser estabelecidos pela lei”.

“Esta lei deve resultar da vontade soberana do povo, para que tenha legitimidade; é a descoberta do justo pela razão do povo e dos seus representantes.

A liberdade não é somente uma esfera em branco deixada pela lei. Esta lei deve ser adotada e determinada pelo povo e seus representantes. É uma liberdade participativa, pois é da participação do povo na vontade estatal que resulta a lei no Estado Democrático de Direito.

É a liberdade de resistir, afirmou Royer Collard. É a liberdade de resistir ao medo, à opressão, à exploração, para afirmar uma sociedade justa e humana.

É a expressão da vontade do povo, estabelecida pelo Parlamento ou Congresso que a representa, devendo legitimar-se a lei pelo consenso e pelo elemento valorativo da justiça.”²⁰

¹⁹ SOARES, Orlando. **Comentários à república federativa do brasil: (promulgada em 05.10.1988)**. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 101-102.

²⁰ FERREIRA, Pinto. **Comentários à constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 61.

Com o passar do tempo se desenvolveu a consciência da sociedade de que o uso dado ao bem não afeta, somente, o proprietário, mas também a sociedade. Esta tem interesse em que ela seja utilizada de maneira condizente com os fins sociais: Se rural a propriedade, normalmente, se exige que ela seja plenamente utilizada, aumentando, destarte, a produção agrícola e pastoril, assim como as oportunidades de emprego. Passando os direitos clássicos a ter um caráter mais relativo, como expõe e exemplifica Carlos Alberto Bittar:

"Encontra-se, em verdade, entrecortado por limitações de ordens várias, de índole pública e, mesmo privada, que lhe imprimem, nos dias presentes, um cunho de direito submetido - como ademais ocorre com outros sujeitos a atritos com interesses públicos - a uma função social, fator esse declarado, inclusive por expresse, em Constituições de nosso século"²¹

A natureza dos direitos protegidos modificou-se, notadamente com a idéia de que muitas vezes é necessário proteger o grupo e não o indivíduo isoladamente, como John Rawls entende:

"Fica evidente depois das observações anteriores que o procedimento da regra da maioria, qualquer que seja sua definição e contextualização, ocupa um lugar subordinado como recurso procedimental. A justificativa desse fato se apoia diretamente nos objetivos políticos que a constituição visa a atingir, e portanto nos dois princípios da justiça. Parti do pressuposto de que alguma forma de regra da maioria se justifica como sendo a melhor maneira disponível de garantir uma legislação justa e eficaz. É compatível com a liberdade igual e possui uma certa naturalidade; pois, se adorarmos a regra da minoria, não há nenhum critério óbvio para escolher qual minoria deve decidir e viola-se a igualdade. Um aspecto fundamental do princípio da maioria é que o procedimento deve satisfazer as condições da justiça básica. Nesse caso, essas condições são as da liberdade política - liberdade de expressão e de reunião; liberdade de participar das atividades públicas e influenciar, por meios constitucionais, o curso da legislação - e a garantia do valor equitativo dessas liberdades. Quando essa base não existe, não se satisfaz o primeiro princípio da justiça; todavia, quando ela está presente, não há nenhuma garantia de que será elaborada uma legislação justa."²²

As atuais Constituições conferem proteção expressa a grupos como famílias, sindicatos, igrejas etc. Devendo ser bem entendida a garantia das liberdades públicas, merecendo observação a respeito o que nos diz Pinto Ferreira:

²¹ BITTAR, Carlos Alberto. **O direito civil na Constituição de 1988**. 2ª. ed. São Paulo: RT, 1991, p. 154.

²² RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 388-395.

“O regime jurídico das liberdades públicas protege tanto as pessoas naturais como as pessoas jurídicas, pois têm direito à existência, à segurança, à propriedade, à proteção tributária e aos remédios constitucionais. “Pessoa jurídica, mesmo de direito público, tem legitimidade para impetrar mandado de segurança” (RF, 226:81).

Há entes que não são pessoas jurídicas, que não dispõem de personalidade jurídica, mas existem no mundo do direito, constituindo complexos patrimoniais ou entidades com estruturas orgânicas. São as quase *pessoas jurídicas*. Elas podem ser centro de imputação de algum direito e deveres, direitos e obrigações, podem ingressar em juízo e gozam de capacidade processual, ativa e passiva, destituídas de personalidade jurídica, porém dotadas de *legitimatío ad processum*. Como tais núcleos patrimoniais citam-se a massa falida, a herança jacente e o espólio. Ao lado delas existem os grupos não-personificados ou coletividades despersonalizadas, que do mesmo modo que os núcleos ou complexos patrimoniais são equiparadas às entidades dotadas de personalidade civil. São as Câmaras dos Vereadores, as Assembleias Legislativas, os tribunais, o Senado Federal, a Câmara dos Deputados, instituições não-personificadas, integrantes de entes estatais, que têm acesso às ações ou podem ser acionadas em juízo, por meio de mandado de segurança.”²³

Assim surgiram direitos de forma mais profunda como a possibilidade de o indivíduo receber alguma prestação do Estado, que não pode permanecer neutro, passando a ter uma missão na realização da justiça social, como doutrinariamente podemos observar:

“Como quer que seja, essa tendência do Governo humano, o que todavia não significa ainda o Governo-povo, ensaiou com o Renascimento, quando eclodiu a insurreição pela liberdade religiosa, e, se queremos personalizar, com Lutero, marcando a “primeira rebelião da consciência individual”, segundo Del Vecchio. O Estado de fins ilimitados,, onipotente e onicompreensivo, assentado na filosofia grega clássica, o *Estado-providência*, paternalista, ou *Estado-de-polícia*, começou a estalar em seus alicerces, para paulatinamente deixar-se sub-rogar na organização estatal inspirada no individualismo, tuteladora da ordem jurídica e garantidora da liberdade, no conceito kantiano, o Estado-de-direito — *Rechtsstaat*, ou o superlativo Estado-de-justiça — *Justizstaat*, que melhor realça a missão do Estado na realização da justiça social, ou bem comum.”²⁴

O Estado passou, conforme sua intervenção na ordem econômica e social, a perseguir uma mais justa distribuição dos bens de tal sorte que a todos fossem facilitados recursos mínimos para garantir direitos fundamentais.

A questão dos Direitos fundamentais hoje transcende os limites dos Estados e se tornou de interesse internacional, logo temos atualmente a idéia de assegurar de forma global os direitos

²³ FERREIRA, Pinto. **Comentários à constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 60.

²⁴ SIDOU, J.M. Othon. **Habeas corpus, mandado de segurança, ação popular – As garantias ativas dos direitos coletivos**. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 5.

fundamentais. A via escolhida tem sido a da proclamação de direitos de âmbito transnacional, com base em documentos que criaram seus princípios, nos termos adiante:

“Em suma, os direitos e garantias individuais correspondem, na concepção moderna, ao elenco de princípios, traduzidos genericamente nos chamados Direitos Humanos, cujos precedentes se encontram em textos históricos, remotos e recentes, internacionais ou regionais, já citados, tais como a Declaração de Direitos de Virgínia (1776), Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), Declaração Universal dos Direitos Humanos (Paris, 1948), Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1963), Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (1986), Protocolo Facultativo sobre Direitos Cívicos e Políticos (1966), Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica (1969), Declaração sobre a Proteção de todas as Pessoas contra a Tortura e outras Práticas ou Penas Cruéis, Inumanas e Degradantes (1975), e outros.”²⁵

O mais importante dos documentos dessa natureza é a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que foi votado pela Assembleia Geral da ONU, em dezembro de 1948, apresentando quatro ordens de direitos individuais. No início são proclamados os direitos pessoais do indivíduo: à vida, à liberdade e à segurança. Depois encontram-se expostos os direitos do indivíduo em face das coletividades: à nacionalidade, direito de asilo para todo aquele perseguido (salvo os casos de crime de direito comum), direito de livre circulação e de residência, tanto no interior como no exterior e, finalmente, direito de propriedade. Segue com as liberdades públicas e os direitos públicos: liberdade de pensamento, de consciência e religião, de opinião e de expressão, de reunião e de associação, princípio na direção dos negócios públicos. Por fim figuram os direitos econômicos e sociais: trabalho, à sindicalização, ao repouso e à educação.²⁶

Em que pese se tratar de documento ético, a Declaração Universal dos Direitos do Homem fez surgir princípios garantidores dos direitos fundamentais, como é exposto adiante:

“Está insculpido no art. VIII^o da declaração dos direitos humanos que — “toda pessoa tem direito a um recurso efetivo ante os tribunais nacionais competentes,

²⁵ SOARES, Orlando. Comentários à república federativa do Brasil: (promulgada em 05.10.1988). Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 102.

²⁶ SIDOU, J.M. Othon. **Habeas corpus, mandado de segurança, ação popular – As garantias ativas dos direitos coletivos**. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 18-22.

que a ampare contra atos viola-tórios de seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição e pela lei"

Este evidentemente é mais um cânone ético da Ata de 1948, que, por assim ser, carece de regras complementadoras, pena de despojar-se do sentido enérgico que o deve envolver.

De pronto, três princípios surgem como inafastáveis nesse anelo: Do que se relaciona com a sumariedade do procedimento, posto como, segundo um brocardo inglês muito em voga, "não se deve apenas fazer justiça, mas ver a justiça feita"; 2) o que diz respeito com as garantias de execução, porque, relembrando Eui Barbosa, "de nada serviria ao povo que suas instituições baixassem do céu, ou fossem diretamente plantadas por mãos divinas, se a terra onde caem não fosse Capaz de produzir a inteireza de ânimo e a coragem do dever para as executar"; e 3) o princípio maior, indeclinável, o do controle por via do poder judicial, porque — já o dissemos alhures e com gosto nos repetimos — é forte nos estados de direito, e se é débil nos esta-ãos-negação-do-direito, é contudo, nesses, o mais enérgico ou talvez o Tónico poder enérgico, quando se tem por mira a defesa da ordem jurídica."²⁷

A ONU, pelo que fica demonstrado, nunca pretendeu ir além de sua significação, pois é eminentemente moral. A sua eficácia fica na dependência de pactos que venham a lhe conferir força para tanto. Mesmo os dois pactos já firmados, um sobre os direitos sociais e outro sobre os direitos individuais tradicionais clássicos. Ficou certo a criação de uma Comissão de Proteção aos Direitos do Homem, cujos membros são eleitos pelos Estados signatários do pacto, comissão essa, no entanto, de poderes muito reduzidos. O máximo a que ela pode chegar é à constatação da ocorrência de lesão de direitos individuais²⁸.

Contudo, não se pode negar a importância política e moral da Declaração Universal dos Direitos do Homem, com o já citado autor ensina:

"Como não poderia ser de modo diverso, a própria "Declaração universal dos direitos humanos", versão 1948, sensivelmente ampliada sobre o original de 1789 e bem mais objetiva porque bem menos messiânica, escalona em seus trinta e oito pontos direitos fundamentais que têm sido objeto, em proveito da própria e harmónica aplicação, de resoluções adjetivas da Assembleia Geral da ONU, nas quais repontam as quebras de arestas permitindo sua adequação ao tempo e ao meio. E recorde-se que a Declaração não é um estatuto compulsivo, não é um pacto, tratado ou convenção, que se constitua, num instrumento juridicamente obrigatório, porque não é um código internacional de direitos e tem só importância política e moral."²⁹

²⁷ SIDOU, J.M. Othon. **Habeas corpus, mandado de segurança, ação popular – As garantias ativas dos direitos coletivos**. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 16-17.

²⁸ KELSEN, Hans, **Teoria general del estado**, 15. ed., México, Ed. Nacional, p. 204:

²⁹ SIDOU, J.M. Othon. **Habeas corpus, mandado de segurança, ação popular – As garantias ativas dos direitos coletivos**. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 8.

2.2 Garantia dos Direitos Fundamentais e Proteção dos Bens Jurídicos

É necessária ponderação de forma a se evitar a adoção de medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias que, embora adequadas ao caso em concreto, nem sempre são necessárias para se obterem os fins de proteção visados pela Constituição ou mesmo a lei.

Entretanto, o equilíbrio contido na fórmula “a cada um o seu”, como forma de justiça, já era previsto por Platão, segundo Hans Kelsen:

“Nas Leis, Platão reconhece a obrigatoriedade do positivo, embora acredite na existência de uma justiça absoluta e, assim, na vigência de um direito natural. A despeito da vertiginosa altura à qual ele ergue seu ideal do Estado e do direito - e talvez por isso mesmo -, não chega a um conflito entre esse ideal e a realidade da ordem estatal e jurídica dada. Se o absolutamente Bom, juntamente com a justiça que nele se contém ou que dele flui, permanece um segredo inexprimível, então o Estado ideal não pode pôr em perigo a existência do Estado real. E, se o que se pode dizer sobre a essência da justiça não leva senão à fórmula vazia de conteúdo do “a cada um o seu”, pode-se conciliar o direito natural com o direito positivo, tendo-se até mesmo de pressupor a vigência deste. Afinal, somente pressupondo-se a vigência desse direito positivo, definindo o que cabe a cada um - e, portanto, o que é para cada um “o seu” - , é que adquire sentido uma norma que exige única e exclusivamente que a cada um caiba o seu. Para a esfera terrestre, apenas o direito positivo pode ser a concretização uma justiça cuja expressão - ainda que insuficiente - suum cuique. Mormente no seu significado de retribuição pois também a realização desta na terra é o Estado empírico.”³⁰

Uma medida será então exigível ou necessária para proteger bens jurídicos, em prejuízo de garantias como a liberdade, quando não for possível escolher outro meio igualmente eficaz ou menos coativo, relativamente aos direitos restringidos, devendo ser observado o princípio da proporcionalidade, como diz Canotilho:

“o princípio da proporcionalidade em sentido estrito (= princípio da justa medida), significa que uma lei restritiva, mesmo adequada e necessária, pode ser inconstitucional, quando adote ‘cargas coactivas’ de direitos, liberdades e garantias ‘desmedidas’, ‘desajustadas’, ‘excessivas’ ou ‘desproporcionadas’ em relação aos resultados obtidos”.³¹

³⁰ KELSEN, Hans, 1881-1973. **A ilusão da justiça**; tradução Sérgio Tellaroli; revisão técnica Sérgio Sérulo da Cunha. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 504.

³¹ CANOTILHO, **Direito constitucional**, p. 628.

O princípio da proporcionalidade deve ter sua aplicação com atuação de outros critérios que devem ser aplicados, conjuntamente, às situações que envolvam direitos fundamentais, consequentemente dever ser empregado o método da ponderação como técnica necessária ao equacionamento das colisões entre direitos fundamentais e bens jurídicos, sob pena de não observação da advertência do Marquês de Beccaria:

“Toda pena que não derive da necessidade absoluta, diz o grande Montesquieu, é tirânica; proposição essa que pode ser assim generalizada: todo ato de autoridade de homem para homem que não derive da necessidade absoluta é tirânico. Eis, então, sobre o que se funda o direito do soberano de punir os delitos: sobre a necessidade de defender o depósito do bem comum das usurpações particulares; e tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que o soberano garante aos súditos. Consultemos o coração humano e nele encontraremos os princípios fundamentais do verdadeiro direito do soberano de punir os delitos, já que não é de esperar nenhuma vantagem duradoura da política moral se ela não se alicerçar nos sentimentos indeléveis do homem. Qualquer lei que deles se desvie encontrará sempre uma resistência contrária que acabará vencendo, da mesma forma que uma força, por menor que seja, mas aplicada continuamente, vencerá qualquer movimento transmitido com violência a um corpo.”³²

Assim, a ponderação compreende método hábil a proporcionalidade, solução ajustadora à colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos, forma como nos ensina Sarmiento e Bonavides.³³

Como resolução dos conflitos entre direitos fundamentais, a ponderação deve ser aplicada para um procedimento destinado à elaboração de uma norma de decisão, sendo a mesma uma missão com o fim de propiciar equilíbrio aos direitos que estão em estado de tensão.

A atividade interpretativa principia por uma reconstrução e qualificação dos interesses contrapostos atribuindo sentido à norma de decisão. Por outro lado, a ponderação promove a ordenação entre os fatos e a normativa conferindo, desta forma, critérios para a obtenção de uma decisão constitucionalmente adequada, devendo sempre se fazer uma avaliação topográfica do conflito para uma justa decisão, como ensina Canotilho:

³² BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di, 1738-1794. **Dos delitos e das penas**. Tradução Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa; revisão Roberto Leal Ferreira. - 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 42.

³³ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002; BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11ª. ed São Paulo, 2001.

“topografia do conflito é a descrição das modalidades segundo as quais a norma que regula um determinado direito ou interesse incide, num caso específico, no âmbito de direitos ou bens em conflito. A checagem do conflito exige esclarecimento acerca de dois pontos: (1) Em que medida a área de um direito (âmbito normativo) se sobrepõe à área de um outro direito identicamente protegido. (2) O espaço restante aos bens em conflito para além da zona de sobreposição.”³⁴

A ponderação não pode ser vista como forma de abertura para uma justiça casuística ou de sentimentos, Canotilho observa que o método da ponderação deve ser submetido a uma cuidadosa topografia do conflito aliada a uma justificação da solução do conflito através do caso concreto.³⁵

Logo, nas situações em que existam pelo menos dois bens ou direitos albergados em normas jurídicas que, em determinadas situações, não possuem suas potencialidades otimizadas, impõe-se o método da ponderação de bens, que consiste em técnica capaz de propiciar em um campo de tensão principiológica a escolha do princípio que possui maior peso ou valor.

A ponderação de bens pode sugerir a existência de uma hierarquia axiológica e dinâmica entre os princípios em tensão. Uma hierarquia axiológica, eis que confere em justa medida maior ou menor peso ou valor aos princípios colidentes, diferença do que supostamente propõe Borges e Rawls.³⁶

Por fim devemos lembrar que a resolução de colisão entre bens constitucionalmente protegidos reclama uma concordância prática, considerando a necessidade de se preservar o valor dos bens em jogo, bem como o delineamento dos limites efetuados no caso concreto, devendo ser proporcional, não podendo extravasar os limites necessários, Segundo Konrad Hesse:

³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**.

³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. p. 1203.

³⁶ BORGES, José Souto Maior. **Pró-Dogmática: por uma hierarquização dos princípios constitucionais**. In **Revista Trimestral de Direito Público**, vol. I. 1993; RAWLS. John. **A theory of Justice**. Cambridge: The Betknap Press of Harvard University Press, 1994, p. 43.

“O princípio da proporcionalidade expressa "uma relação de duas grandezas variáveis e precisamente esta que satisfaz o melhor aquela tarefa de otimização, não uma relação entre uma finalidade constante e um meio variável ou vários".³⁷

Dessa forma podemos afirmar que, a ponderação dos bens com aplicação do princípio da proporcionalidade leva a soluções mais justas quando houver conflito entre normas de direitos fundamentais.

2.3 Cláusulas Pétreas

2.3.1 Direitos Fundamentais como Cláusulas Pétreas

Em *Odisséia*, famoso livro do poeta grego Homero, essa não confiança pode ser, metaforicamente, ilustrada com uma passagem da obra. Ulisses, o personagem principal, sabia que, ao passar perto da ilha das sereias, seria atraído por seu canto irresistível e conseqüentemente seu navio naufragaria. O mitológico herói determinou aos marinheiros que tapassem seus ouvidos com cera, e que o amarrassem ao mastro, não o soltando em hipótese alguma, ainda que ele o ordenasse.

Daniel Sarmento observa que a visão ampla de Ulisses, que limitou o poder de sua vontade no futuro para evitar a morte, poderia ser comparado àquele a que se sujeita o povo, quando dá a si uma Constituição, e limita seu poder de deliberação futura, para evitar que, vítima de suas paixões e fraquezas momentâneas, possa pôr em risco seu destino coletivo.³⁸

A Cláusula Pétreia, dispositivo constitucional imutável, não podendo ser alterado nem mesmo por Emenda à Constituição, firma a estabilidade dos direitos fundamentais.

O objetivo do legislador, neste caso, é o de impedir inovações temerárias em assuntos cruciais para a cidadania ou o próprio Estado. Exemplo marcante de cláusula pétreia é o §4º

³⁷ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da alemanha**, p. 66-61.

³⁸ SARMENTO, Daniel. **Os Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen JURis, 2006, p.7.

do art. 60 da própria CF, que adverte: "Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I — a forma federativa de Estado; II — o voto direto, secreto, universal e periódico; III — a separação dos Poderes; IV — os direitos e garantias individuais".

Como se vê, uma proposta de emenda que vise, por exemplo, a implantar a pena de morte no país, jamais teria guarida no Congresso Nacional, porque o art. 5º da própria Constituição Federal, no inciso XLVII, *a*, adverte que não haverá pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, e como é o art. 5º que prevê e disciplina os direitos e garantias individuais e coletivos, fica evidente que não pode ser modificado com o espírito de violar algum de tais direitos.

No que diz respeito a novos direitos, nada impede que sejam acrescentados ao rol de direitos fundamentais através da emenda à Constituição, como o direito à moradia, previsto no artigo 6º. Ele não estava no rol originário na Constituição de 1988, tendo sido acrescentado, pela Emenda Constitucional nº 26/2000, uma vez incluído no texto por emenda constitucional, ele se tornou imutável, *verbis*:

“Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

O Congresso Nacional não pode abolir direitos fundamentais ou então modificar o texto de tal forma que acarrete a própria aniquilação de um valor essencial protegido pelo constituinte originário. Conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal (ADI 2024/DF, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, D. J. 22/06/2007), as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o artigo 60, §4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege.

Há, contudo, opinião em sentido contrário: “não é cabível que o poder de reforma crie cláusulas pétreas. Apenas o poder constituinte originário pode fazê-lo”³⁹. Sendo importante observar que os autores defendem que se a emenda constitucional tão somente explicitar um direito fundamental já existente aí sim se trataria de uma cláusula pétrea, tal como ocorreu com o direito à razoável duração do processo que, na ótica dos autores, seria direito fundamental antes mesmo da Emenda Constitucional 45/2004 haver o consagrado expressamente.

A respeito da extensão dos limites das garantias individuais, Walber de Moura Agra ensina:

*“O capítulo dos direitos e das garantias individuais é o que mais controvérsia suscita, movimentando intensas discussões. A primeira questão diz respeito à extensão desses limites. Será que a proteção se refere apenas aos direitos contidos no art. 5º? Ou exclusivamente aos direitos contidos na Constituição? Ou a todos os direitos, estejam eles dentro ou fora da Constituição? A maior parte da doutrina firmou entendimento de que os direitos e garantias protegidos pela mencionada cláusula pétrea são os constitucionais e os infraconstitucionais que assegurem os direitos explicitados na Lei Maior.”*⁴⁰

Em sentido contrário pensa Ives Gandra:

*“(...) entendo que os direitos e garantias individuais são aqueles direitos fundamentais plasmados no Texto Constitucional - e apenas nele -, afastando-se, de um lado, da implicitude dos direitos não expressos ou de veiculação infraconstitucional, bem como restringindo, por outro lado, aqueles que são direitos que são assim considerados pelo próprio texto e exclusivamente por ele”*⁴¹

Por fim vale lembrar que em relação ao artigo 7º, inc. XXIX, da C.F. sua redação original era:

“ação, quanto a créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de: a) cinco anos para o trabalhador urbano, até o limite de dois anos

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 215.

⁴⁰ AGRA, Walber de Moura. **Manual de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 388.

⁴¹ BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à constituição do Brasil. 4ª ed.** São Paulo: Saraiva, 1995. p. 372.

após a extinção do contrato; b) até dois anos após a extinção do contrato, para o trabalhador rural”.

E atualmente é:

“Art. 7º (...) XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho”.

Tendo o Supremo Tribunal Federal entendido conforme o exposto acima: ADI 2024-DF, STF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, D.J. 3/5/2005.

O mesmo se aplica aos tratados internacionais de direitos humanos que sejam incorporados ao direito brasileiro com força de emenda constitucional, observando o quorum do artigo 5º, §3º, da Carta Mana. Nesse caso, o tratado internacional de direitos humanos também se tornará cláusula pétrea, não podendo mais ser abolido⁴².

2.3.2 Cláusulas Pétreas e Democracia

É clara a existência de conflito entre cláusulas pétreas e a democracia. Na democracia a vontade da maioria da população deve ser respeitada sempre que possível, devendo o povo tomar suas decisões políticas através de deliberação onde a vontade majoritária, em regra, deve prevalecer. De outro lado, as cláusulas pétreas impedem que sejam alteradas as normas constitucionais por elas abrangidas mesmo se a vontade da maioria assim desejar. Dessa forma, as gerações futuras ficam vinculadas, eternamente, por uma escolha imutável, ainda que essa opção se mostre equivocada.

Por essa razão, há diversas críticas em torno das cláusulas pétreas e no Supremo Tribunal Federal, já houve eloqüentes manifestações contra elas. Nesse sentido, merece ser citado o seguinte voto do Ministro Joaquim Barbosa:

⁴² NERY JUNIOR, Nelson. **Constituição federal comentada e legislação constitucional / Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 141.

“Com a devida vênia daqueles que têm outro ponto de vista, eu sempre vi com certa desconfiança a aplicação irrefletida da teoria das cláusulas pétreas em uma sociedade com as características da nossa, que se singulariza pela desigualdade e pelas iniquidades de toda sorte. (...) Vejo a teoria das cláusulas pétreas como uma construção intelectual conservadora, antidemocrática, não razoável, com uma propensão oportunista e utilitarista a fazer abstração de vários outros valores igualmente protegidos pelo nosso sistema constitucional. Conservadora porque, em essência, a ser acolhida em caráter absoluto, como se propõe nesta ação direta, sem qualquer possibilidade de limitação ou ponderação com outros valores igualmente importantes, tais como os que proclamam o caráter social do nosso pacto político, a teoria das cláusulas pétreas terá como consequência a perpetuação da nossa desigualdade. Constituiria, em outras palavras, um formidável instrumento de perenização de certos traços da nossa organização social. A Constituição de 1988 tem como uma das suas metas fundamentais operar profundas transformações em nosso quadro social. É o que diz seu art. 3º, incisos III e IV. Ora, a absolutização das cláusulas pétreas seria um forte obstáculo para a concretização desse objetivo. Daí o caráter conservador da sua pretendida maximização. Essa teoria é antidemocrática porque, em última análise, visa a impedir que o povo, por intermédio de seus representantes legitimamente eleitos, promova de tempos em tempos as correções de rumo necessárias à eliminação paulatina das distorções, dos incríveis e inaceitáveis privilégios que todos conhecemos. O povo tem, sim, o direito de definir o seu futuro, diretamente ou por meio de representantes ungidos com o voto popular” ADI 3105, STF, rel. Min. Cezar Peluso, Voto do Min. Joaquim Barbosa, D.J. 18/8/2004.

Devendo ficar claro que o referido voto recebeu críticas dos demais ministros do STF.

Em verdade devemos reconhecer que a Constituição de 1988 pode sim ser melhorada, inclusive naquilo que foi considerado como cláusula pétrea. No entanto, aparentemente, já existem mecanismos capazes de possibilitar esse aperfeiçoamento do texto constitucional, antes de se partir para soluções mais drásticas de ruptura institucional. A reforma constitucional, através de emendas à Constituição, e a própria mutação constitucional, através da interpretação evolutiva do texto, são exemplos disso.

O que não se pode aceitar é uma mudança constitucional que destrua os valores básicos consagrados pelo constituinte originário. No mais, se houver uma demonstração concreta de que a mudança favorecerá o desenvolvimento humano, expandindo a liberdade, a igualdade, a solidariedade e a democracia, certamente ela será bem-vinda.

2.4 Indenização ao Condenado por Erro Judiciário e Por Prisão Além do Tempo Fixado na Sentença

2.4.1 Responsabilidade objetiva do Estado como garantia do direito fundamental de indenização ao condenado por erro judiciário e prisão além do tempo fixado na sentença

O inciso LXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal, estabelece que o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença, consequentemente tal garantia tem caráter de direito fundamental.

O erro judiciário não fica restrito ao direito penal, notadamente em razão de existirem inúmeros casos de erros judiciários em todos os ramos do direito, devendo ser observado que a norma constitucional estabelece o dever do Estado de indenizar tanto o condenado por erro judiciário de forma geral, quanto a pessoa que permanecer presa além do tempo fixado na sentença.

A Constituição Federal ainda estabelece no artigo 37, §6º, que o Estado é responsável pelos atos praticados pelos seus agentes que causem dano a terceiro, garantindo, assim, que qualquer prejuízo decorrente da atividade estatal, independentemente de caracterizar erro judiciário, será reparado pelo Estado.

Yussef Said Cahali afirma:

"A responsabilidade civil do Estado pelo erro judiciário representa o reforço da garantia dos direitos individuais.(...) impõe-se no Estado de Direito o reforço da garantia dos direitos individuais dos cidadãos, devendo ser coibida a prática de qualquer restrição injusta à liberdade individual, decorrente de ato abusivo da autoridade judiciária, e se fazendo resultar dela a responsabilidade do Estado pelos danos causados"⁴³

A fase conhecida como a da irresponsabilidade do Estado é caracterizada pela total falta de responsabilidade do Estado frente aos danos causados aos particulares no exercício das funções estatais, prevalecendo sua soberania e seu poder incontestável.

⁴³ CAHALI, Yussef Said, **Responsabilidade civil do estado**, 2ª ed. amp. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 599-602.

O Estado era a expressão da Lei e do Direito, não havendo como considerá-lo violador dele próprio, já que o mesmo era a norma jurídica, inadmissível era a constituição de direitos contra um Estado soberano.

De acordo com a irresponsabilidade total do Estado os agentes do mesmo, quando faltavam ao dever ou violavam a lei seriam pessoalmente responsáveis pelo dano, mas jamais o Estado. O particular, desta feita, não ficava totalmente desprotegido porquanto provada a culpa ou o dolo do agente este responderia individualmente pelo erro.

A teoria da irresponsabilidade foi perdendo eficácia com o reconhecimento dos direitos dos indivíduos perante o Estado e com a submissão do Estado ao Direito.

Depois surge a responsabilidade subjetiva, baseada no artigo 15 do Código Civil de 1916, que estabelecia:

"as pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano".

Conforme José Augusto Delgado, somente haveria responsabilidade civil do Estado quando, na prática de algum ato lesivo a outrem, ficasse comprovada a culpa do agente que o executou e à vítima incumbia o ônus de provar a culpa ou o dolo do funcionário, havendo o Estado, direito de ação regressiva contra este.⁴⁴

A atual Constituição Federal adotou a teoria do risco administrativo, surgindo a responsabilidade objetiva do Estado, a partir da qual não importa se o serviço público realizado foi bom ou mal, mas sim, que o dano sofrido pela vítima foi consequência do funcionamento do serviço público, importando a relação de causalidade entre o dano causado e o agente, devendo ser observado que não se trata da teoria do risco integral, através da qual

⁴⁴ DELGADO, José Augusto, **A demora na entrega da prestação jurisdicional: responsabilidade do estado – indenização**, Revista Trimestral de Direito Público, 14:256/257, São Paulo, Malheiros, 1996.

o Estado seria responsável por qualquer dano causado ao indivíduo, independentemente de ser a culpa exclusiva da vítima, hipótese de caso fortuito ou força maior.

O artigo 37, §6º da Constituição Federal regula a matéria determinando que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado, prestadoras de serviços públicos (concessionárias e permissionárias), responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa, se exigindo a ocorrência do dano, uma ação ou omissão administrativa, o nexo causal entre o dano e a ação ou omissão, e a inexistência de causa excludente da responsabilidade estatal, portanto é esse o atual Estado de direito que deve ser respeitado, conforme doutrina adiante:

“O fundamento de qualquer responsabilidade civil não pode, todavia, ser outro que a exigência de que seja reparado um dano, uma vez demonstrado o nexo causal entre a atividade do agente e esse dano; a qualidade do agente, ou a natureza da atividade lesiva, nada têm a ver, doutrinariamente, com o princípio da responsabilidade civil, e muito menos poderão influir no hodierno Estado de direito”.⁴⁵

Em que pese a Constituição Federal declarar a responsabilidade objetiva, Celso Antônio Bandeira de Mello, dentre outros, posiciona-se no sentido de que a responsabilidade será objetiva quando os danos decorrerem de atos comissivos, ou seja, praticados mediante uma ação. No entanto, a responsabilidade é subjetiva quando os danos forem causados por omissão do agente, uma vez que omissão, rigorosamente falando, não é causa de dano, conquanto seja certo que condiciona e irresistivelmente sua ocorrência nos casos em que, se houvesse a ação, o dano seria evitado.⁴⁶

⁴⁵ SILVA, Juarez C., **Responsabilidade civil do estado por atos jurisdicionais**, Revista de Direito Público, 20:166, São Paulo, Revista dos Tribunais.

⁴⁶ NADER, Paulo. **Curso de direito civil – parte geral**. 1ª ed. São Paulo: Forense, 2003.

Assim sendo, a Constituição Federal assegura, como direito fundamental, a indenização pelo Estado nas hipóteses de erro na condenação e prisão indevida.

Não podendo deixar de ser observado que o artigo 630, do Código de Processo Penal estabelece que, o Tribunal, se o interessado requerer, poderá reconhecer o direito a justa indenização por prejuízos sofridos, que será liquidada no juízo cível, respondendo a União, no caso da condenação ter sido proferida pela justiça do Distrito Federal ou de Território ou o Estado, se o tiver sido pela respectiva justiça.

2.4.2 Erro judiciário

A tutela jurisdicional tem como finalidade garantir que o direito objetivo material seja garantido. Para tanto, estabelece a obrigatoriedade de o juiz cumprir, respeitar prazos, tomar providências preliminares adequadas e decidir de forma que se garanta a prestação jurisdicional de acordo com o princípio da legalidade, através do qual o Estado deve suportar a lei que ele próprio fez, sendo inconciliável com o sistema, o fato de não gerar responsabilidade o descumprimento do direito positivado.

O erro judiciário, que pode ocorrer no âmbito do processo civil, trabalhista, eleitoral ou em qualquer outra área de atuação jurisdicional, podendo decorrer de erro, dolo ou culpa.

Contudo, quando se fala em erro judiciário nos chama maior atenção o erro penal, que com destaque para o erro na condenação e o erro na prisão preventiva - podendo abranger outras hipóteses, como o erro no recebimento da denúncia, na decretação da prisão cautelar, no arresto e na busca e apreensão – sendo, obviamente, o mais grave em razão poder impor privação da liberdade, bem como gerar obrigação em relação a suposta vítima.

Ocorre o erro judiciário sempre que o julgador declara o direito a um caso concreto sob falsa percepção dos fatos, quando a decisão ou sentença diverge da realidade ou conflita com

os pressupostos da justiça, entre os quais se insere o conhecimento concreto dos fatos sobre os quais incidirá a norma jurídica. Assim, as principais causas do erro judiciário são: o erro ou a ignorância; o erro judiciário decorrente de culpa; a decisão contrária à prova dos autos; o erro provocado não imputável ao julgador; a errada interpretação da lei; o erro judiciário decorrente da aplicação da lei.

O erro judiciário deve ser entendido como erro do sistema de persecução penal, o qual foi produzido não só porque o juiz errou, mas por um conjunto de fatores, como a forma como a polícia apurou mal o delito e a atuação do Ministério Público, sendo esse entendimento ampliado por Juary C. Silva, quando afirma que a aplicação judicial ou judiciária da lei abarca por igual a que exercem os serventuários da Justiça, no desempenho das atribuições que lhes são cometidas, estes não por serem juízes, nem por exercerem atribuições de juízes, mas por se inserirem na estrutura do Poder Judiciário.⁴⁷

Logo o erro judiciário penal não ocorre apenas quando da sentença criminal de condenação injusta, bem como da decretação da prisão preventiva injustificada, notadamente nos casos de má-fé, abuso ou desvio de poder do magistrado, podendo ser resultado de falha em toda estrutura do que chamamos de judiciário, que vulgarmente abrange o trabalho investigativo da polícia e atuação do Ministério Público.

Assim, não se deve confundir erro judiciário que corresponde a deficiente apreciação das causas por parte do órgão jurisdicional, ou ainda a sua má aplicação, que escoam para uma decisão contrária ao alegado, ou seja, divorciada da verdade material ou contrária à lei com o erro judicial, vale dizer, erro do juiz, que pode até mesmo ocorrer por afastamento do bem e aproximação do mau, como, a respeito da Justiça Jacques Derrida fala. Devendo ser feita em um cálculo de forma que não se aproxime do mal ou do pior.

⁴⁷ SILVA, Juary C., **A responsabilidade do Estado por atos judiciais e legislativos: teoria da responsabilidade unitária do Poder Público**, São Paulo, Saraiva, 1985, p. 151.

"Talvez", é preciso sempre dizer talvez quanto à justiça. Há um porvir para a justiça, e só há justiça na medida em que seja possível o acontecimento que, como acontecimento, excede ao cálculo, às regras, aos programas, às antecipações etc. A justiça, como experiência da alteridade absoluta, é inapresentável, mas é a chance do acontecimento e a condição da história. Uma história sem dúvida irreconhecível, claro, para aqueles que pensam saber do que falam quando usam essa palavra, quer se trate de história social, ideológica, política, jurídica etc.

Esse excesso da justiça sobre o direito e sobre o cálculo, esse transbordamento do inapresentável sobre o determinável, não pode e não deve servir de álibi para ausentar-se das lutas jurídico-políticas, no interior de uma instituição ou de um Estado, entre instituições e entre Estados. Abandonada a si mesma, a ideia incalculável e doadora da justiça está sempre mais perto do mal, ou do pior, pois ela pode sempre ser reapropriada pelo mais perverso dos cálculos. É sempre possível, e isso faz parte da loucura de que falávamos há pouco. Uma garantia absoluta contra esse risco só pode saturar ou suturar a abertura do apelo à justiça, um apelo sempre ferido. Mas a justiça incalculável manda calcular.⁴⁸

Em que pese a Constituição Federal estabelecer a responsabilidade objetiva do Estado, a grande discussão se encontra em relação aos atos omissivos, pois, doutrinadores há que entendem que na hipótese de omissão do Estado, a responsabilidade será subjetiva.

A respeito Celso Antônio Bandeira de Melo, acompanhado de Maria Helena Diniz, Odília Ferreira da Luz, Caio Tácito e Themístocles Brandão Cavalcanti nos falam:

“De fato, na hipótese cogitada, o Estado não é o autor do dano. Em rigor, não se pode dizer que o causou. Sua omissão ou deficiência haveria sido condição do dano, e não causa. Causa é o fato que positivamente gera um resultado. Condição é o evento que não ocorreu, mas que, se houvera ocorrido, teria impedido o resultado”⁴⁹

No entanto, de acordo com o entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência, apoiado em Odete Medauar, Celso Ribeiro Bastos, Hely Lopes Meirelles, Weida Zancaner Brunini e Yussef Said Cahali, a responsabilidade estatal será sempre, ainda que por conduta omissiva, objetiva, pois, como nem sempre é possível identificar o agente causador do dano, nem demonstrar o dolo ou a culpa, melhor se asseguram os direitos da vítima através da

⁴⁸ DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o fundamento místico da autoridade**. Tradução Leyla Perrone-Moisés. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p.55.

⁴⁹ GANDINI, João Agnaldo Donizete; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. **A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva**. Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura. Ano 4. nº 16: 101-127, julho/agosto 2003. p. 114.

aplicação da responsabilidade objetiva do Estado. A prevalência da teoria subjetiva existe, tão somente, na relação entre o Estado e seu funcionário.⁵⁰

2.4.3 Responsabilidade pessoal do magistrado por ato jurisdicional

O juiz, como entende Caio Mário da Silva Pereira, não é mero espectador de uma contenda entre litigantes. O mesmo dirige o processo, assegurando a igualdade de tratamento, às partes, procurando rápida solução para o litígio e assegurando a dignidade da justiça. Ao aplicar a lei ao caso concreto deve acertar, mas nem sempre pode, pois humano, está sujeito a errar.⁵¹

A respeito da responsabilidade pessoal do magistrado por ato jurisdicional, devemos observar o que estabelece o artigo 133 do Código de Processo Civil, *verbis*:

“Art. 133. Responderá por perdas e danos o juiz, quando:

I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;

II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.

Parágrafo único. Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no nº II só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de 10 (dez) dias.”

Em decisões a respeito o S.T.F. decidiu que a ação deveria ter sido ajuizada contra a Fazenda Estadual, responsável eventual pelos alegados danos causados pela autoridade judicial, ao exercer suas atribuições, a qual, posteriormente, terá assegurado o direito de regresso contra o magistrado responsável, nas hipóteses de dolo ou culpa, a teor do artigo 37, §6º, da CF/88 (STF-2ª Turma, RE 228.977-2-SP, Rel.. Min. Néri da Silveira, j. 5.3.02, deram provimento, v.u., DJU 12.4.02, p. 66) e

⁵⁰ GANDINI, João Agnaldo Donizete; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. **A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva**. Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura. Ano 4. nº 16: 101-127, julho/agosto 2003. p. 116.

⁵¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Responsabilidade Civil**, 9ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 139.

que o princípio da responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos do Poder Judiciário, salvo os casos expressamente declarados em lei (STF-1ª Turma, RE 219.117-4-PR, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 3.8.99, deram provimento, v.u., DJU 29.10.99, p. 20).

O dispositivo supra, deve ser analisado à luz da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXXV, considerando que o Código de Processo Civil data de 1973. Observado o mandamento constitucional, na hipótese do juiz proceder com dolo ou fraude no exercício de suas ações, a responsabilidade civil recai sobre o Estado que haverá direito de regresso em face de seu agente e, no caso de haver recusa, omissão ou retardamento, sem justo motivo, em providência que deva ser ordenada de ofício, ou a requerimento da parte, a responsabilidade civil será pessoal do juiz, com natureza correicional, *ex vi* os mandamentos da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (art. 49, Lei Complementar nº 35/79).

Ensina Rui Stoco que a atitude culposa do juiz ocorre tão logo a parte cumpra o disposto no parágrafo único do artigo 133 do Código de Processo Civil, independentemente de ação judicial na qual se verificou a ocorrência ter ou não sido julgada. No entanto, para caracterizar o procedimento doloso ou fraudulento, há necessidade de expresse reconhecimento em ação rescisória.⁵²

Nelson Nery Jr. entende que a responsabilidade pessoal do juiz somente ocorrerá se tiver procedido com dolo ou fraude. A culpa no exercício da atividade jurisdicional não acarreta, para o magistrado, o dever de indenizar. O ato jurisdicional danoso, praticado com culpa, embora não enseje ao juízo dever de indenizar, pode acarretar, em tese, esse dever para o poder público, conforme artigo 37, §6º, da Constituição Federal.⁵³ Lembrando que a

⁵² STOCO, Rui, **Tratado de responsabilidade civil**, 6ª ed. rev. atual. amp. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 1025.

⁵³ STOCO, Rui, **Tratado de responsabilidade civil**, 6ª ed. rev. atual. amp. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 1014.

responsabilidade pessoal do juiz não exclui a responsabilidade do Estado, sendo possível que o lesado ingresse com a competente ação contra ambos, solidariamente.

Importante ressaltar os ensinamentos de Rômulo José Ferreira Nunes:

"Caracteriza a responsabilidade estatal quando, devendo sustar o ato impugnado através de liminar, comprovados os requisitos legais, o juiz deixa de fazê-lo, apesar do impetrante obter provimento final favorável que se evidencia inócuo. Maria Emília Mendes Alcântara (1989, pág. 47) aduz que 'ao negar a liminar o juiz não se omitiu, tendo ao contrário agido positivamente. E este seu agir pode ser um comportamento lícito ou ilícito'. (...) De igual modo, se, ausentes os requisitos, o juiz conceder a medida indevidamente e resultar em danos para o requerido, realiza-se uma clara demonstração de que o serviço judiciário funcionou defeituosamente."⁵⁴

2.4.4 Prisão além do tempo fixado na sentença

A liberdade, juntamente com o direito à vida, à privacidade, igualdade e outros, mereceu, por parte da atual Constituição Federal, atenção especial no artigo 5º, *caput*, que prevê a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Antes de ser reconhecida como um direito institucionalizado, a liberdade já se apresentava como direito natural do homem. Entretanto a vida em sociedade impôs regras de convivência, limitando o direito de liberdade, com o intuito de manter a paz e o equilíbrio social. Essa limitação imposta se fez necessária em face de comportamentos contrários aos interesses das comunidades.

Sempre que for necessário atuar no sentido de restringir a liberdade, com a finalidade de manter a ordem pública e zelar pelo interesse de toda a sociedade, o Estado passa a ter legitimidade para tal imposição. Assim sendo, quando o Estado restringe a liberdade, efetuando prisões, faz em nome da coletividade, razão pela qual deve atuar criteriosamente, obedecendo aos princípios e regras vigentes, legitimando sua atitude. Em contrário, agindo

⁵⁴ NUNES, Rômulo José Ferreira. **Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais**. São Paulo: LTr, 1999. p. 125/126.

com abusos e arbitrariedades, deve ser responsabilizado, cumprindo com o dever de reparar para que o indivíduo se sinta compensado.

A Constituição Federal de 1988, além de garantir o direito à liberdade, estabeleceu a obrigação do Estado de indenizar o condenado por erro judiciário, e o que ficar preso além do tempo fixado na sentença – prisão indevida.

A norma primeira do nosso ordenamento jurídico, a respeito da obrigação de indenizar por erro judiciário e prisão além do tempo fixado na sentença, se encontra no artigo 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal.

O constituinte teve a mesma visão da idéia de justiça, pois ao estabelecer a indenização por prisão indevida, observou que tinha a mesma fundamentação para justificar a indenização por prisão além do tempo fixado na sentença, tendo em vista que ambas as prisões despojam o indivíduo de sua liberdade física, restringindo o direito que o Estado outorga ao cidadão, que vem a ser o *status libertatis*, decorrência do *status civitatis*, não havendo motivo para excluir do direito à reparação, a prisão ilegal.

A respeito da possibilidade de indenização por de prisão ilegal, por parte do Estado o tema se apresenta em documentos internacionais ratificados pelo Brasil, especialmente o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto de San José da Costa Rica, cuja força vinculante, no plano interno, tornou-se indiscutível, considerando o artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988 que estabelece:

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

Os referidos documentos internacionais, tem por fundamento a proteção da dignidade da pessoa humana, e nessa condição, apresentam hierarquia de norma constitucional.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos foi adotado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela Resolução nº 2.200-A da XXI Assembleia Geral das Nações Unidas, em Nova Iorque, em 16 de dezembro de 1966. Aprovado pelo Decreto Legislativo nº 266, de 12.12.91, foi promulgado pelo Presidente da República através do decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, onde se encontra transcrito.

A respeito do direito de liberdade, bem como à sua restrição mediante a decretação de prisões, algumas disposições desse diploma internacional que se encontra transcrito no Decreto nº 592/92:

“Art. 9º:

1. Toda pessoa tem *direito à liberdade* e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado *arbitrariamente*. Ninguém poderá ser privado de sua liberdade, salvo pelos *motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos*.

3.... A *prisão preventiva* de pessoas que aguardam julgamento *não deverá constituir a regra geral*, mas a soltura poderá estar condicionada a *garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência*, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

5. Qualquer pessoa vítima de ***prisão ou encarceramento ilegal*** terá ***direito a reparação***.

Art. 14:

6. Se uma sentença condenatória passada em julgado for posteriormente anulada ou quando um indulto for concedido, pela ocorrência ou descoberta de fatos novos que provem cabalmente a inexistência de *erro judicial*, a pessoa que sofreu a pena decorrente dessa condenação deverá ser *indenizada*, de acordo com a lei, a menos que fique provado que se lhe pode imputar, total ou parcialmente, a não-revelação do fato desconhecido em tempo útil.” (grifo nosso)

Logo, sendo decretada qualquer prisão sem as cautelas e requisitos estabelecidos em lei, a prisão será tida como ilegal e o nosso ordenamento jurídico, em destaque a atual Constituição Federal, garante a indenização no caso de prisão ilegal.

A Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, por seu turno, foi adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, naquela cidade em 22 de novembro de 1969. Internamente, foi ela "aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº

27, de 25.9.92, tendo o Brasil depositado sua Carta de Adesão, em 25.9.92, determinando-se seu fiel cumprimento por via do decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

Disposições relativas ao direito de liberdade do cidadão e à prisão constantes nesse pacto internacional merecem observação, para tanto transcrevo:

“Art. 7 – Direito à liberdade pessoal:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.
2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas do Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.
3. Ninguém pode ser submetido à detenção ou encarceramento arbitrários.

Art. 10 – Direito à indenização:

Toda pessoa tem direito de ser indenizada conforme a lei, no caso de haver sido condenada em sentença passada em julgado, por erro judiciário.”

O Código de Processo Penal através de seu art. 630, § 1º fixou os casos de responsabilidade da União ou dos Estados quando absolvido o réu em sede de revisão criminal.

Estabeleceu em seu § 2º, as hipóteses em que a indenização não pode ser devida, enumerando, que ocorrem, primeiramente quando - o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão e a ocultação de prova em seu poder; segundo – se a acusação houver sido meramente privada.

2.5 Idéia de Justiça

O sentido etimológico da palavra justiça é de fácil entendimento, proveniente do latim, a palavra *justitia*, significa de acordo com o direito. Tarefa difícil é uma definição de Justiça. Longe de querer definir Justiça, apresento apenas alguns pontos para reflexão, uma vez que, mesmo depois dessa pequena pesquisa, provavelmente, continuarei sem uma justa definição de Justiça.

Em Ulpiano, célebre jurisconsulto romano, encontra-se a seguinte definição de justiça: *Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*: "A justiça consiste em dar a cada um o que é seu".

O princípio da justiça é invocado exatamente para dirimir a disputa entre partes que invocam aquilo que é seu. Porém, para se poder dar a cada um o seu, seria preciso saber, o que pertence a cada um.

A Justiça dada pelo juiz é judicial, exigindo paridade entre o dano e a reparação, o crime e a pena a este cominada. Assim a Justiça é vinculada a valor e ideal. Como idéia, é a representação abstrata do estado de pleno equilíbrio da vida social; como valor, poder-se-ia dizer que as coisas não constituem bens em si mesmas, sendo preciso lhes atribuir um valor.

O que é valor? Valor é a importância que se atribui a um bem. Mas a valoração dos bens varia no tempo e no espaço. Os valores sociais têm existência histórica, não são perpétuos. Ora, tendo como pressuposto um valor, a idéia de Justiça varia constantemente: o que era justo para os antigos talvez não seja para nós, embora possa voltar a sê-lo no futuro. Não resta dúvida, porém, de que, modernamente, o valor predominante é a igualdade, como a liberdade o foi por ocasião da Revolução Francesa.

A princípio podemos dizer que Deus nos deu sentidos e desenvolvimento suficientes para entendermos o que é justo, mas não podemos esquecer que também nos deu algo mais, a razão, assim diz Voltaire.

“Quem nos deu o sentimento do justo e do injusto? Foi Deus, que nos deu um cérebro e um coração. Mas em que momento nossa razão nos ensina que há vício e há virtude? Quando nos ensina que dois e dois são quatro. Não há conhecimento inato, pela mesma razão por que não há árvore que contenha folhas e frutos ao sair da terra. Nada é aquilo que chamam inato, ou seja, desenvolvido ao nascer; mas - cabe repetir - Deus nos faz nascer com órgãos que, crescendo, nos permitem sentir tudo o que nossa espécie deve sentir para a sua própria conservação.

Cumpra apenas, portanto, usar nossa razão para discernir os matizes da honestidade e da desonestidade. Bem e mal tantas vezes estão próximos; nossas paixões os confundem: quem nos esclarecerá? Nós mesmos, quando estamos tranquilos.

Qualquer um que tenha escrito sobre nossos deveres bem escreveu em todas as partes do mundo, pois escreveu usando sua própria razão. Disseram todos a mesma coisa: Sócrates e Epicuro, Confúcio e Cícero, Marco Aurélio e Amurath II tiveram a mesma moral.”⁵⁵

Com o entendimento de que Justiça ocorre com aplicação da lei, ou seja, a forma correta do uso das normas criadas pelo Estado seria forma de se fazer Justiça, não podemos nos afastar de que tal Justiça tem que ser feita sempre fundamentada. É a justificação a que o Estado, através do juiz, se vincula para suas decisões justas.

A Justiça para ser feita pelos juízes precisa ser de acordo com as leis, em uma compreensão inicial de que as leis aplicadas sejam justas. Contudo, para uma correta aplicação da Justiça não é sempre que se deve fazer uso da lei pura e simplesmente, deve ela promover justiça em um sentido maior, sendo quase sempre de acordo com a lei. Esse argumento é essencial para aplicação da Justiça judicial.

“As ideias de justificação e de justiça estão intimamente relacionadas, não apenas no nível etimológico. Justificar um ato x consiste em demonstrar que é certo e justo fazer x. É claro, porém, que a pergunta sobre o que é justo fazer em determinadas circunstâncias é uma questão intrinsecamente controvertida, embora seja uma questão que não se apresente em uma pura forma abstrata na maioria das situações jurídicas. Os juizes precisam fazer “justiça de acordo com a lei”, não a justiça pura e simples. As normas do sistema jurídico fornecem uma concepção sólida da justiça que em circunstâncias normais - em que a justificação por dedução basta por si mesma - é cumprida em termos suficientes pela aplicação de normas pertinentes e aplicáveis segundo seus termos.

Acompanho o pensamento de John Rawls ao distinguir entre concepções específicas de justiça e o conceito de justiça. A diferença é que o conceito de justiça é abstrato e formal. A exigência da justiça formal consiste em tratarmos casos semelhantes de modo semelhante, e casos diferentes de modo diferente; e dar a cada um o que lhe é devido.”⁵⁶

Em nosso tempo, entre os grandes pensadores do direito, é com o filósofo norte-americano John Rawls e seu livro *Uma Teoria da Justiça*, que podemos dizer que ressurgiu o debate sobre a Justiça substancial.

⁵⁵ VOLTAIRE, 1694-1778. **O preço da justiça.** / apresentação Acrísio Tôrres; tradução Ivone Castilho Benedetti - 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 1.

⁵⁶ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito.** Neil MacCormick; tradução Waldéa Barcellos; revisão da tradução Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 93.

Para Rawls, a Justiça reveste-se de um caráter político. Trata-se de uma virtude que se aplica “à *estrutura de base da sociedade*” (Rawls). Sua obra defende uma concepção objetiva da Justiça assentada em regras estabelecidas contratualmente por pessoas colocadas em uma situação de imparcialidade quanto aos eventuais benefícios ou vantagens que elas possam usufruir em função de suas posições sociais.

É definindo o papel da Justiça, de acordo com as leis e para que servem as leis, bem como até mesmo a possibilidade de injustiça, para se evitar uma injustiça maior, através da tolerância de pequenos sacrifícios impostos a poucos em favor de muitos.

A justiça deve ser vista como um bem maior, como defende o citado filósofo.

“A justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento. Embora elegante e econômica, uma teoria deve ser rejeitada ou revisada se não é verdadeira; da mesma forma leis e instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformadas ou abolidas se são injustas. Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar. Por essa razão, a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior partilhado por outros. Não permite que os sacrifícios impostos a uns poucos tenham menos valor que o total maior das vantagens desfrutadas por muitos. Portanto numa sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideradas invioláveis; os direitos assegurados pela justiça não estão sujeitos à negociação política ou ao cálculo de interesses sociais. A única coisa que nos permite aceitar uma teoria errônea é a falta de uma teoria melhor; de forma análoga, uma injustiça é tolerável somente quando é necessária para evitar uma injustiça ainda maior. Sendo virtudes primeiras das atividades humanas, a verdade e a justiça são indisponíveis.”⁵⁷

Por fim, de acordo com os valores de cada tempo e lugar, de cada grupo social e de cada indivíduo, o que é Justiça? Pergunta com resposta de acordo com a idéia do bem e do mal. Contudo, a Justiça absoluta pode existir? A solução de tal enigma parecer ficar para o sagrado. Para tanto, volto a Hans Kelsen e o dualismo platônico em sua obra *A Ilusão da Justiça*, que nos diz:

“De todo o grande contingente daqueles que - desde que o ser humano adquiriu a capacidade de pensar - se ocuparam da questão da justiça, duas cabeças alçam-se muito acima de todas as demais. A primeira, cingida do glorioso esplendor da

⁵⁷ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 3-4.

especulação filosófica; a outra, da coroa de espinhos da crença religiosa. Tanto quanto o divino Salvador, Jesus de Nazaré, apenas o filósofo de Atenas, o "divino" Platão, lutou pela justiça. Aquele, mais ainda com sua vida do que com sua doutrina; este, mais com sua doutrina do que com sua vida. Somente os diálogos de Platão revelam-se tão completamente impregnados do pensamento na justiça quanto o está a pregação de Jesus. Se a questão da justiça constitui o problema central de toda teoria e prática social, então o pensamento europeu atual, em uma de suas esferas mais importantes, apresenta-se fundamentalmente marcado pela maneira como o filósofo grego e o profeta judeu colocaram essa questão e a responderam. Se é que nos cabe esperar encontrar uma resposta para ela, para a questão da justiça absoluta, havemos de encontrá-la em um ou no outro - ou, do contrário, tal questão será inteiramente irrespondível. E isso porque inexiste, e decerto nem pode existir, pensamento mais profundo e querer mais sagrado voltados para a solução do enigma da justiça."⁵⁸

2.6 Conclusão

Observando a doutrina platônica, na esfera terrestre parece que a Justiça se concretiza apenas pelo direito positivo.

“Nas Leis, Platão reconhece a obrigatoriedade do positivo, embora acredite na existência de uma justiça absoluta e, assim, na vigência de um direito natural. A despeito da vertiginosa altura à qual ele ergue seu ideal do Estado e do direito - e talvez por isso mesmo -, não chega a um conflito entre esse ideal e a realidade da ordem estatal e jurídica dada. Se o absolutamente Bom, juntamente com a justiça que nele se contém ou que dele flui, permanece um segredo inexprimível, então o Estado ideal não pode pôr em perigo a existência do Estado real. E, se o que se pode dizer sobre a essência da justiça não leva senão à fórmula vazia de conteúdo do "a cada um o seu", pode-se conciliar o direito natural com o direito positivo, tendo-se até mesmo de pressupor a vigência deste. Afinal, somente pressupondo-se a vigência desse direito positivo, definindo o que cabe a cada um - e, portanto, o que é para cada um "o seu" - é que adquire sentido uma norma que exige única e exclusivamente que a cada um caiba o seu. Para a esfera terrestre, apenas o direito positivo pode ser a concretização de uma justiça cuja expressão - ainda que insuficiente - suum cuique. Mormente no seu significado de retribuição pois também a realização desta na terra é o Estado empírico.”⁵⁹

Com base na moral deve existir o Direito, em nosso caso marcadamente o Direito Positivo. Mas o que hoje é considerado moralmente correto pode não ter sido no passado ou de forma contrária, basta lembrar que os romanos colocavam os escravos na mesma linha dos animais e para a realidade daquele período nada tinha de contrário a moral.

⁵⁸ Kelsen, Hans, 1881-1973. **A ilusão da justiça**; tradução Sérgio Tellaroli; revisão técnica Sérgio Sérulo da Cunha. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 1.

⁵⁹ Kelsen, Hans, 1881-1973. **A ilusão da justiça**; tradução Sérgio Tellaroli; revisão técnica Sérgio Sérulo da Cunha. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 504.

Sem dúvida que Cesare Beccaria nos deu uma nova concepção do que era justo ou injusto, conforme os excessos da época, até então praticados como normal, notadamente quando praticados pelos detentores do poder, em defesa de seus interesses dominantes.

Assim Voltaire demonstrava sua indignação com o que seria Justiça:

“Não é de hoje que se diz que a justiça é frequentemente injusta: Summus jus, summa injuria é um dos provérbios mais antigos. Há várias maneiras pavorosas de ser injusto: por exemplo, a de supliciar na roda o pobre Calas com base em indícios equívocos e a de tornar-se culpado de derramar sangue inocente por acreditar demais em vãs presunções.

Outra maneira de ser injusto é condenar ao suplício extremo um homem que mereceria no máximo três meses de prisão: essa espécie de injustiça é a dos tiranos e sobretudo a dos fanáticos, que se tornam sempre tiranos desde que tenham o poder de fazer o mal.

Não podemos demonstrar melhor essa verdade do que pela carta que um célebre advogado escreveu em 1706 ao senhor Marquês de Beccaria, um dos mais célebres professores de jurisprudência da Europa.”⁶⁰

É na obra de Cesare Beccaria, *Dos Delitos e das Penas*, que se tornou símbolo de uma batalha ideológica, que podemos observar com clareza que a aplicação das normas, conforme os valores de cada sociedade, conforme o tempo e principalmente no que diz respeito a condição humana.

Uma perfeita observação do direito de punir é feita pelo Marquês de Beccaria.

“Toda pena que não derive da necessidade absoluta, diz o grande Montesquieu, é tirânica; proposição essa que pode ser assim generalizada: todo ato de autoridade de homem para homem que não derive da necessidade absoluta é tirânico. Eis, então, sobre o que se funda o direito do soberano de punir os delitos: sobre a necessidade de defender o depósito do bem comum das usurpações particulares; e tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que o soberano garante aos súditos. Consultemos o coração humano e nele encontraremos os princípios fundamentais do verdadeiro direito do soberano de punir os delitos, já que não é de esperar nenhuma vantagem duradoura da política moral se ela não se alicerçar nos sentimentos indelévels do homem. Qualquer lei que deles se desvie encontrará sempre uma resistência contrária que acabará vencendo, da mesma forma que uma força, por menor que seja, mas aplicada continuamente, vencerá qualquer movimento transmitido com violência a um corpo.”⁶¹

⁶⁰ VOLTAIRE, 1694-1778. **O preço da justiça.** / apresentação Acrísio Tôrres; tradução Ivone Castilho Benedetti - 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 4.

⁶¹ BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di, 1738-1794. **Dos delitos e das penas.** Tradução Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa; revisão Roberto Leal Ferreira. - 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 42.

Dentro de tais idéias deve ser observado que nem sempre o Direito é justo, tal entendimento nos faz refletir a respeito da Justiça, no sentido de Estado, se a mesma atende os interesses de todos. Se todos têm seus direitos respeitados. Ora, quem então tem direito? No passado nem todos tinham a cidadania, e o Direito para os “cidadãos” era garantido, dando legitimidade ao Estado para agir em nome e defesa dos mesmos. E as pessoas sem cidadania? Nada eram além de coisas ou animais.

Em outros tempos e lugares, mesmo aqueles que tinham a chamada cidadania, ou condição próxima, nem sempre desfrutavam dos “direitos”, uma vez que o Direito servia como forma de dominação de alguns, sendo interessante o que Jean Jacques Rousseau diz do direito do mais forte em sua célebre obra.

“O mais forte não é nunca assaz forte para ser sempre o senhor, se não transforma essa força em direito e a obediência em dever. Daí o direito do mais forte, direito tomado ironicamente na aparência e realmente estabelecido em princípio. Mas explicar-nos-ão um dia esta palavra? / força é uma potência física; não vejo em absoluto que moralidade pode resultar de seus efeitos. Ceder à força constitui um ato de necessidade, não de vontade; é no máximo um ato de prudência. Em que sentido poderá ser um dever?”

Imaginemos um instante esse suposto direito. Eu disse que disso não resulta senão um galimatias inexplicável; porque tão logo seja a força a que faz o direito, o efeito muda com a causa; toda força que sobrepuja a primeira sucede a seu direito. Assim que se possa desobedecer impunemente, pode-se fazê-lo legitimamente, e, uma vez que o mais forte sempre tem razão, trata-se de cuidar de ser o mais forte. Ora, que é isso senão um direito que perece quando cessa a força? Se é preciso obedecer pela força, não é necessário obedecer por dever, e se não mais se é forçado a obedecer, não se é a isso mais obrigado.”⁶²

O Direito e Justiça devem estar em equilíbrio, uma vez que o Estado deve dispor do Direito para fazer Justiça. É como uma regra, Estado, Direito e Justiça. O Estado deve existir para fazer valer o Direito como forma de Justiça, ou seja, não há Justiça sem garantia do Direito, que deve ser preservado pelo Estado.

⁶² ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social e outros escritos**. Introdução e tradução de Rolando Roque da Silva. São Paulo: Editora Cultrix. P. 24.

Uma idéia mais atual e de acordo com a realidade, não sem o afastamento também da idéia de injustiça, que pode ser feita por um Direito existente em um Estado que nem sempre tem legitimidade, por razões diversas, entre a principal a legitimidade, temos com John Rawls, quando o mesmo nos ensina a respeito da possibilidade de obediência a uma lei injusta, conforme o conflito de princípios e a ponderação com relação as prioridades apropriadas.

“A injustiça de uma lei não é, em geral, razão suficiente para não obedecer-lhe assim como a validade jurídica da legislação (conforme a define a constituição em vigor) não é razão suficiente para concordarmos com sua manutenção. Quando a estrutura básica de uma sociedade é razoavelmente justa, conforme a avaliação permitida pelas circunstâncias concretas, devemos reconhecer as leis injustas como obrigatórias, desde que não excedam certos limites de injustiça. Na tentativa de discernir esses limites, abordamos o problema mais profundo da obrigação e do dever políticos. Aqui, a dificuldade reside parcialmente no fato de haver, nesses casos, um conflito de princípios. Alguns princípios aconselham a obediência, ao passo que outros nos levam para a direção oposta. Assim, as exigências das obrigações e deveres políticos devem ser ponderadas por uma concepção das prioridades apropriadas.”⁶³

Como exposto, a Justiça deveria sempre estar vinculada ao Direito, pois a idéia primeira do termo Direito e Justiça, até pela etimologia, é de que seriam sinônimas. Em verdade o Direito deveria ser o verdadeiro instrumento para se fazer Justiça, contudo, nem sempre o Direito é justo. E quando o é, nem sempre é garantido.

Em um Estado totalitário observa-se que o Direito tem como função garantir os interesses do soberano ou de uma classe ou grupo dominante. Já em um Estado Democrático de Direito, os direitos devem ser garantidos, inclusive contra os excessos do Estado. No nosso caso são as garantias constitucionais, que inclusive devem se sobrepor as possíveis alterações do legislador ordinário.

Assim falando, isso considerando o Estado Democrático de Direito, teríamos o Estado, em nome do povo e em favor do mesmo, assegurando todas as garantias, como forma de

⁶³ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 388-389.

legitimar o Direito, situação tal em que poderíamos ter uma verdadeira Justiça e dizer que Direito e Justiça é um termo que em um sentido maior é promover justiça.

Dessa forma concluímos que a Justiça dependerá de um Direito proveniente de um Estado que atenda os interesses, pelo menos da maioria e sempre com o respeito as garantias, notadamente constitucionais, como John Rawls entende.

“Fica evidente depois das observações anteriores que o procedimento da regra da maioria, qualquer que seja sua definição e contextualização, ocupa um lugar subordinado como recurso procedimental. A justificativa desse fato se apoia diretamente nos objetivos políticos que a constituição visa a atingir, e portanto nos dois princípios da justiça. Parti do pressuposto de que alguma forma de regra da maioria se justifica como sendo a melhor maneira disponível de garantir uma legislação justa e eficaz. É compatível com a liberdade igual e possui uma certa naturalidade; pois, se adorarmos a regra da minoria, não há nenhum critério óbvio para escolher qual minoria deve decidir e viola-se a igualdade. Um aspecto fundamental do princípio da maioria é que o procedimento deve satisfazer as condições da justiça básica. Nesse caso, essas condições são as da liberdade política - liberdade de expressão e de reunião; liberdade de participar das atividades públicas e influenciar, por meios constitucionais, o curso da legislação - e a garantia do valor equitativo dessas liberdades. Quando essa base não existe, não se satisfaz o primeiro princípio da justiça; todavia, quando ela está presente, não há nenhuma garantia de que será elaborada uma legislação justa.”⁶⁴

Por fim, em se tratando de sanção penal, mesmo no caso necessário, para fazer valer o termo Direito e Justiça sem dicotomia do seu sentido, volto a Beccaria com o ensinamento de que *“para que cada pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão privado, deve ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima possível nas circunstâncias dadas, proporcional aos delitos e ditada pelas leis.”*⁶⁵.

Com maior razão se deve ter maior respeito a antecipação da tutela cautelar penal, ante o Princípio da Presunção de Inocência, constitucionalmente previsto como cláusula pétrea.

⁶⁴ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 388-395.

⁶⁵ BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di, 1738-1794. **Dos delitos e das penas**. Tradução Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa; revisão Roberto Leal Ferreira. - 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 139.

CAPÍTULO 3

BEM JURÍDICO PENAL ANTE A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Para alcançarmos a correta idéia de bem jurídico estando relacionado aos princípios da legalidade, lesividade, intervenção mínima, subsidiariedade, fragmentariedade, suas funções e em última instância sua importância para a legitimação da norma penal e, por via de consequência, do Direito Penal como um todo, não podemos nos distanciar da noção de delito como forma limitadora da atividade persecutória do Estado, inclusive no que diz respeito a liberdade da pessoa ante a presunção de inocência.

O delito e a definição de bem jurídico, não pode ser estabelecido pelo Estado sem limitações, caso contrário teríamos um Estado autoritário, o que não ocorre no Estado Democrático de Direito que limitado a princípios constitucionais, como o da Presunção de Inocência, dispõe a respeito do bem jurídico penal como forma garantidora de uma atividade punitiva sem limites.

3.1 Surgimento e conceito

Algumas considerações acerca da idéia de bem, se fazem necessárias para posteriormente passarmos a, também complexa, análise do bem jurídico propriamente, sendo importante termos um conceito amplo e de múltiplos significados do termo bem.

Apalavra bem - do latim *bene*: virtude, felicidade, utilidade, riqueza - apresenta vários sentidos análogos, semelhantes, mas não idênticos. Num sentido utilitário, bem é aquilo que representa a satisfação de uma necessidade imediata. Num sentido ético, bem é aquilo que se mostra conforme a norma social, ao ideal de moralidade do grupo social e que, por isso, deve ser buscado em si mesmo.

Na verdade, bem é toda coisa dotada de valor. Mas o que é valor? É a importância que se atribui a uma coisa. Sendo coisa tudo o que tem existência corporal ou espiritual, real, abstrata ou imaginária, na verdade, para o Direito, bem é a coisa que possui valor económico ou moral. E não importa que as coisas consideradas bens sejam corpóreas ou incorpóreas. Os direitos incidentes sobre coisas incorpóreas também são bens, p. ex., direitos autorais e os direitos creditórios.

Pelo Conceito de bem percebemos que o bem jurídico se coloca em um plano próprio e delimitado, no entanto não se distancia da idéia inicial daquele termo.

A proteção de bens pelo Direito Penal não ocorrerá de forma indistinta e aleatória, bem como não procederá a proteção de todos os bens existentes. Ao contrário ficará adstrito à proteção dos bens jurídicos mais relevantes dos ataques mais graves que estes estejam suscetíveis de sofrer.

Visando estabelecer quais os bens e valores que serão alçados à categoria de bem jurídico-penal é necessário que haja uma acertada seleção de bens, devendo ser tutelados penalmente apenas bens jurídicos fundamentais.

Dessa forma, para definição de um delito se faz necessário buscar o bem jurídico, uma vez que, para a determinação de uma ação como típica, se assenta na necessidade de lesão ao bem jurídico conforme os valores de uma sociedade, como nos ensina Aníbal Bruno:

“O Direito Penal, enfraquecendo os seus antigos apoios metafísicos, veio a constituir-se em sistema de garantia de valores cuja incolumidade é de fundamental importância para a convivência social.

O crime passou a ser entendido como ofensa ou ameaça a um daqueles valores, isto é, a um bem jurídico penalmente tutelado. E essa ideia do bem jurídico que a norma penal se destina a proteger e que se apresenta como o centro de gravidade do preceito contido no tipo veio oferecer o necessário critério para a ordenação dos fatos puníveis.”⁶⁶

⁶⁶ BRUNO, Anibal. **Crimes contra a pessoa**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979, p.46-48.

Birnbaum, inspirado nas idéias iluministas e liberais dos séculos XVIII e XIX, em 1834 formula o conceito de bem jurídico com o entendimento de que o Direito Penal tem por objeto não a tutela de direitos subjetivos, mas a de bens jurídicos⁶⁷, entendendo que só a totalidade, isto é, a sociedade, e nunca o indivíduo, poderá decidir quais objetos hão de ser abrangidos pela proteção das normas do Direito e que significado ou valor lhes advém como objeto de regulamentação jurídica. Concebe o bem jurídico como valor social suscetível de ser lesado.

No início do século XX, surge a concepção neokantista do bem jurídico, resultado de uma leitura renovada da obra de Immanuel Kant. Percebe-se a substituição da noção de indivíduo (sujeito) pela noção de totalidade, que embora apresentada como fundada em um suposto juízo neutro e normativo puro é impregnada de um inegável traço autoritário. Ocorre a superação da noção material de bem pela noção de valor, não de um valor individual, mas de um hipotético valor cultural, expresso nas proibições da norma.

Para Rawls, a base das expectativas sociais está nos bens sociais primários.

“[...]Os bens primários, como já observei, são coisas que se supõe que um homem racional deseja, não importa o que mais ele deseje. Independentemente de quais sejam em detalhes os planos racionais de um indivíduo, supõe-se que há várias coisas das quais ele preferiria ter mais a ter menos. Tendo uma maior quantidade desses bens, os homens podem geralmente estar seguros de obter um maior sucesso na realização de suas intenções e na promoção de seus objetivos, quaisquer que sejam eles. Os bens sociais primários, para apresentá-los em categorias amplas, são direitos, liberdades e oportunidades, assim como renda e riqueza.[...]”⁶⁸

A idéia moderna de bem jurídico deve ser vista a luz da sociedade, como observa e define Cláudio Brandão.

“Com efeito, para que o papel do bem jurídico cumpra a sua função de legitimar a intervenção penal, é imprescindível interpretá-lo à luz da sociedade, como pretende a atual dogmática alemã. A ideia de bem jurídico não é desvinculada da ideia de valor, visto que o bem jurídico é precisamente o

⁶⁷ LUIZI, Luis. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Rio Grande do Sul: SAFE, 2003, p.169.

⁶⁸ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, P.97 e 98.

valor protegido pela norma penal, mas esse valor cumpre a função de resguardar as condições de convivência em sociedade de um determinado grupo humano. Se, por exemplo, qualquer um pudesse matar livremente outro ser humano, não seria possível a convivência em sociedade. Assim o valor vida é um daqueles que precisam ser tutelados como bem jurídico, em virtude de sua importância para a constituição e preservação da sociedade. Bem jurídico deve ser definido, pois, como o valor tutelado pela norma penal, funcionando como um pressuposto imprescindível para a existência da sociedade.”⁶⁹

3.2 Funções do bem jurídico

3.2.1 Função de garantia

O princípio da lesividade tem como uma de suas funções a de proibir a incriminação de condutas que não afetem um bem jurídico que deve existir como sinal da lesividade do crime, como demarcação da ofensa⁷⁰. Pelo princípio da legalidade, para que haja delito há que se ter um bem jurídico lesado, protegido em lei na seara jurídico-penal. Sendo o Direito Penal fragmentário, não protege todos os bens jurídicos de todos os tipos de violação, mas apenas os bens jurídicos mais importantes contra as formas mais graves de agressão.

O legislador está desde logo, adstrito a tipificar apenas as condutas mais graves que lesionem ou coloquem em perigo os bens jurídicos considerados mais importantes.

Essa função limitadora, na medida em que impede o poder punitivo estatal de proceder a uma seletividade aleatória, procedendo restritivamente quanto ao momento de produção legislativa de tipos penais, simboliza uma garantia do indivíduo.

3.2.2 Função Constitucional

Não é função da Constituição instituir um conjunto axiológico de bens a serem tutelados pelo Direito Penal. Entretanto, as disposições constitucionais são de extrema relevância para

⁶⁹ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 9 e 10.

⁷⁰ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, p.95.

todo o Direito, por se tratar de normas hierarquicamente superiores no sistema normativo, em especial para o Direito Penal, que está limitado pelas garantias constitucionais aos indivíduos, sendo certo que a doutrina entende que existem princípios constitucionais penais, neste sentido se posiciona Luis Luiz e Nilo Batista:

“Nas Constituições brasileiras os princípios penais, tanto os especificamente criminais como os influentes em matéria penal tem nelas se feito presente. Mas a que lhe reservou um maior espaço foi sem dúvidas, a Constituição vigente de outubro de 1988.

São exemplos de princípios penais constitucionais específicos e da legalidade dos delitos e das penas (seja explicitamente na forma do postulado da reserva legal e da irretroatividade, seja implicitamente na forma do postulado da determinação taxativa das normas incriminadoras), da pessoalidade e da individualização das penas, o da humanidade o da culpabilidade. E ainda os implícitos princípios relativos a intervenção mínima e aos fins da pena.”⁷¹

“Em nossa opinião, são cinco os princípios básicos do direito penal: 1. princípio da legalidade (ou da reserva legal, ou da intervenção legalizada); 2. princípio da intervenção mínima; 3. princípio da lesividade; 4. princípio da humanidade; 5. princípio da culpabilidade. Nos próximos parágrafos, forneceremos algumas indicações sobre cada um deles, em nível genérico que corresponde a seu tratamento no âmbito de uma introdução ao direito penal.”⁷²

Não pode o legislador ordinário proteger bens incompatíveis com a Constituição, como no caso de discriminação por motivo de sexo, raça, crença, religião, consciência, considerando que são objetos de direitos e garantias fundamentais do indivíduo nos termos da Carta Magna.

A nossa Constituição, além de impor limites ao legislador ordinário na escolha dos bens jurídicos penais, impõe ao mesmo a obrigação de incriminar a ofensa de determinados bens jurídicos ou determina a exclusão de benefícios, ou até mesmo a espécie de pena a ser aplicada em certos crimes.

Os artigos 5.º, 225, § 3.º e 227, § 4.º da Magna Carta traz diversas obrigações de incriminar ao legislador ordinário, nos seguintes termos: *verbis*

⁷¹ LUIZI, Luis. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Rio Grande do Sul: SAFE, 2003, p.14.

⁷² BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, p.64.

“Art. 5.º (...)

XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais;

XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

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

XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

(...)

Art. 225. (...)

§ 3.º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

(...).

Art. 227. (...)

§ 4.º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.(...).”

Dessa forma observamos que a Constituição Federal antecipou-se ao legislador ordinário na valoração político-criminal de certos bens jurídicos, que normalmente seria tarefa deixada à legislação infraconstitucional. Isso ocorreu por razões históricas do momento em que a Assembléia Nacional Constituinte elaborava a Magna Carta, bem como a estrutura econômico-social do País, geradora de desigualdades econômicas e sociais acentuadas.

Ante os princípios e garantias constitucionais, limitadores e até mesmo criadores dos bens jurídicos como forma de garantia do indivíduo contra os abusos do Estado, observamos que o bem jurídico é definido sem afastamento do positivismo jurídico, demonstrando que o conceito de bem jurídico penal se encontra na própria lei penal, ou seja, a criação do bem jurídico penal é feita pela norma jurídico penal.

A idéia de um Direito constitucional nada mais é do que o desenvolvimento da visão positivista, reconhecendo a criação do conceito do bem jurídico penal a partir das normas jurídicas hierarquicamente superiores às demais, quais sejam aquelas decorrentes da Constituição Federal.

3.3 Conclusão

Todo delito há que necessariamente ameaçar ou lesionar um bem jurídico. Desse modo este é um elemento basilar do preceito. Para que se possa interpretar a lei penal, tem-se que partir da premissa de que ela protege um bem jurídico.

Então, para compreendê-la, teremos que ser remetidos à noção de bem jurídico.

O que transforma um bem qualquer existente em um bem jurídico penal é uma escolha legislativa perpassada por escolhas políticas que se inserem num contexto social, econômico e histórico de uma determinada sociedade numa dada época, não podendo ser essa escolha uma expressão da classe dominante, como forma de dominação da mesma, como entende Nilo Batista⁷³.

A noção de bem jurídico estará associada à idéia de que o estado é que serve ao indivíduo e que este tem de garantir a liberdade e dignidade humanas.

O Direito Constitucional funcionará como um norte de hierarquia superior que imporá os limites ao direito de punir, limites estes que deverão se compatibilizar com as garantias do Estado Democrático de Direito e estar previamente delineadas na Constituição. O Legislador terá que definir os bens jurídicos partindo dos ditames e limites impostos na Constituição e dos valores nela consagrados.

Terá na norma constitucional o substrato primeiro para possibilitar ou não uma incriminação de conduta.

“A Criminalização há de fazer-se tendo por fonte principal os bens constitucionais, ou seja, aqueles que, passados pela filtragem valorativa do legislador constitucional, são postos como base e estrutura jurídica da comunidade. E, embora o legislador criminal possa tutelar com suas sanções bens não previstos constitucionalmente, só o pode fazer desde que não viole os princípios básicos das constituições.”⁷⁴

⁷³ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, p. 96.

⁷⁴ LUIZI, Luis. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Rio Grande do Sul: SAFE, 2003, p.174.

A dogmática, a partir das normas jurídicas, não conceitua bem jurídico, mas é base para mostrar quais bens jurídicos são reconhecidos pelo Direito Positivo vigente em determinado momento. A norma jurídica é apenas um dos elementos da formação do Direito, que não se esgota positivamente.

O conceito de bem jurídico existe anteriormente à norma jurídica, e, portanto, o conceito de bem jurídico penal é anterior à norma penal, ainda que de matiz constitucional.

Se o Direito é a ordenação bilateral atributiva das relações sociais, na medida do bem comum e a função fundamental do bem jurídico é a de delimitar a norma penal e de garantia do indivíduo frente ao Estado, também a presunção de inocência garante a pessoa contra possíveis injustiças por parte do Estado.

A própria Carta Magna define bens jurídicos, como forma de obrigar o Estado a oferecer proteção específica aos valores constitucionalmente definidos.

Assim, podemos conceituar o bem jurídico à luz do Estado Democrático de Direito como: O valor tutelado pela norma penal, em conformidade com os princípios e garantias fundamentais constitucionais, como instrumento garantidor do bem comum.

CAPÍTULO 4

PROVA NO PROCESSO ANTE A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O nosso Código de Processo Penal, Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941, tem o Título VII denominado - Da Prova. O referido título, em onze capítulos, define que são provas no processo penal: Do exame do corpo de delito, e das perícias em geral; Do interrogatório do acusado; Da confissão; Das perguntas ao ofendido; Das testemunhas; Do reconhecimento de pessoas e coisas; Da acareação; Dos documentos; Dos indícios e Da busca e Apreensão.

4.1 Conceito

Para ser imposta sanção penal pelo juiz, declarando a existência da responsabilidade criminal, é necessária certeza de cometimento de um delito, com a respectiva autoria. Para chegar à verdade, deve apurar a mesma na instrução, fase do processo em que as partes procuram demonstrar o que objetivam, sobretudo para demonstrar ao juiz a veracidade ou falsidade da imputação feita ao réu e das circunstâncias que possam influir no julgamento da responsabilidade e na individualização das penas.

Essa demonstração que deve gerar no juiz a convicção de que necessita para o seu pronunciamento é o que constitui a prova. Nesse sentido, ela se constitui em atividade probatória, isto é, no conjunto de atos praticados pelas partes, testemunhas, peritos e até pelo juiz para averiguar a verdade e formar a convicção deste último.

Nesse entendimento, prova - do latim *probare*: convencer, tornar crível, estabelecer uma verdade, comprovar - no Direito apresenta sentido objetivo, sendo todo meio lícito empregado pela parte ou interessado na demonstração daquilo que alega.

Não se pode, todavia, desconsiderar o aspecto subjetivo da definição, qual seja, o da convicção do próprio juiz. Daí definirmos a prova processual como todo meio lícito e suscetível de convencer o juiz da verdade de uma alegação da parte. A prova judicial reveste-se de um conteúdo finalístico marcante, qual seja, o convencimento do juiz.

Obviamente que o convencimento do julgador também ocorre quando da antecipação da tutela penal, logo, a prova “provisória” ou mesmo indícios, conforme o valor dos mesmos, podem servir como fundamentos de uma decisão em contraponto ao Princípio da Presunção de Inocência.

Anamaria Campos Torres, citando Malatesta, ensina que a prova deve ser inteira, uma vez que não existe verdade fracionada:

"A prova não é e não pode ser senão um inteiro".

E é fundado na ideia de que não há frações de certeza que justifica o seu ponto de vista, vez que a prova deverá gerar no ânimo do julgador uma certeza judicial. Expõe nos seguintes termos sua fundamentação:

"Não havendo frações de certeza, não pode haver frações de prova, ou a prova não chega a gerar no ânimo a certeza judicial, e não é prova de certeza de maneira alguma, ou produz esta certeza e é prova plena de certeza com respeito ao objeto provado"⁷⁵

Dessa forma, prova é todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém. Devendo ser feita a distinção do conceito lógico do jurídico a respeito de prova, o primeiro é tudo que induz a uma verdade e o segundo é meio regulado pela lei para descobrir ou estabelecer a verdade de um fato controvertido.

A respeito da verdade no processo, antes de qualquer estudo, devemos analisar a melhor doutrina quando nos diz o seguinte em relação a verdade para o julgador:

⁷⁵ VASCONCELOS, Anamaria Campos Torres. **Prova no processo penal – justiça como fundamento axiológico**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992. p. 43.

“Con San Agustín encontramos también a Santo Tomás, para quien la verdad es la correspondencia de la cosa con la idea de la cosa; pero sin olvidar que “esa idea está en el intelecto” y que “la verdad no está en las cosas, sino sólo en la mente y la correspondencia y división. Campanella dirá que “la verdad es el mismo ser de las cosas y entonces es verdadero que (el científico) las conoce cuando las entiende como son, y falso cuando las entiende como no ‘son’. En definitiva, y como nos dirá Giannini, “durante siglos se ha vivido como fascinados por lo que podría considerarse el mito de la verdad, llegando a creerse que el uso apropiado de determinados instrumentos materiales y jurídicos podría proporcionar representaciones exactas de la verdad, ya fuese verdad histórica o verdad científica”. De ahí el esfuerzo, sincero en todas sus manifestaciones, de perfeccionar estos instrumentos, el cual se concentro de modo particular en el instrumento del proceso; y agrega: “El juez debe buscar la verdad. y su sentencia contiene la verdad comprobada, y hasta es la verdad”. Pero aunque “verdad significa manifestación, conocimiento, comunicación de la realidad” no podemos prescindir de que, como nos dice Capella “no puede darse una definición semántica de verdad para el lenguaje natural sin incurrir en paradojas”. Pero si la prueba se definía en función del término verdad tampoco se puede olvidar que, como afirmó Carnelutti, “la verdad es como el agua: o es pura o no es verdad”; es una sola.”⁷⁶

4.2 Prova no processo

A prova, no processo, não tem um fim filosófico e sim prático, que é convencer o Juiz. A prova tem como finalidade se chegar a uma certeza relativa, que seja suficiente para a convicção do julgador, uma vez que a certeza absoluta é impossível. Como diz Moacyr Amaral Santos, *provar é convencer o espírito da verdade a respeito de alguma coisa*⁷⁷.

A verdade que se deve alcançar por meio da prova não deve se encontrar apenas para o processo, devendo ser instrumento de solução de conflitos sociais, razão pela qual obedece a procedimentos próprios, ou mesmo rituais, para a produção do convencimento judicial, como adiante observamos:

“Em outras palavras, a prova judiciária não se destina ao estabelecimento de uma verdade circunscrita ao processo, até porque este não é um fim em si mesmo, mas um instrumento de solução de conflitos sociais; e, para que essa finalidade última seja

⁷⁶ MELENDO, Santiago Sentis. **La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America. 1978. p. 41-42.

⁷⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1992, 14ª ed. v.2. p.327.

alcançada, a produção do convencimento judicial deve obedecer a determinados padrões e rituais, através dos quais a coletividade possa reconhecer-se.”⁷⁸

A devida forma no processo penal deve se encontrar vinculada ao nosso sistema de garantias constitucionais, com o respeito ao devido processo legal, que significa contraditório, ampla defesa e presunção de inocência, observando documentos internacionais incorporados ao nosso ordenamento, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Observação essa também da doutrina supra:

“No direito processual-penal brasileiro, o reconhecimento do direito à prova é uma decorrência, em primeiro lugar, do próprio sistema de garantias constitucionais, especialmente das cláusulas que asseguram o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e a presunção de inocência (art. 5.º, inc. LIV, LV e L VII, CF); além disso, com a incorporação ao nosso ordenamento, em nível constitucional (art. 5.º, § 2.º, CF), dos textos do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, é expressamente reconhecido a toda pessoa acusada de delito o direito de inquirir as testemunhas de acusação, bem como o de obter o comparecimento de testemunhas de defesa, em igualdade de condições.”⁷⁹

A doutrina não é uniforme na classificação das provas, tendo alguns autores, como José Eduardo Carreira Alvim, classificado por três critérios, quanto ao sujeito, ao objeto e à forma⁸⁰.

Não podendo deixar de ser observado que, no processo a busca e apreensão tem como função documentar a prova da infração penal, como assegura Ana Maria Campos Torres:

“Eliezer Rosa, considerando o tratamento da nossa legislação, define busca e apreensão, como medida cautelar, que em processo penal, nunca se esgota em si mesma, como acontece com o processo civil. Em sede penal ela é sempre

⁷⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito a prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 18.

⁷⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito a prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 172.

⁸⁰ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005, 10ª ed. p.261.

instrumental, é meio para o fim. De modo geral sua função é documentar *ad perpetuam memoriam* a prova da infração penal.”⁸¹

No processo, a verdade costuma ser considerada, conforme a doutrina, formal, de acordo com o que resulta do processo, mesmo que não encontre correspondência com a realidade, considerando os fatos não impugnados que se presumem verdadeiros. Já a verdade material é aquela que chega ao julgador de forma como historicamente ocorreu.

Assim, no processo, como ensina Rosemiro Pereira Leal, *provar em direito é representar e demonstrar, instrumentando, os elementos de prova pelos meios de prova*⁸². Predominando o princípio da verdade material no processo penal.

Como princípios da prova pode ser entendido, entre outros na doutrina, o princípio da auto-responsabilidade das partes, em que estas assumem e suportam as consequências de sua inatividade, negligência, erro ou atos intencionais.

Princípio do contraditório. Pela audiência contraditória, toda prova admite a contraprova, não sendo admissível a produção de uma delas sem o conhecimento da outra parte. Diante desse princípio, a prova emprestada não pode gerar efeito contra quem não tenha figurado como uma das partes do processo originário.⁸³

Pelo princípio da aquisição ou comunhão, segundo, a prova produzida não pertence à parte que a produziu, servindo a ambos os litigantes e ao interesse da Justiça.

Pelo princípio da oralidade, deve haver predominância da palavra falada, depoimentos, alegações, debates. Seguindo o princípio da oralidade, o que não é

⁸¹ TÔRRES, Ana Maria Campos. **A busca e apreensão e o devido processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 95.

⁸² LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo – primeiros estudos**. São Paulo: Thomson-IOB, 2004. 5ª ed. p.312.

⁸³ Nesse sentido: RT 667/267.

prática em nossos processos judiciais, busca-se concentrar toda a produção da prova na audiência, estando aí outro princípio, o da concentração.

Dois outros princípios devem ser considerados para a prova, o princípio da publicidade e o do livre convencimento motivado. O primeiro é garantia da legalidade e legitimidade das provas constantes dos autos, como meio de um justo julgamento. O segundo é expresso em nossa lei processual penal, quando o artigo 157 enuncia que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova.

De acordo com os princípios processuais, o direito processual penal deixa a finalidade meramente punitiva para a finalidade investigatória, não mas adotando o sistema inquisitorial, em que o órgão julgador obtinha a prova da responsabilidade do acusado, na maior parte das vezes por meio da confissão, para adotar o sistema acusatório, submetendo ao órgão julgador provas esclarecedoras da verdade.

Os métodos de revelação da verdade “confiados a Deus”, hoje considerados irracionais, deixam de ser praticados, sendo tal tarefa confiada aos próprios homens, sendo essa a observação que segue:

“Assim, em oposição àqueles métodos de revelação da verdade judicial, que hoje costumam ser considerados *irracionais*? desenvolve-se uma nova racionalidade probatória, na qual a solução dos conflitos humanos deixa de ser confiada a Deus, para constituir-se tarefa dos próprios homens. E, na cultura medieval, o *inquérito* foi o instrumento que se adaptou excepcionalmente às novas exigências, pois através dele tornava-se possível reconstituir os acontecimentos, trazendo para o presente os fatos do passado e permitindo uma visualização dos mesmos que substituía o flagrante-delito.”⁸⁴

A prova, conforme Hélio Tornaghi, é *o conjunto de atos praticados pelas partes, terceiros(testemunhas, peritos) e até pelo juiz, para averiguar a verdade e formar a convicção desse último (julgador)*⁸⁵.

⁸⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito a prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 3.

⁸⁵ TORNAGUI, Hélio. **Curso de processo penal**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991, v.1.p.265.

Logo, no processo penal a prova deve ser entendida como meio de demonstração de um fato que vai influir na convicção do juiz, ou seja, depois de sua valoração dos elementos recolhidos poderá julgar a respeito da veracidade ou não das proposições de fato afirmadas pelas partes, bem como pela tutela cautelar ante a presunção de inocência, como o já citado autor entende:

“As atividades probatórias convergem para um momento culminante e decisivo, que é o da apreciação ou valoração dos elementos recolhidos: as provas não valem isoladamente, mas constituem um conjunto, cuja aptidão para servir de fundamento à conclusão final deve ser aferida pelas concordâncias que delas possa resultar. Assim, somente através da seleção, da crítica, da aceitação ou da rejeição do material produzido será possível extrair-se uma convicção a respeito dos fatos investigados; é nessa fase final, com efeito, que os dados objetivos resultantes dos procedimentos probatórios podem se transformar, ou não, em uma crença sobre a veracidade ou falsidade das proposições de fato afirmadas pelas partes.”⁸⁶

É a valoração dada pelo Juiz as provas que levará a um correto julgamento e possível antecipação da tutela penal, conforme ensinamento doutrinário que segue:

“Las pruebas practicadas hay que valorarlas o apreciarlas. Cualquiera de las dos palabras es buena: determinar el valor o fijar el precio de algo, no son expresiones distintas etimológicamente. Lo que importa es tener bien clara, conceptualmente, la gravedad del problema de la valoración dentro del proceso. Naturalmente, siempre que no se olvide que tal valoración solo podrá realizarse correctamente si han transcurrido bien las etapas o los momentos anteriores del desarrollo del proceso. Un juez no podrá valorar correctamente una prueba que no ha llegado con toda corrección al proceso. Lo que un autor dice con referencia al juez de instrucción en lo penal, tiene aplicación a todos los jueces, también a los de sentencia, de todos los fueros: deben tener una cultura general, no solo jurídica, que les permita dominar la realización de la prueba; y la deben poseer ya al ocupar el sitio. Solo así será posible la asimilación de la prueba en forma que permita su valoración: una asimilación no prematura, que evite los prejuicios; pero práctica, asunción, asimilación, deben tener lugar científicamente para que lo sea también la valoración.”⁸⁷

4.3 Meios de prova

⁸⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito a prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 159.

⁸⁷ MELENDO, Santiago Sentis. **La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1978. p. 240-242.

Em razão do princípio da verdade real, adotado em nosso processo penal, não há limitação dos meios de prova. A busca da verdade real e o sistema de livre convencimento do juiz, que conduzem ao princípio da liberdade probatória, levam também a doutrina a concluir que não se esgotam nos artigos 158 a 250 do CPP os meios de prova permitidos na nossa legislação. A previsão legal não é, portanto, exaustiva, mas exemplificativa, sendo admitidas as chamadas provas inominadas, aquelas não previstas expressamente na legislação.

Tudo que possa, de alguma forma influenciar na reconstituição do fato delituoso, bem como na demonstração das circunstâncias pessoais do agente pode ser utilizado como prova, que Frederico Marques diz ser *a coisa, fato, acontecimento ou circunstância que deva ser demonstrada no processo*⁸⁸.

Segundo a doutrina, são inadmissíveis as provas que sejam incompatíveis com os princípios de respeito ao direito de defesa e à dignidade humana, os meios cuja utilização se opõem às normas reguladoras do direito que, com caráter geral, regem a vida social de um povo. Lembra-se também da proibição de provas de invocação ao sobrenatural, como levantado o tema na imprensa nacional.

As partes podem trazer para o processo as provas que entendam úteis e necessárias, contudo estão sujeitos a limitações decorrentes da tutela que o ordenamento confere, na proteção de valores outros, como a doutrina adiante expõe:

“A atividade probatória está voltada ao conhecimento de fatos pelo juiz, mas sua função não se exaure aí, pois, se assim fosse, permitido seria ao julgador utilizar-se de dados de sua ciência particular, ou buscar, por qualquer forma, as informações necessárias para chegar a conclusões próprias a respeito dos acontecimentos. Na realidade, as provas desempenham um papel mais importante, que é o de fixar os fatos no processo e, por consequência, no próprio universo social; nisso consiste sua função legitimadora das decisões judiciais à qual já nos referimos. Daí resulta a indeclinável exigência de submissão dos procedimentos probatórios a certas regras — lógicas, psicológicas, éticas, jurídicas, etc. —, cuja inobservância

⁸⁸ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2ª ed. Campinas: Millennium, 2000, v.2.

acarretaria uma inevitável fratura entre o julgamento e a sociedade no seio da qual o mesmo é realizado. Assim como o saber científico, que só adquire esse status na comunidade acadêmica após uma rigorosa verificação sobre a validade dos métodos de pesquisa utilizados, também a verdade judicial requer obediência a parâmetros bem delimitados no seu processo de construção, sem os quais confundir-se-ia com um intolerável arbítrio do juiz.”⁸⁹

A busca da verdade material ou real, que preside a atividade probatória do juiz, exige que os requisitos da prova em sentido objetivo se reduzam ao mínimo, de modo que as partes possam utilizar-se dos meios de prova com ampla liberdade. Visando o processo penal o interesse público ou social de repressão ao crime, qualquer limitação à prova prejudica a obtenção da verdade real e, portanto, a justa aplicação da lei. A investigação deve ser a mais ampla possível, tendo como objetivo alcançar a verdade do fato, da autoria e das circunstâncias do crime. Nada impede, portanto, que se utilizem provas com a utilização de meios técnicos ou científicos, como gravações em fita magnética,⁹⁰ fotos, filmes, videofonograma, desde que obtidas licitamente.

Dessa forma, os meios de prova devem atender um correto conceito de admissibilidade da prova, para uma justa valoração, livre de meios inidôneos que possam violar outros direitos, notadamente constitucionais, sendo interessante a doutrina a respeito:

“A admissibilidade da prova constitui, portanto, um conceito de direito processual e consiste numa valoração prévia feita pelo legislador, destinada a evitar que elementos provenientes de fontes espúrias, ou meios de prova reputados inidôneos, tenham ingresso no processo e sejam considerados pelo juiz na reconstrução dos fatos; daí sua habitual formulação em termos negativos: inadmissibilidade, proibição de prova, "exclusionary rules".

E tal valoração, que é mais evidente no sistema da common law, dada sua longa elaboração, mas que igualmente existe nos ordenamentos de tradição continental, pode ter um fundamento epistemológico, excluindo provas que poderiam levar o julgador a uma reconstituição inexata dos fatos, ou pode estar baseada em considerações estranhas à pesquisa da verdade, como ocorre em relação à inadmissibilidade de provas cuja obtenção importe em violação de outros direitos,

⁸⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito a prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 91-92.

⁹⁰ STF-1ª Turma – HC nº 69.204-4-SP – Rel. Min. Carlos Velloso – DJU de 4-9-1992, p. 14092.

especialmente aqueles de natureza fundamental, inscritos na Constituição. No primeiro caso, a inadmissibilidade tem uma finalidade propriamente processual, ao passo que a segunda hipótese diz respeito à tutela do direito material.”⁹¹

4.4 Ônus da prova

Ônus da prova, *onus probandi*, é a faculdade ou encargo que tem a parte de demonstrar no processo que um fato realmente ocorreu, como alegado em seu interesse, o qual se apresenta como relevante para o julgamento da pretensão deduzida pelo autor da ação penal, como ensina Afrânio Silva Jardim.⁹²

O Código de Processo Penal, em seu artigo 156, 1ª parte, estabelece que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer. O princípio decorre não só de uma razão de oportunidade e na regra de experiência fundada no interesse à afirmação, mas na equidade, na paridade de tratamento das partes. Do autor não se pode exigir senão a prova dos fatos que criam, especificamente, o direito e do réu apenas aqueles em que se funda a defesa. Assim observa-se a equidade:

“O emprego das regras de distribuição do ônus da prova, além de ensejar a resolução da lide nas hipóteses de questão de fato irredutivelmente incerta, informa-se por um critério racional e de equidade que a justifica.”⁹³

No processo penal, oferecida a denúncia ou queixa, cabe ao acusador a prova do fato e da autoria, bem como das circunstâncias que causam o aumento de pena, qualificadoras, agravantes etc. Ao acusado cabe a prova das causas excludentes da antijuridicidade, da culpabilidade e da punibilidade, bem como das circunstâncias que

⁹¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito a prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 95.

⁹² JARDIM, Afrânio Silva, **Direito processual penal, estudos e pareceres**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 154.

⁹³ NIESS, Pedro Henrique Távora. **O ônus da prova no processo civil e no processo penal**. Justitia 118/206.

impliquem diminuição de pena, como atenuantes, ou concessão de benefícios penais.⁹⁴

Cabe ao réu também a prova da "inexistência do fato" se pretender a absolvição nos termos do artigo 386, inciso I, do CPP.

4.5 Diferença entre exame de corpo de delito e corpo de delito

Corpo de delito é o conjunto de elementos materiais resultantes da prática de um crime. No passado, a expressão indicava tão-somente o cadáver da pessoa vitimada por homicídio, o qual devia ser exibido ao juiz, daí, provavelmente, o sentido etimológico - corpo de delito. Posteriormente, a expressão passou a significar toda pessoa ou coisa sobre as quais incidia um ato delituoso, até que se chegasse ao sentido moderno no sentido de que o corpo de delito é a prova da existência do crime. Essa prova pode ser feita de modo direto ou indireto, isto é, pela verificação de peritos do rastro deixado nitidamente pelo delito, como o exame necroscópico, bem como pela narrativa de testemunhas, que viram, por exemplo, o réu matando a vítima, sem, no entanto, manter-se o cadáver para exame.

O exame de corpo de delito é sempre produzido por peritos. O corpo de delito, no entanto, pode resultar de forma direta ou indireta. Quando o perito vê o cadáver, analisa-o e atesta ao juiz que houve a morte e como esta se deu, prova-se a materialidade de maneira direta. Quando o cadáver se perde, contando-se com a mera narrativa de leigos que, de longe, viram o réu desferindo tiros na vítima, por exemplo, caindo o corpo no mar e perdendo-se, há a prova indireta da ocorrência da morte. É o corpo de delito indireto, assim arroneamente conhecido no entendimento de França.

⁹⁴ Quem afirma um alibi deve comprová-lo sob pena de, não o fazendo, ser nenhum o valor probatório da negativa de autoria: *J. Cat.* 59/288-9. Quem alega falha mecânica para exculpar-se de crime de trânsito deve comprová-la: *J. Cat.* 66/507. Compete ao réu obter e fornecer ao juízo o endereço correto de testemunhas: *RT* 733/549.

“O exame de corpo de delito realizado pelos peritos é chamado corpo de delito direto. É erroneamente conhecido por corpo de delito indireto quando é ele substituído pela prova testemunhal. Nesta última hipótese, mesmo existindo o delito, não existe corpo em virtude da ausência dos elementos objetivos que caracterizam a agressão.”⁹⁵

4.6 Exame de corpo de delito e confissão

A confissão do réu não pode suprir o exame de corpo de delito, direto ou indireto, sendo clara a lei processual penal em seu artigo 158. A única fórmula legal válida para preencher a sua falta é a colheita de depoimentos de testemunhas, nos termos do artigo 167, do C.P.P. O dispositivo tem como objetivo o cuidado com a confissão, considerando as inúmeras razões que podem conduzir uma pessoa a confessar falsa ou erroneamente, colocando em grave risco a segurança exigida pelo processo penal.

A cautela com a confissão ocorre em razão da forma como era obtida, bem como a finalidade, uma vez que ela servia apenas para confirmar uma verdade que já existia na convicção do antigo juiz-inquisidor, como demonstra o seguinte entendimento doutrinário:

“A confissão do acusado representava, portanto, o objetivo primordial do procedimento inquisitório, pois somente ela podia fornecer a certeza moral a respeito dos fatos investigados; a tortura era seu instrumento. Evidente, entretanto, o vício epistemológico que aí se continha, pois o inquisidor era alguém comprometido a priori com a tese da culpabilidade, que procurava demonstrar; a pesquisa cedia vez à confirmação de uma verdade já estabelecida.

A rigor, bem analisadas as coisas, a técnica do inquérito não chegava a superar o irracionalismo dos duelos e ordálias, em que a revelação do verdadeiro é confiada à divindade; afinal, a tortura também não passava de um jogo (desigual) entre o juiz-inquisidor e o acusado, em que este ganha, resistindo, ou perde, confessando; ademais, "só pressupondo inconscientemente que a acusação resulte de uma inspiração divina pode conceber-se o acusado já como culpado, e portanto a sua confissão como absolutamente necessária, a ponto de dever ser extorquida com a tortura.”⁹⁶

⁹⁵ FRANÇA, Genival Veloso de. **França Medicina Legal**. 2ª ed, Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1985, p.7.

⁹⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito a prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 22.

4.7 Impossibilidade de exame de corpo de delito e prova testemunhal

Conforme o delito é necessário que os peritos façam a análise da causa da morte, das lesões corporais, sinais de arrombamento, causas de um incêndio, entretanto, pode ocorrer que os vestígios tenham desaparecido, nessas situações, quando o cadáver é perdido por qualquer causa ou é destruído pelo agente, quando as lesões leves, uma vez curadas, desaparecem, quando a vítima troca a porta arrombada, desfazendo-se de vez da anterior, enfim, inexistindo possibilidade dos peritos terem acesso, ainda que indireto ao objeto a ser analisado, pode-se suprir o exame de corpo de delito por testemunhas, como dispõe o artigo 167, do C.P.P.

4.8 Prova pericial

A doutrina entende que a prova pericial é o exame procedido por técnicos, ou pessoas com conhecimentos específicos, de forma a levar elementos ao julgador para sua melhor convicção, como adiante transcrito:

“Entende-se por perícia o exame procedido por pessoa que tenha determinados conhecimentos técnicos, científicos, artísticos ou práticos acerca de fatos, condições pessoais ou mesmo de circunstâncias relevantes para o desate da questão, a fim de comprová-los”.⁹⁷

“Prova pericial é aquela destinada a levar ao juiz elementos instrutórios sobre fatos que dependam de conhecimento especial”.⁹⁸

A perícia deve descrever o que foi analisado e normalmente, através do laudo pericial, que é a conclusão a que chegaram os peritos, expõem na forma escrita, devidamente

⁹⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p.220.

⁹⁸ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2ª ed. Campinas: Millennium, 2000, v.2. p. 423.

fundamentada, constando de observações, bem como de respostas aos quesitos formulados pelas partes ou próprios da perícia que estiver sendo realizada.

O laudo pericial conclui confirmando algo e como ocorreu, confirmando ou não a materialidade e conseqüentemente o corpo de delito, uma vez que pode constatar e descrever a morte de um corpo e suas condições, quais as lesões sofridas, o tempo da morte, se houve um aborto, uma violência sexual e/ou conjunção carnal, uma embriaguez, um infanticídio, a sanidade mental de alguém, como foi encontrado o local do crime, entre outras coisas, contudo, em regra não indica a pessoa do autor do delito, ou seja, o exame é feito na pessoa ou coisa que sofreu agressão criminosa.

Quando o crime deixar vestígios materiais, é indispensável o exame de corpo de delito direto, elaborado por peritos para se comprovar a materialidade do crime, sob pena de nulidade. A respeito o STF sumulou o seguinte entendimento:

“Súmula 361. No processo penal, é nulo o exame realizado por um só perito, considerando-se impedido o que tiver funcionado, anteriormente, na diligência de apreensão”.⁹⁹

O exame destina-se à comprovação, por perícia, dos elementos objetivos do tipo, que diz respeito, principalmente, ao evento produzido pela conduta delituosa, ou seja, do resultado, de que depende a existência do crime. Deve registrar, portanto, a própria existência do delito.

A perícia é o exame realizado por pessoa que tem determinados conhecimentos técnicos, científicos, artísticos ou práticos acerca dos fatos, circunstâncias objetivas ou condições pessoais inerentes ao fato punível a fim de comprová-los.

⁹⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula 361 – Redação Oficial. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em 15.05.2007.

Grande problema encontrado em nosso ordenamento diz respeito a uma correta aplicação do contraditório em relação a prova pericial, que normalmente no processo penal é realizada ainda no inquérito policial, o que dificulta a discussão com participação da defesa, devendo ser garantida, neste tipo de prova, a participação do agente investigado, como nos diz a doutrina que segue:

“Entre nós, na linha dos ordenamentos continentais, também se pôde afirmar haver grandes dificuldades para um exercício pleno do contraditório em relação à prova pericial: os peritos são, em regra, oficiais (art. 159 CPP) e, também como norma, as perícias são realizadas na fase do inquérito policial, em que ainda não existe a participação da defesa. Assim, embora se admita o contraditório posterior, nem sempre as informações técnico-científicas são elaboradas com vistas a uma discussão paritária entre os interessados, acabando por prevalecer uma versão única sobre os fatos examinados, aceita acriticamente, não só pelo juiz, como pelas próprias partes.

Mas, apesar do silêncio da lei processual penal, a melhor doutrina, em face dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, entende que a participação dos interessados é essencial também nesse tipo de prova, seja através da possibilidade de crítica e pedidos de esclarecimentos em relação aos laudos já apresentados, seja pela formulação de quesitos antes da realização dos exames. E também a jurisprudência criminal posiciona-se no mesmo sentido.”¹⁰⁰

4.9 Conclusão

A prova é o meio pelo qual se demonstra a existência de um fato jurídico, é instrumento destinado a fornecer ao julgador o conhecimento da verdade dos fatos do processo. É por meio da prova que se forma a convicção do Juiz quanto à verdade dos fatos.

Para a condenação, no processo penal, é necessário que se proceda à reconstituição histórica dos fatos, para um melhor entendimento do que ocorreu, de forma a se restabelecer, o mais próximo do real, a verdade dos fatos para uma justa solução em relação a pessoa do acusado, para tanto devem ser respeitadas garantias constitucionais,

¹⁰⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito a prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 156-157.

notadamente o devido processo legal, contraditório e ampla defesa, tudo em consonância com provas lícitas colhidas durante a instrução processual.

Por vezes a prova serve para uma decisão cautelar dentro do processo penal, situação em que a presunção de inocência deve prevalecer como regra, no entanto, não absoluta.

Quando as provas já colhidas e/ou produzidas indicarem a culpabilidade, tendo sido lesado ou ameaçado um bem jurídico relevante, o Princípio da Presunção de Inocência pode ceder lugar a outro bem maior, principalmente estando em jogo o interesse da sociedade.

CAPÍTULO 5

CULPABILIDADE COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O Código Penal Brasileiro, para fixação das penas, adotou o sistema previsto no artigo 68, o qual prescreve um procedimento em três etapas. A pena-base, nesse sistema trifásico de aplicação das sanções penais, é entendida como a dosimetria inicial da pena a ser aplicada, devendo situar-se, necessariamente, dentro dos limites típicos, ou seja, entre o máximo e o mínimo previstos como pena abstrata para determinada conduta.

Conforme prescreve o artigo 68 do Código Penal, ela é aferida na primeira etapa do processo de dosimetria da pena, sendo modificada nas etapas seguintes do procedimento, quando são consideradas as circunstâncias agravantes e atenuantes, bem como as causas de diminuição e aumento da pena.

A pena-base tem significativa importância por determinar concretamente o *quantum* de pena sobre o qual incidirão, caso estejam presentes, as circunstâncias previstas nas demais fases do procedimento, promovendo assim uma penalização individualizada. É no *caput* do artigo 59 da lei penal que estão os critérios norteadores da fixação da pena na primeira etapa do procedimento trifásico

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos.

Essas circunstâncias, denominadas judiciais, permitem a aplicação de penas individualizadas e proporcionais que sejam necessárias e suficientes para promover a reprovação e a prevenção da conduta, de forma discricionária por parte do julgador, sendo

divididas em dois grupos: subjetivas e objetivas. As primeiras dizem respeito aos antecedentes, à conduta, à personalidade e aos motivos do crime, e as segundas, às circunstâncias do crime, às consequências e ao comportamento da vítima.

Essas circunstâncias, de acordo com Bitencourt, estão além dos elementos essenciais à constituição do tipo penal, “sem os quais a figura típica não se completa”¹⁰¹. Elas são, na verdade, elementos acidentais, que, embora não alterem a constituição ou a existência do tipo penal, influem na dosagem da pena.

Bitencourt acrescenta ao seu pensamento a doutrina de Aníbal Bruno, que conceitua as circunstâncias judiciais como “condições acessórias, que acompanham o fato punível, mas não penetram na sua estrutura conceitual e, assim, não se confundem com os seus elementos constitutivos”¹⁰². Assim, elas podem ser entendidas como elementos externos ao tipo penal, mas capazes de acrescentar ao delito praticado uma maior ou menor reprovabilidade.

Conhecidas as circunstâncias judiciais elencadas no Código Penal e a função que deve ser por elas exercida ante o fato punível, pode parecer, à primeira vista, que fixar a pena-base é uma missão cujo cumprimento deriva da simples aplicação de uma fórmula pré-determinada. Entretanto, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli chamam a atenção para o fato de que a fixação da pena com base nessa suposta fórmula “é bastante complexa e exige uma ordenação sistemática de critérios e regras, porque não se trata de uma síntese ordenada, mas de elementos um tanto dispersos, e cuja ordem hierárquica se faz necessário determinar”¹⁰³.

¹⁰¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: parte geral**, v. 1., 7. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2002, p. 550.

¹⁰² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: parte geral**, v. 1., 7. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2002, p. 550.

¹⁰³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral / Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli**. 2ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 929.

A partir dos critérios previstos na lei penal, deve ser estabelecida uma pena que seja individualizada, necessária e suficiente para promover a reprovação, que pode ser entendida como a punição do agente e a prevenção, que, dividida em geral e especial, teriam como finalidades, respectivamente, fazer com que outras pessoas não venham a praticar delitos pelo medo de serem punidas e fazer com que o agente não volte a delinquir.

Ademais, a pena resultante da aplicação desses critérios deve contemplar fundamentos principiológicos, tais como o da humanidade e o da proporcionalidade.

Assim sendo, pergunta-se, é possível ser estabelecida uma pena-base de modo justo, individualizado, humano e proporcional e que seja necessária e suficiente para promover a reprovação e prevenção do crime a partir dos critérios legais?

Considerando que cada uma das circunstâncias judiciais precisa estar contida na sentença de modo fundamentado, com observância dos princípios constitucionais, notadamente o da individualização da pena, devemos observar a fixação da pena dentro dos limites típicos e da sua obrigatória fundamentação.

5.1 Idéia de culpabilidade

5.1.1 Conceito de Culpabilidade

Em que pese estudos anteriores identificarem as espécies de culpabilidade, foi com Reinhart Frank que se construiu um conceito de culpabilidade.

Referido conceito tem caráter normativo, que se funda em que o sujeito podia fazer algo distinto do que fez e que, nas circunstâncias, lhe era exigível que o fizesse, sendo resultado de uma longa evolução doutrinária, que termina por voltar aos princípios aristotélicos.

Uma idéia de culpabilidade como conduta contrária ao Direito é dada por Zaffaroni e Pierangeli, como conceito geral como sendo:

“é a reprovabilidade do injusto ao autor. O que lhe é reprovado? O injusto. Por que se lhe reprova? Por que não se motivou na norma. Por que se lhe reprova não haver-se motivado na norma? Por que lhe era exigível que se motivasse nela. Um injusto, isto é, uma conduta típica e antijurídica, é culpável, quando é reprovável ao autor a realização desta conduta porque não se motivou na norma, sendo-lhe exigível, nas circunstâncias em que agiu, que nela se motivasse. Ao não se ter motivado na norma, quando podia e lhe era exigível que o fizesse, o autor mostra uma disposição interna contrária ao direito.”¹⁰⁴

A culpabilidade pode ser definida como a reprovabilidade da conduta típica e antijurídica. É indispensável verificar se no fato estavam presentes a vontade ou a previsibilidade, ou seja, o resultado lesivo só pode ser atribuído a quem lhe deu causa se essa pessoa pudesse ter procedido de outra forma.

Razão pela qual Brandão entende que *“a culpabilidade, por sua vez, não é, a exemplo dos demais elementos, um juízo sobre o fato, mas um juízo sobre o autor do fato.”¹⁰⁵*. E apresenta o seguinte conceito de culpabilidade de Maurach:

“A culpabilidade é um juízo de reprovação pessoal, feito a um autor de um fato típico e antijurídico, porque, podendo se comportar conforme o direito, o autor do referido fato optou livremente por se comportar contrário ao direito.”¹⁰⁶

Com a idéia de que a culpabilidade é um juízo de reprovação pessoal, em razão de um comportamento contrário ao Direito por opção livre do agente, devemos observar que tal liberdade se encontra na consciência da pessoa, do contrário, mesmo com intenção (dolo) e sendo o fato típico e antijurídico, não poderemos dizer que existe culpabilidade.

¹⁰⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral** / Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. 2ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 601.

¹⁰⁵ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 131.

¹⁰⁶ (Apud) BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 131-132.

Sobre a idéia de que o resultado deve ser pensado, ou seja, deve haver consciência do comportamento contrário ao Direito, temos a conclusão final do texto de Reinhard Frank que diz:

“Según mi conocimiento, esta cuestión hasta ahora fue apenas tocada por la doctrina criminalística. Por ahora, soy de la opinión de que el resultado debe ser pensado, pero que las restantes circunstancias concomitantes solamente necesitan ser sabidas. El futuro legislador deberá también formular esta cuestión como objeto de su consciencia!”¹⁰⁷

Observando que o artigo 59, do Código Penal menciona que para a definição da pena deve ser analisada a culpabilidade, não se pode excluir definitivamente do conceito de culpabilidade o dolo e a culpa. O dolo deve ser visto como realização consciente e volitiva das circunstâncias objetivas e como o desvalor da conduta interna do agente.

A eliminação do dolo exclui o fato típico e não a culpabilidade pelo fato que o sujeito praticou. O dolo e a culpa pertencem a conduta. Todos os elementos normativos formam a culpabilidade, assim entendemos que o conceito de culpabilidade é vinculado a reprovabilidade da conduta.

5.1.2 Fundamentos da Culpabilidade

Em muitas constituições contemporâneas, inclusive a brasileira, um dos princípios constitucionais mais consagrados é o da responsabilidade subjetiva ou da culpabilidade.

Sendo entendido o princípio da culpabilidade como não havendo pena se a conduta do autor não for reprovável, necessariamente devemos aceitar que o homem é um ente capaz de autodeterminar-se.

¹⁰⁷ FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Montevideo: B de F, 2ª ed. 2004. p.68.

A nossa Constituição Federal nutre-se de uma concepção que exclui toda interpretação determinista. Por sua vez, o nosso Código Penal, notadamente no artigo 26, exclui a responsabilidade quando o sujeito não tem condições de compreender a antijuridicidade de sua conduta. Em um sentido normativista, observando toda a estrutura do Código Penal brasileiro, nosso direito penal escolheu ser um direito penal de culpabilidade, baseado na autodeterminação como capacidade do homem, como entendem Zaffaroni e Pierangeli. “*A culpabilidade somente pode ser edificada sobre a base antropológica da autodeterminação como capacidade do homem. Quando se suprime esta base, desaparece a culpabilidade*”.¹⁰⁸

Assim, tendo por base a autodeterminação, o homem é colocado no centro do nosso direito penal, como diz Luiz Luisi:

“Enfatize-se que dando relevância constitucional ao princípio da culpabilidade o nosso ordenamento jurídico que tem como um de seus fundamentos à dignidade da pessoa humana põe como centro do nosso direito penal o homem, visto como um ser livre, ou seja, capaz de autodeterminar-se.”¹⁰⁹

Interessante a idéia de capacidade de imputação conforme a capacidade de compreensão do injusto, apresentada em texto de Zu Dohna:

“Capacidade de imputación es la capacidad de comprender lo injusto de um hecho y de determinar la voluntad de acuerdo a esa comprensión. Esa capacidad está condicionada por la obtención del grado de madurez necesaria, por uma conciencia no perturbada y por um estado de salud mental.”¹¹⁰

A culpabilidade deve ser entendida como reprovabilidade, esta entendida como o que pode ser exigido do sujeito no tocante a possibilidade de compreender a antijuridicidade de

¹⁰⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral** / Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. 2ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 607.

¹⁰⁹ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 38.

¹¹⁰ DOHNA, Alexander Graf Zu. **La estructura de la teoría del delito**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p.67.

sua conduta, e que as circunstâncias em que agiu não lhe tenham reduzido o âmbito de autodeterminação além de um limite mínimo.

Se referido limite mínimo de exigibilidade não é alcançado a culpabilidade fica excluída, ou seja, quando não se pode exigir do sujeito a compreensão da antijuridicidade, o que pode ocorrer por falta de capacidade psíquica, porque se encontra em estado de erro acerca da antijuridicidade - no caso de erro de proibição - em uma situação excludente, ou quando o sujeito, mesmo capaz de entender o caráter ilícito do fato, não é capaz de determinar-se de acordo com essa compreensão.

Logo, a culpabilidade impõe a subjetividade da responsabilidade penal, como diz Nilo Batista:

“Em primeiro lugar, pois, o princípio da culpabilidade impõe a *subjetividade* da responsabilidade penal. Não cabe, em direito penal, uma responsabilidade objetiva, derivada tão-só de uma associação causal entre a conduta e um resultado de lesão ou perigo para um bem jurídico. É indispensável a culpabilidade. No nível do processo penal, a exigência de provas quanto a esse aspecto conduz ao aforisma ‘a culpabilidade não se presume’, que, no terreno dos crimes culposos (negligentes), nos quais os riscos de uma consideração puramente causal entre a conduta e o resultado são maiores, figura como constante estribilho em decisões judiciais: ‘a culpa não se presume’. A responsabilidade penal é sempre *subjetiva*.”¹¹¹

5.1.3 Evolução da Culpabilidade

Na Lei das XII Tábuas aparece em várias espécies delituosas a exigência do dolo, como nos crimes de magia, infidelidade do patrono, infidelidade do tutor, injúria e outros.

Antigos documentos jurídicos da Grécia nos revelam que seus filósofos e dramaturgos nos legaram um somatório de princípios relativos aos fundamentos e fins das penas, bem como o reconhecimento da importância da vontade no embasamento e na graduação das sanções penais.

¹¹¹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, setembro de 2001. p. 104.

O Direito Romano, que durou aproximadamente dez séculos, teve grande influência do Direito Penal Grego. Em Roma se encontra presente, em seus primórdios, a vontade do agente como fundamento da medida da pena, como na chamada Lex Numa dos tempos do Rei Numa Pompílio, no século IX, antes de Cristo.

Importante lembrar que os romanos distinguiam o *dollus bonus* do *dollus malus*. Aquele seria a astúcia usada para enganar o ladrão, defender-se de um inimigo e este seria a astúcia, engano, maquinação, com o fim de prejudicar, ou segundo Teodoro Mommsen, citado por Luiz Luisi, o crime era:

“(...) um ato voluntário, presente a ‘consciência da injustiça’. A imputabilidade, também, tem relevância no direito romano. Desde as primeiras manifestações do direito em Roma se encontram textos que excluem a responsabilidade penal dos insanos e as dos menores.”¹¹²

Interessante o texto do Imperador Marco Aurélio relativo a Elio Prisco, que louco matou sua mãe, também constante na mesma obra do autor supra.

“Se a ti consta claramente que Elio Prisco encontrava-se em tal estado de loucura que por sua permanente alienação mental carece de toda inteligência, e nem existe qualquer dúvida de que a mãe tenha sido por ele morta num momento de demência, pode numa certa medida negligenciar sua punição, pois já está suficientemente punido pela própria loucura(D.I.18.14).”¹¹³

Contudo, não podemos deixar de observar que os romanos estavam presos a um conteúdo moral e para os mesmos o dolo possuía dois elementos, um naturalístico e um normativo, como conclui Cláudio Brandão.

¹¹² LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 33-34.

¹¹³ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 34.

“Conclui-se, portanto, que o dolo romano possuía dois elementos: um naturalístico e um normativo. O elemento naturalístico, assim chamado porque está presente na natureza humana, não sendo, destarte, criação do direito, era a vontade. O elemento normativo era a consciência da antijuridicidade, a qual se consubstanciava em um juízo de valor, feito pelo pretor, que qualificava a vontade de má. Dessarte, a consciência da antijuridicidade era um elemento normativo essencial do dolo. Ela era tomada como consciência da imortalidade da ação, como consciência de um mau.”¹¹⁴

5.2 Conclusão

A fixação da pena é regulada por princípios e regras constitucionais e legais previstos, respectivamente, no artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal e artigos 59 do Código Penal e 387 do Código de Processo Penal.

A nossa ordem jurídica tem a culpabilidade no âmbito constitucional, considerando o inciso supra, que trata da individualização da pena, bem como o inciso LVII, do mesmo dispositivo constitucional que diz: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Ou seja, a condenação ao cumprimento de uma pena só deve ocorrer quando comprovada e declarada a culpabilidade de uma pessoa, como autor ou partícipe de um fato típico e antijurídico.

¹¹⁴ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 138.

CAPÍTULO 6

PENA NA MEDIDA DA CULPABILIDADE EM CONTRAPOSIÇÃO A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

6.1 Origem e definição de Pena

Etimologicamente a pena pode ter sua origem do latim *poena*, que significa sofrimento, do grego *ponos*, que significa dor ou do sânscrito *punya*, que significa purificação.

O crime, como nos mostra a história, sempre deixou a sociedade em estado de choque e o instinto natural, notadamente das sociedades primitivas fazia com que as reações contra os criminosos fossem verdadeiros contra-golpes como forma de se manter o equilíbrio. As sociedades primitivas reagiam contra o culpado obrigando-o, por meio de violência, a sofrimento de toda ordem.

Hoje a característica diferencial da pena é a idéia de reabilitação ou reeducação, uma que a idéia inicial de sofrimento ao culpado permanece. A maneira de impor sofrimentos ao culpado e o fim desses sofrimentos é que variam com o tempo e o espaço.

A vingança privada é o ponto de partida da pena, o que podia ser feito, na origem, pelos parentes do ofendido ou o próprio, como nos diz Barreto Campelo, tendo por base renomados autores.

“São muitos e autorizados os autores que fazem da vingança privada a nascente única da pena e entre eles avulta o Ferri, na ‘Sociologia Criminal’. Paul Cuche, com apoio em Salleilles e Tarde, contesta essa exclusividade, afirmando, em contrario, que a vingança se exercia contra os alienígenas, ao passo que simultaneamente, a expiação era reservada para os da mesma tribu. Von Listz, Tratado de Direito Penal, tradução de José Hygino, v.1, págs. 5 e 6, é da mesma opinião.”¹¹⁵

A respeito Listz fala da vingança de sangue, nos seguintes termos:

¹¹⁵ CAMPELO, Barreto. **Evolução historica da pena**. Recife: Imprensa Industrial. 1929.p. 5.

“La primera forma de la pena primitiva, la venganza de sangre, no es uma venganza privada, sino uma venganza de família o de estirpe. Está enraizada en las formas primitivas de socialización, em la sociedad familiar fundada em vínculos de sangre, em la estirpe. Aparece originariamente como contienda de dos grupos familiares. La venganza es derecho y deber de la estirpe del muerto o del lesionado y se dirige contra toda la estirpe del lesionado, que se constituye en titular colectivo de la culpabilidad de sangre. Lo mismo está vigente también em la reparación económica establecida en lugar de la venganza de sangre, que originariamente era pagada y percebida por toda sociedad familiar(...)”¹¹⁶

A vingança privada teve um primeiro limite com a Pena de Talião na Lei das XII Tábuas, 340 a.c., cabendo ao Direito Hebraico e não ao Direito Romano, a adoção de uma forma equivalente com a expressão do Deuteronômio “dente por dente, olho por olho”, 1.380 a.c.

De uma forma ou de outra a retribuição do mal era com outro mal igual, ou seja, a vingança privada não podia ir além da ofensa recebida, isso para os valores da época, para o que se entendia como se fazer justiça, como era exemplo cortar a mão daquele que feria ou praticava furto e/ou roubo, bem como enterrar vivo o homicida pondo-lhe por cima o cadáver da vítima, não deixando de ser a pena de morte dominante entre povos da antiguidade.

A idéia de limitação foi dando lugar a composição, uma vez que o direito costumeiro da Idade Média, o direito dos bárbaros, a Lei Salica, entre outros, apresentam a composição em seus textos.

Pela tendência centralizadora que caracterizava o direito público dos romanos, a pena privada foi lentamente se transformando em pública e através da evolução no feudalismo e nos tempos contemporâneos, resta o resíduo no direito de queixa e assistência na acusação.

A pena de forma mais benigna teve lugar com os hebreus, segundo a Lei de Moisés, como informa Barreto Campelo:

¹¹⁶ LISZT, Franz von. **La idea del fin en el derecho penal**. Programa de la Universidad de Marburgo, 1882, Introducción y nota biográfica de José Miguel Zugaldía Espinar, tradução de Carlos Pérez Valle: Granada, 1995. p. 55.

“Os hebreus, até a ocupação romana, applicavam-na frequentemente, segundo a lei de Moysés, lei que, aliás, já era benigna quanto às legislações contemporâneas e muito posteriores, pois limitava a vingança a igual retribuição, adoptava o açoite, a pena pecuniária e já distinguia o homicídio culposo, garantindo ao culpado o direito de azylo em outra, que não a sua, das três circunscrições politico-administrativas em que Moysés mandara dividir a terra de Chanaan. Este azylo parece que visava, deslocando o culpado do seu lugar de origem, garanti-lo contra possíveis agressões e evitar, simultaneamente, que a sua permanência prolongasse o alarma do crime.”¹¹⁷

Para que o Estado possa retribuir um mal causado por uma pessoa é necessário que esta mereça uma retribuição, bem como que a mesma possa ser aplicada, surgindo para um correto conceito de pena punibilidade, que possibilitará uma coerção do Estado.

A respeito de coerção penal vinculada a idéia de pena, Zaffaroni e Pierangeli apresentam o seguinte entendimento:

“Por “coerção penal” se entende a ação de conter ou de reprimir, que o direito penal exerce sobre os indivíduos que cometeram delitos. Esta coerção penal em sentido estrito e sua manifestação é a pena. Esta é, pois, a coerção materialmente penal.

Por outro lado, há uma coerção *formalmente* penal, que abarca a anterior e abrange um âmbito muito maior, porque se ocupa de todas as medidas de que dispõe a lei penal, inclusive para os casos em que não há mais que uma exterioridade de delito – que não são mais que medidas administrativas –, como também de outras conseqüências do delito que, por sua natureza, não pertencem ao direito penal, mas que são tratadas na lei penal (reparação dos danos).(...)”¹¹⁸

Assim podemos concluir que a pena é definida como um mal imposto pelo Estado, através de instrumentos próprios (legais), para evitar que novos delitos ocorram. É como define Brandão.

*“(...) A pena pode ser definida como conseqüência jurídica do crime, traduzida em um mal, imposto pelo Estado, com o fim de evitar a prática de novos delitos. A idéia de pena está vinculada à de Legalidade, porque o Estado somente poderá impor esse mal a partir do instrumento que se utiliza para impor seus comandos penais: a lei.”*¹¹⁹

¹¹⁷ CAMPELO, Barreto. **Evolução histórica da pena**. Recife: Imprensa Industrial. 1929.p. 9.

¹¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral / Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli**. 2ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 741.

¹¹⁹ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 280.

6.2 Fins da Pena

A proteção de bens pelo Direito Penal não ocorrerá de forma indistinta e aleatória, bem como não procederá a proteção de todos os bens existentes. Ao contrário ficará adstrito à proteção dos bens jurídicos mais relevantes dos ataques mais graves que estes estejam suscetíveis de sofrer.

Visando estabelecer quais os bens e valores que serão alçados à categoria de bem jurídico-penal é necessário que haja uma acertada seleção de bens, devendo ser tutelados penalmente apenas bens jurídicos fundamentais.

Dessa forma, para definição de um delito se faz necessário buscar o bem jurídico, uma vez que, para a determinação de uma ação como típica, se faz necessário a lesão ao bem jurídico. Inexistem tipos penais, delitos, dissociados de bens jurídicos.

Birnbaum, inspirado nas idéias iluministas e liberais dos séculos XVIII e XIX, em 1834 formula o conceito de bem jurídico com o entendimento de que o Direito Penal tem por objeto não a tutela de direitos subjetivos, mas a de bens jurídicos¹²⁰, entendendo que só a totalidade, isto é, a sociedade, e nunca o indivíduo, poderá decidir quais objetos hão de ser abrangidos pela proteção das normas do Direito e que significado ou valor lhes advém como objeto de regulamentação jurídica. Concebe o bem jurídico como valor social suscetível de ser lesado.

No início do século XX, surge a concepção neokantista do bem jurídico, resultado de uma leitura renovada da obra de Immanuel Kant. Percebe-se a substituição da noção de indivíduo (sujeito) pela noção de totalidade, que embora apresentada como fundada em um suposto juízo neutro e normativo puro é impregnada de um inegável traço autoritário. Ocorre

¹²⁰ LUIZI, Luis. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Rio Grande do Sul: SAFE, 2003, p.169.

a superação da noção material de bem pela noção de valor, não de um valor individual, mas de um hipotético valor cultural, expresso nas proibições da norma.

Para Rawls, a base das expectativas sociais está nos bens sociais primários.

“(...)Os bens primários, como já observei, são coisas que se supõe que um homem racional deseja, não importa o que mais ele deseje. Independentemente de quais sejam em detalhes os planos racionais de um indivíduo, supõe-se que há várias coisas das quais ele preferiria ter mais a ter menos. Tendo uma maior quantidade desses bens, os homens podem geralmente estar seguros de obter um maior sucesso na realização de suas intenções e na promoção de seus objetivos, quaisquer que sejam eles. Os bens sociais primários, para apresentá-los em categorias amplas, são direitos, liberdades e oportunidades, assim como renda e riqueza.(...)”¹²¹

Liszt também tem a pena como forma de proteção dos bens jurídicos, como podemos observar no texto adiante.

“La pena, como impulso instintivo es algo esencialmente distinto del juicio de valor moral. Este es un proceso psíquico que tiene lugar en la conciencia de quien juzga y en ningún caso requiere manifestarse en el mundo exterior. Sin embargo, la pena es una reacción de repulsa, una acción; es decir, un movimiento corporal, una intervención en el mundo exterior, una actuación ofensiva sobre la causa de las acciones perturbadoras. La pena se dirige contra el delincuente, con el fin de neutralizar o doblegar la voluntad de la que este último es portador, en cuanto lesiona o destruye bienes jurídicos. En otras palabras, es protección de bienes jurídicos mediante la lesión de bienes jurídicos.”¹²²

A pena é também forma de ressocialização do criminoso, ganhando prestígio tal idéia no positivismo, como informa Ricardo Brito:

“No positivismo também ganha prestígio a idéia da ressocialização do criminoso, limitada, porém, aos casos passíveis de êxito, como nas hipóteses em que o delinqüente apresenta reduzida periculosidade. Neste sentido, Ferri afirma que a *defesa social por meio da justiça penal pode e deve realizar-se não só com a coerção repressiva do condenado; mas – se para parte dos delinqüentes, pelas suas condições pessoais de patologia, anomalia ou degeneração não é possível mais do que o seu seqüestro do convívio civilizado – para a grande maioria deles é pelo contrário possível também a readaptação à vida livre e honesta e portanto, para*

¹²¹ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, P.97 e 98.

¹²² LISZT, Franz von. **La idea del fin en el derecho penal**. Programa de la Universidad de Marburgo, 1882, Introducción y nota biográfica de José Miguel Zugaldía Espinar, tradução de Carlos Pérez Valle: Granada, 1995. p. 59.

*esses, a defesa social, como sempre tem sustentado a escola positiva, deve se realizar com um regime carcerário que seja ao mesmo tempo de reeducação social. Em outras palavras, em primeiro lugar a prevenção especial negativa, depois, se possível, a prevenção especial positiva, na hipótese do criminoso não ser perigoso de acordo com o seu tipo criminal assinalado na escala da classificação positivista dos delinquentes.”*¹²³

A finalidade reeducativa da pena vem constando em algumas Constituições européias a partir da II Guerra Mundial. A Constituição italiana em seu artigo 27 prescreve que “as penas devem objetivar a reeducação do condenado”. A Constituição espanhola de 1977, em seu artigo 25, 2, estabelece que “as penas privativas da liberdade e as medidas de segurança serão orientadas para a reeducação e reinserção social...”.

Não há referências diretas nas Constituições do Brasil aos fins das penas, contudo, pelos textos constitucionais podemos deduzir que existem direcionamentos para o sentido da sanção penal na legislação ordinária.

A nossa atual Constituição, como as de 1934, 1946 e 1967, expressamente proíbe a pena de morte, salvo em caso de guerra, bem como as penas de caráter perpétuo, as de trabalhos forçados, a de banimento e cruéis. O que não ocorreu nas Constituições de 1937 e Emenda Constitucional de 1969 que previam a possibilidade de pena de morte e de prisão perpétua, não apenas em caso de guerra, mas em casos contrários a ordem instituída.

As proibições, sem dúvidas, expressam que constitucionalmente é adotado o princípio da humanização da sanção penal. Implicitamente indicam que a pena não tem como fim único castigar e intimidar, mas também como instrumento de reinserção social do delinquentes.

O Constituinte de 1988, proibindo a pena de morte e a prisão perpétua, deixou claro que, uma vez cumprida a sanção penal, fica assegurado ao delinquentes o retorno à vida social, sem que seja um elemento perturbador da paz e da ordem.

¹²³ BRITO, Ricardo de A. P. Freitas. **As razões do positivismo penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris. 2002. p.164-165

A idéia de reinserção social como um dos fins da pena, sem perder a natureza aflitiva e de prevenção, de acordo com a nossa Carta Magna é observada por Luiz Luisi:

“Tal entendimento, além de logicamente correto, implica em ter a Constituição de 1988 determinado, tanto ao legislador ordinário, como às autoridades penitenciárias a implementação de normas e de instrumentos capazes de possibilitar ao sentenciado a aplicação da terapia pedagógica necessária à sua reinserção na comunidade. E isto sem euforias inadequadas, e sem perder de vista a natureza aflitiva e de prevenção geral das penas, e as óbvias dificuldades do encarceramento como ambiente propício para se criarem as condições necessárias para o ajustamento da personalidade do sentenciado, visando sua reinserção social.”¹²⁴

A polifuncionalidade é certa, sendo seus fins principais o de retribuir o mal do crime e o da prevenção e como forma de humanização, de forma secundária, a pena serve para reeducar o delinqüente.

De várias teorias a respeito da função da pena observamos a seguinte conclusão, com observação do Princípio da Legalidade e preocupação com o ser humano:

“As teorias da união estão de acordo com o princípio da legalidade. É inegável que a pena é um mal; se assim não fosse, os réus criminais voluntariamente a desejariam. Nesse aspecto, as teorias da união têm razão ao atribuir o caráter de mal à pena. Outro aspecto nas teorias da união possibilita a sua compatibilização com o Princípio da Legalidade: é que a aplicação do mal tem uma finalidade, traduzida sempre em uma preocupação com o ser humano. Portanto, as teorias mistas melhor expressam a finalidade da pena, já que conseguem unir à valorização do homem a característica essencial da sanção penal: a infligência de um mal.”¹²⁵

Por fim, em se tratando de delitos, culpabilidade e pena, é interessante a observação da finalidade das penas por Cesare Beccaria:

“Da simples consideração das verdades até aqui expostas, resulta evidente que o fim das penas não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer um delito já cometido. É concebível que um corpo político, que, bem longe de agir por paixão, é o moderador tranqüilo das paixões particulares, possa abrigar essa inútil crueldade, instrumento do furor e do fanatismo, ou dos fracos tiranos? Poderiam os gritos de

¹²⁴ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 186.

¹²⁵ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 283-284.

um infeliz trazer de volta do tempo sem retorno as ações já consumadas? O fim, pois, é apenas impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e dissuadir os outros de fazer o mesmo.

É, pois, necessário escolher penas e modos de infligi-las, que, guardadas as proporções, causem a impressão mais eficaz e duradoura nos espíritos dos homens, e a menos penosa no corpo do réu.”¹²⁶

6.3 Espécies de pena

6.3.1 Pena de morte.

O Código Penal Brasileiro estabelece três espécies de pena: As penas privativas de liberdade, penas restritivas de direitos e pena de multa, sendo, por força do artigo 5º, inciso XLVII, da Constituição Federal, proibidas a pena de morte – salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, inciso XIX, da C.F. – de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis.

Antes de comentar a respeito das penas previstas em nosso ordenamento é interessante saber que a pena de morte vem deixando de existir em todo mundo atual, a Constituição italiana de 1947, não admite; a Lei Fundamental da Alemanha Ocidental de 1949, em seu artigo 102 estabelece: “É abolida a pena de morte”; a Constituição da República de Portugal de 1976, em seu artigo 24 dispõe: “Em caso algum haverá pena de morte”; na Espanha a pena de morte foi abolida em 1978; a França em 1981; Noruega em 1905; Dinamarca em 1930; Islândia em 1940; Suíça em 1942; Reino Unido em 1969; Áustria em 1968; sendo banida da legislação mexicana em 1974, inexistindo no Canadá.

Em muitas constituições da América Latina a pena de morte é proibida, como no caso da Peru, Uruguai, Venezuela e Nicarágua, sendo interessante a observação do texto da Constituição Sandinista de 1987, que em seu artigo 23 diz: “O direito a vida é inviolável e inerente a pessoa humana. Na Nicarágua não há pena de morte”.

¹²⁶ BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di, 1738-1794. **Dos delitos e das penas**. Tradução Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa; revisão Roberto Leal Ferreira. - 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 62.

No Brasil a pena de morte era prevista no Código Criminal do Império de 1830. Contudo, a partir de 1855 a mesma foi de fato revogada em razão da execução por enforcamento do fazendeiro Mota Coqueiro, que não foi autor do delito que lhe havia sido atribuído, fato que levou o Imperador Dom Pedro II a sistematicamente comutar as penas de morte em galés perpétuas.

Na República não havia proibição na Constituição de 1937, havendo a possibilidade de acordo com a Emenda Constitucional de 1969, que no parágrafo 11, do artigo 153, estabelecia: “Não haverá pena de morte, salvo os casos de guerra externa, psicológica adversa, ou revolucionária, ou subversiva nos termos que a lei determinar” A nossa atual Constituição, alinhada as legislações contemporâneas, proíbe a pena de morte.

Deve-se realçar a decisão da Corte Européia dos Direitos Humanos, citada por Luiz Luisi:

“Interessante é, ainda, dar notícia de uma Decisão da Corte Européia dos Direitos Humanos datada de 07 de julho de 1989. Um jovem cidadão alemão João Soering foi autor de um duplo assassinato no Condado de Bedford no Estado de Virgínia. Tendo fugido para a Inglaterra foi solicitada sua extradição, que foi deferida. Recorreu então o acusado para a Corte Européia dos Direitos Humanos. Esta em histórica Decisão, acolheu o recurso, negando a extradição, porque o extraditando poderia vir a ser condenado a pena de morte, prevista na legislação penal do Estado da Virgínia. E isto porque o artigo 3º da Convenção Européia dos Direitos Humanos, entende ser a pena de morte, e o sofrimento que antecede sua execução, um tratamento desumano.”¹²⁷

Por fim, entendo ser importante a observação do comportamento da Igreja Católica em relação a pena de morte, como adiante demonstrado:

“Não menos importante a intervenção de S.S. Paulo VI, em 1975, solicitando clemência para condenados a morte na Espanha. Cabe recordar que, do ponto de vista católico, a posição de justifica a pena de morte provém da Santo Tomás de Aquino, que, a seu respeito, adotava uma posição organicista. Mas este

¹²⁷ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 189.

entendimento está longe de ser unânime, posto que o outro setor da escolástica medieval, particularmente Duns Escoto, sustentava a vigência absoluta do “não matarás”, em consonância com a afirmação dos Padres da Igreja, em especial, Santo Agostinho, que dizia que o governo é sempre de coisas temporais e espaciais, e não tem direito a retirar o homem do tempo e do espaço. “É uma soberbia intolerável que o homem constituído em autoridade disponha da vida de seus semelhantes” (Santo Agostinho, *Obras*, XV, 87). Justiniano impedia o acesso de cristãos a certos cargos, porque sua lei os impedia de matar.”¹²⁸

6.3.2 As penas do Código Penal

O capítulo I, do Título V, do Código Penal, trata das espécies de penas, estabelecendo o artigo 32, que as penas são: I – privativas de liberdade, com graus diferenciados, desde a institucionalização total até o seu controle ou limitação fora da prisão.

A pena pode ser aplicada de forma isolada, nos casos em que a lei comina somente uma das espécies penas, como no caso do delito previsto no artigo 121 ou conjugada, quando a lei dispõe a imposição de duas penas conjuntamente, o que acontece freqüentemente na parte especial do Código Penal, como nos casos dos delitos previstos nos artigos 155 e 157, do C.P., que estabelece penas privativas de liberdade e multa.

Existe também previsão de penas alternativas, podendo o juiz fazer a opção por uma das penas, como ocorre nos artigos 163 e 169, estabelecendo penas privativas de liberdade ou multa.

O vigente Código Penal Brasileiro abandonou o sistema de penas principais e acessórias, em que pese existir os efeitos da condenação.

No mundo contemporâneo os sistemas punitivos colocam as penas privativas de liberdade no núcleo central e em que pese a possibilidade de tornar as penas pecuniárias no núcleo principal, tal não teve sucesso, desde sua origem que remonta ao século XVI.

A privação da liberdade sempre foi colocada como pena principal em nosso ordenamento jurídico. O Código do Império previa a pena de galés, pena de prisão com

¹²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral** / Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. 2ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 783-784.

trabalho e pena de prisão simples. O Código de 1890 adotou quatro penas privativas de liberdade: prisão celular, reclusão, prisão com trabalho obrigatório e prisão disciplinar.

O Código de 1940 estabeleceu duas penas privativas de liberdade, sendo uma de reclusão e outra de detenção. O atual Código Penal mantém essa distinção, ainda que praticamente tenham sido suprimidas as diferenças entre reclusão e detenção, uma vez que o seu artigo 33 fixa, unicamente, que a reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto e aberto, enquanto a detenção só pode ser cumprida em regime semi-aberto e aberto, salvo necessidade de transferência para o regime fechado, não havendo diferenças para a execução entre as duas espécies de penas privativas de liberdade.

As penas de limitação de fim de semana e prestação de serviços à comunidade, previstas nos artigos 46 e 48, do Código Penal, são consideradas substitutivas da pena privativa de liberdade, em que pese caracterizar mais uma substituição da suspensão condicional da pena, do que propriamente penas privativas de liberdade.

Não há necessidade de muito esforço para entendermos o que significa a privação da liberdade como pena, o que merece melhor observação é o fato de que a aplicação dessas penas (privativas de liberdade) resulta em uma justiça seletiva, o que na verdade pode ter como fator de segregação social, pode defendem Zaffaroni e Pierangeli, citando Von Hentig:

“Por outro lado, o certo é que a pena privativa de liberdade é resultado de uma espécie de “justiça seletiva”, porque por ela serão atingidos os indivíduos pertencentes aos setores sociais menos favorecidos e os de quociente intelectual mais baixo, isto é, os menos aptos para a competição que a sociedade impõe. A maior parte dos submetidos a essas penas é integrada por pessoas que provêm destes setores, em todos os países que têm a coragem – ou, em que reina a liberdade para dizê-lo – de confessar sua realidade carcerária. Por mais que se pretenda que a pena privativa de liberdade deve preparar o sujeito para a vida livre, o certo é que propicia a formação de uma sociedade antinatural, na qual o sujeito carece das motivações da sociedade livre, surgindo outras, rudes e primitivas, que costumam persistir após a recuperação da liberdade e, que ao entrar em conflito com a sociedade livre, têm a oportunidade de manifestar-se (Von Hentig)”¹²⁹

¹²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral / Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli.** 2ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 789-790.

A substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos só poderá ocorrer em duas hipóteses: primeira nos crimes dolosos, quando a pena aplicada não supera os quatro anos e não tenha o agente empregado violência física ou moral; segunda quando se tratar de crime culposos, qualquer que seja a pena aplicada.

Para aplicação da pena restritiva de direitos, que são as previstas no artigo 43, do Código Penal - prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana - se faz necessário que o agente não seja reincidente em crime doloso e que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do mesmo, bem como os motivos e circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

O § 2.º do artigo 44, do Código Penal, ampliou os benefícios concedidos pela legislação pretérita. Se a pena aplicada ao delito, seja ele doloso ou culposos, seja igual ou inferior a um ano de privação de liberdade, pode ser operada a substituição com a imposição de pena de multa ou de uma pena restritiva de direitos. Se superior a um ano, e não excedendo a quatro quando doloso o crime, ou mesmo superior em se tratando de crime culposos, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas penas restritivas de direitos

A reincidência do condenado, no entanto, não impede de todo a possibilidade de substituição, pois. mesmo diante da condenação anterior, se a medida for socialmente recomendável e a reincidência não decorra do cometimento da mesma infração penal, ou seja. não ocorra a chamada reincidência específica que tanto preocupou o legislador de 1940, é permitida a substituição.

Trata-se de uma pena que reduz o âmbito de institucionalização punitiva, o que tem determinado a sua ampla utilização na Europa, nos últimos anos.

Sua implementação na Europa Central, especialmente na Alemanha e na Áustria, tem alcançado um considerável êxito, ao diminuir muitíssimo o número de condenações a penas privativas de liberdade, mas não se pode pensar que venha a ter o mesmo êxito na América Latina, porque as condições sociais são diferentes: a multa não é uma pena adequada para ser imposta aos setores mais carentes de uma população que se encontra no limite de sua subsistência, e que viria agravar, ainda mais, uma situação social que, em definitivo, é uma condicionante do delito.

Em alguns países, permite-se a substituição da multa por trabalho gratuito, o que tem merecido pesadas críticas, por considerar a providência como um pagamento da execução penal, por quem não reúne condições de pagar a multa. Em outros, a multa é convertida em privação de liberdade quando o condenado não pode pagá-la, o que tem merecido justas críticas, porque se trata de uma prisão por pobreza.

O artigo 49, do Código Penal dispõe que a pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de dez e, no máximo, de trezentos e sessenta dias-multa. O parágrafo 1º, estabelece que o valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário. O artigo 60 dispõe que na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação económica do réu. O §1º do artigo 60, autoriza o juiz a ultrapassar os limites do §1º. do artigo 49, até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação económica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo.

6.4 Fundamentação na fixação da pena

O sistema de aplicação das penas passou por inúmeras transformações em um processo histórico e evolutivo desde a Idade Média, que, de certo modo, operou um movimento

pendular, variando da ampla e irrestrita liberalidade do julgador em aplicar as penas, resultando em uma maior margem de liberdade ao juiz, a partir de um sistema com parâmetros legais pré-definidos.

A partir de um movimento reativo ao excessivo arbítrio dos juízes no período medieval, quando as penas eram absolutamente indeterminadas, surgiu uma nova concepção de Direito Penal que se contrapunha ao sistema anterior, tendo como fundamento um sistema punitivo pautado em penas fixas. Foram expoentes desse movimento Cesare de Beccaria e Montesquieu, que entendiam que ao juiz não deveria ser admitida a interpretação da lei, devendo ele restringir-se, portanto, à sua mera aplicação.

É nesses limites pré-estabelecidos que se pauta o trabalho de fixação da pena em nosso sistema jurídico, sendo um processo de discricionariedade do juiz visando à suficiência para prevenção e reprovação da infração penal, por meio do qual o mesmo, em conformidade com os limites mínimo e máximo estabelecidos por lei, quantifica, de forma motivada, a pena-base, primeira etapa da dosimetria da pena.

Por motivação, deve-se entender tal elemento como o dever que tem o magistrado de motivar a sentença, que é um ato complexo, permeado por questionamentos críticos, históricos e racionais. Por isso, o juiz, ao elaborar a sentença, deve expor a sua motivação com a devida fundamentação, o que oferece garantia contra os excessos, os erros de apreciação, as falhas de raciocínio ou de lógica ou os demais vícios de julgamento.

A Constituição Federal, em seu artigo 93, inciso IX, que determina que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Assim, é inquestionável o fato de que todos os argumentos utilizados pelo órgão julgador devem apresentar a sua respectiva motivação e que, do contrário, a decisão é nula de pleno direito.

Desde quando o Estado se organizou politicamente passando a monopolizar a jurisdição, acabando com a jurisdição privada, a fundamentação é elemento obrigatório. Assim sendo, a sentença uma resposta à sociedade, que ao Estado delegou tal poder, é imperativo que a sociedade possa ter acesso às razões que conduziram o magistrado a decidir de um determinado modo e não de outro, bem como avaliá-las, inclusive quando a sentença absolve o réu.

A adequada fundamentação é fonte para um possível inconformismo das partes em relação à decisão proferida, já que, optando pela possibilidade de reformá-la ou cassá-la, é com base na motivação da sentença que as partes exercitarão os seus direitos de recurso.

Cada uma das circunstâncias judiciais deve estar expressamente descrita na sentença, não bastando ao juiz apenas fazer menção ao artigo 59, do Código Penal, de modo que fiquem absolutamente claros para o réu de quais fundamentos se valeu o magistrado para majorar a sua pena, possibilitando assim ao mesmo recorrer.

A fixação da pena irá definir o tempo de duração que é de acordo com os prazos do Código Penal, ou seja, dias meses e anos conforme o calendário comum, com uma particularidade, computa-se o dia em que começa a execução, conforme artigo 10 do C.P. Nas penas privativas de liberdade são desprezadas as frações de dia, só sendo computados os dias inteiros, conforme artigo 11, do C.P.

Os critérios valorativos em que se pauta o juiz para analisar as circunstâncias judiciais a fim de justificar diferentes gradações das penas, conforme o artigo 59, do Código Penal é questão base para uma correta sanção, razão pela qual a nossa legislação penal fixa o tempo máximo da pena privativa de liberdade, nos termos do seu artigo 75, sendo importante a observação adiante, a respeito de pena privativa de liberdade prolongada, como forma de alerta ao magistrado na definição da pena.

“Permitir que uma pena de prisão se prolongue, irremissivelmente, por trinta anos, em regime fechado e em condições institucionais sobejamente conhecidas, é exatamente o mesmo que permitir a pena perpétua, tendo em vista a deterioração psíquica e física que sofre, inevitavelmente, a pessoa. Não se trata de execução penal que tenha objetivos ressocializadores, nem de melhoria, mas de deterioração irreversível e neutralizadora. A nós parece que uma pena que traga como resultado a deterioração da pessoa como meio de neutralizá-la é similar a uma pena mutilante, só que executada com bastante paciência, deixando passar o tempo e o período de prisão. Parece-nos de meridiana clareza não ser este o entendimento que se extrai do art. 5º, XLVII, b, da Constituição, quando o relacionamento com o inc. XLIX(...)”¹³⁰

É a fundamentação na fixação da pena que limitará a discricionariedade do juiz, possibilitando a reforma de decisão equivocadamente injusta ou abusiva, fazendo com que a pena imposta seja na medida da culpabilidade do agente, razão pela qual devemos analisar as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, do Código Penal, uma vez que estas apontarão a culpabilidade para se estabelecer os limites da pena.

A complexidade para definição da pena, conforme a culpabilidade, fica demonstrada por Zaffaroni e Pierangeli:

“Esta fórmula é bastante complexa e exige uma ordenação sistemática de critérios e regras, porque não se trata de uma síntese ordenada, mas de elementos um tanto dispersos, e cuja ordem hierárquica se faz necessário determinar. Como critério geral, estimamos que a regra última é aquela que permite ordenar as demais: “necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”. Se tomarmos estas palavras ao pé da letra, se teria a impressão de que meras considerações preventivas poderiam fundamentar a quantificação da pena, e isso iria contrariar a racionalidade, e, fundamentalmente, a todo o sistema construído pelo código. Parece-nos bastante claro que a fórmula legal quer dizer *é* que os elementos anteriores devem ser considerados para a determinação do grau de reprovação do injusto, que pode ser corrigido *a menor* por considerações preventivas, isto é, pelos elementos de juízo *necessários* para o grau de culpabilidade (reprovação), que dariam por resultado um máximo razoável, mais uma correção que poderá diminuir a medida indicada pela culpabilidade, sempre que não seja necessário empregar toda a sua magnitude para obter a prevenção.”¹³¹

¹³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral** / Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. 2ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 795-796.

¹³¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral** / Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. 2ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 829.

6.5 Circunstâncias judiciais

De acordo com o artigo 59, do Código Penal a culpabilidade é primeira circunstância a ser observada pelo magistrado na individualização da pena funcionando não como fundamento da pena, mas como limite desta, impedindo que a pena seja imposta aquém ou além da medida prevista pela própria idéia de culpabilidade, sendo, portanto, objeto de análise juntamente com a tipicidade e a antijuridicidade e, se esse juízo for negativo, não haverá condenação.

No Direito Penal a culpabilidade tem três funções: de fundamento da pena; de limite da pena, cada um é punido nos limites da sua culpabilidade, nos termos do artigo 29, do Código Penal e de fator de graduação da pena, conforme artigo 59.

Para fixar a pena não se avalia se há culpabilidade, porque havendo condenação é evidente que ela existe, mas sim a gradação dessa culpabilidade, ou seja, o grau de reprovabilidade da conduta dentro do contexto em que foi cometido o delito, devendo, portanto, ser considerada a realidade fática em seu todo. Portanto, a culpabilidade consiste no resultado da avaliação de todas as circunstâncias judiciais.

Não há como deixar de ser analisada a exigibilidade de conduta diversa para investigação da culpabilidade. O juízo de reprovabilidade da conduta é aferido a partir da perspectiva psicossocial e dos valores do próprio magistrado. Entretanto, no mais das vezes, a realidade social do agente não coincide com a do magistrado, não sendo, por esse motivo, adotado um meio de aferição da exigibilidade de um agir de outro modo que seja capaz de contemplar essas diferenças ético-sociais de modo a adequar o juízo valorativo à realidade do autor do delito.

Mesmo que seja possível uma avaliação da reprovabilidade da conduta do réu, algumas lacunas referentes aos fatores psicológicos que definem o comportamento do agente

permanecem, pois fatores sociais inerentes a cada pessoa é uma realidade, envolvendo fatores subjetivos que não podem deixar de ser considerados, resultando em dificuldade em avaliar a medida da culpabilidade.

Nos casos de crimes culposos a gradação da culpabilidade deve observar o grau de descuido frente ao bem jurídico, o que também envolve fatores subjetivos.

A culpabilidade é a base para a definição da pena, junto com as demais circunstâncias judiciais estabelecidas no caput do artigo 59, do Código Penal, contudo, de acordo com a idéia de culpabilidade como visto no início do trabalho, ou seja, definindo o comportamento do agente como reprovável e não se podendo dele exigir conduta diversa poderá ou não ser o agente condenado.

Uma vez condenado, deve se passar a análise da culpabilidade como definição da pena, o que será analisada com as demais circunstâncias judiciais - aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima - se estabelecendo, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, a pena-base.

As circunstâncias judiciais, notadamente a culpabilidade, devem indicar a medida da pena-base, conforme doutrina adiante:

“Se, de acordo com essa regra, entendemos que *a medida da pena-base indica o grau de culpabilidade*, e que *as considerações preventivas permitem fixá-las abaixo desse máximo*, isto nos permitirá estabelecer de modo compreensível os indicadores estabelecidos pelo art. 59. A culpabilidade abará tanto os motivos (é inquestionável que a motivação é problema da culpabilidade), como as circunstâncias e consequências do delito (que podem compor também o grau do injusto que, necessariamente, reflete-se no grau de culpabilidade). O comportamento da vítima pode aumentar ou diminuir o injusto, e, por reflexo, ou mesmo diretamente, a culpabilidade. A personalidade do agente cumpre uma dupla função: com relação à culpabilidade, serve para indicar - como elemento indispensável - o âmbito de autodeterminação do agente. Insistimos aqui ser inaceitável a culpabilidade de autor (ns. 351 e 352). A maior ou menor "adequação" da conduta ao autor, ou "correspondência" com a personalidade deste, em nenhum caso pode fundamentar uma maior

culpabilidade, e, no máximo, deve servir para não baixar a pena do máximo que a culpabilidade de ato permite, que é algo diferente.”¹³²

6.6 Conclusão

A fixação das penas é regulada por princípios e regras que conduzem o juiz à individualização das mesmas, a partir de uma atuação jurisdicional fundada num exercício discricionário cujo objetivo é permitir a aplicação de penas individualizadas e proporcionais, que sejam necessárias e suficientes para promover a reprovação e a prevenção da conduta.

A nossa legislação penal elencou os critérios que devem possibilitar a aplicação de penas que, além de atingirem os fins de prevenção e reprovação, atendam aos princípios da humanidade e da proporcionalidade, de modo individualizado.

Obviamente que para aplicação da pena se deve ter concluído pela culpabilidade do agente, conseqüentemente, nessa fase não há mas o que se falar em presunção de inocência, em que pese a possibilidade de uma necessária confirmação da condenação em instância superior.

A complexidade e discricionariedade do julgador acerca das circunstâncias judiciais, que devem ser necessariamente indicadas, apresentando critérios impregnados de valores subjetivos relacionados a elementos ideológicos e culturais, estabelecerá a culpabilidade para a devida punição.

A valoração das circunstâncias judiciais, que se reflete nos parâmetros estabelecidos para aferição dessas circunstâncias, feita a partir da perspectiva do magistrado, o que por vezes acentua tendências discriminatórias fundadas na desigualdade.

A subjetividade da idéia de reprovabilidade é uma inegável dificuldade em se estabelecer um julgamento acerca do grau de culpabilidade, por haver consideráveis

¹³² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral** / Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. 2ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 829-830.

obstáculos para que o magistrado faça uma avaliação sob a perspectiva do agente e consiga, desse modo, fazer uma valoração adequada.

Infelizmente, há uma tendência, hoje menor entre a nova geração de magistrados, a levar o julgador a ser mais rigoroso na fixação da pena-base dos réus pertencentes a determinados grupos sociais, cuja realidade ético-social se contrapõe àquela considerada como adequada pela classe dominante.

Assim, mesmo não havendo presunção de inocência, pela confirmação da culpa, é preciso uma compreensão de melhor qualidade do comportamento do réu, dentro de sua realidade social, para se estabelecer seu grau de culpabilidade, como forma mais próxima do justo na aplicação da pena, devendo ser bem entendido, com uma visão mais ampla das questões sociais, o que a lei diz por fixação da pena conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Por fim, mais uma vez Cesare Beccaria:

“A gravidade do pecado depende da imperscrutável malícia do coração, a qual não pode ser conhecida por seres finitos, sem uma revelação. Como, pois, poderia essa malícia constituir-se em norma para a punição dos delitos? Nesse caso, poderiam os homens punir quando Deus perdoa, e perdoar quando Deus pune. Se os homens podem estar em contradição com o Onipotente ao ofendê-lo, podem também contradizê-lo ao punir.”¹³³

¹³³ BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di, 1738-1794. **Dos delitos e das penas**. Tradução Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa; revisão Roberto Leal Ferreira. - 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 54.

CAPÍTULO 7

NÃO-CULPABILIDADE E TUTELA CAUTELAR PENAL

7.1 Tutela Cautelar como Garantia

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu artigo 9º, disciplina que toda pessoa se presume inocente até que tenha sido declarada culpada, preceito reiterado no artigo 26 da Declaração Americana de Direitos e Deveres, de 1948, e no artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU. Por sua vez a nossa atual Constituição Federal adotou o princípio da “presunção de inocência”.

Como asseguram Zaffaroni e Pierangeli, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, como referência, criou uma baliza jurídica positivada:

“No auge do horror bélico, em 10 de dezembro de 1948, a Assembleia das Nações Unidas proclamou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, como "ideal comum a ser alcançado por todos os povos e todos os homens" Á Declaração importa uma baliza ou limite aos "direitos naturais". Não em vão se havia observado que devia plasmar uma "ideologia prática" (Maritain). Desde então a Declaração e todos os alicerces em plena construção de um sistema internacional de garantias aos Direitos Humanos vão configurando o limite positivado do que a consciência jurídica universal pretende impor às ideologias que regem o controle social em todas as nações. Por certo que ainda está muito longe de aperfeiçoar-se, mas, indiscutivelmente, vai-se criando uma baliza jurídica positivada que serve de referência.”¹³⁴

Entretanto, com o tempo, passou-se a questionar tal princípio, que, levado às últimas conseqüências, não permitiria qualquer medida coativa contra o acusado, nem mesmo a prisão provisória ou o próprio processo. Como seria possível um processo penal contra alguém presumidamente inocente?

Ricardo de Brito A. P. Freitas, coloca a seguinte indagação a respeito da missão garantista do direito penal:

“Diante da missão garantista do direito penal, é pertinente a indagação: até que ponto o direito penal liberal, cuja existência nasce e se explica pela necessidade de pro-teção dos direitos individuais - direitos humanos de inspiração burguesa -,

¹³⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral / Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli**. 2ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 67.

possui realmente importância em um Estado social de direito voltado, por definição, para a satisfação dos direitos sociais da população através de ações de caráter positivo, verdadeiras prestações de serviços tendentes ao bem estar? Além disso, em que medida a função garantista do direito penal pode constituir, ela própria, um obstáculo poderoso à satisfação dos direitos das massas trabalhadoras por conferir legitimidade à repressão de condutas criminosas selecionadas pelos grupos sociais dominantes, bem como por proteger os bens jurídicos eleitos como dignos de efetiva proteção por esses mesmos grupos sociais? Em outros termos: constituindo-se o direito penal garantista num empecilho ao exercício dos direitos sociais pelas classes desfavorecidas, não deveria ser simplesmente abolido ou substituído por um direito com outras características e destinado à proteção dos trabalhadores?”¹³⁵

Não poderemos, jamais abandonar a necessidade de o Direito Penal proteger as lesões aos bens jurídicos, posto ser uma verdadeira conquista da cidadania. Passamos, portanto, a encontrar a noção de bem jurídico penal, como aquela espécie de bem jurídico cuja importância fosse considerada vital para a manutenção da sociedade e que é objeto da proteção das leis penais.

Modernamente se define o bem jurídico à luz da sociedade, como ensina Cláudio Brandão, citando Claus Roxin:

“Modernamente, entretanto, define-se o bem jurídico à luz da sociedade. Um dos grandes artífices desta concepção é Claus Roxin, que cria uma doutrina original. Segundo ele, o Estado não pode ter a função de realizar fins divinos ou transcendentais, mas a função do Estado é garantir a um grupo de indivíduos - os seus súditos - as condições de existência que satisfaçam as suas necessidades vitais.¹³ Em cada situação histórica e social aqueles pressupostos imprescindíveis para assegurar a existência de um grupo humano são considerados bens jurídicos. Eles se concretizam numa série de condições valiosas como a vida, a liberdade, o patrimônio. Cabe ao Direito Penal assegurar esses bens jurídicos, punindo a sua violação.”¹³⁶

Em que pese o Princípio Constitucional da Presunção de Inocência, entendemos que o mesmo não pode ser instrumento de ameaça aos bens jurídicos penais.

Pagliari refuta com precisão a visão constitucional, entendendo que não é possível existir no ordenamento jurídico uma proibição ao legislador ordinário de incriminar condutas

¹³⁵ BRITO, Ricardo de A. P. Freitas. **As razões do positivismo penal no brasil**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris. 2002, p.23.

¹³⁶ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 8-9.

ofensivas a valores que, sem serem contrários à Constituição, não tragam seu reconhecimento explícito ou implícito. Conclui o autor italiano:

“E necessario, infatti, lasciare una certa elasticità alla manovra del legislatore ordinario, in relazione alla possibilità che sorgano esigenze di prevenzione generale e speciale che al tempo della formazione della Costituzione non erano neppure prevedibili”¹³⁷.

Na verdade se trata de uma presunção relativa. É que existe apenas uma tendência à presunção de inocência, ou, mais precisamente, um estado de inocência, um estado jurídico no qual o acusado é inocente até que seja declarado culpado por uma sentença transitada em julgado. Assim, melhor é dizer-se que se trata do "princípio de não-culpabilidade".

Por isso, a nossa Constituição Federal não "presume" a inocência, mas declara que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (art. 5º, LVII), ou seja, que o acusado é inocente durante o desenvolvimento do processo e seu estado só se modifica por uma sentença final que o declare culpado. Pode-se até dizer que existe até uma presunção de culpabilidade ou de responsabilidade quando se instaura a ação penal, que é um ataque à inocência do acusado e, se não a destrói, a põe em incerteza até a prolação da sentença definitiva.

João Mendes de Almeida Júnior, a respeito da certeza para uma prisão antecipada, entendendo como verdadeiro ato decisório de prevenção, nos diz:

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

¹³⁷ PAGLIARO, Antonio. **Principi di Diritto Penale: Parte Generale**. 6.^a ed. Milano: Giuffrè Editore, 1998. p. 229.

manifesta-se um grau mais forte na decisão, pelo qual o juiz se inclina a crer ou não na acusação. A prisão preventiva não é uma pena, porque a pena não pode ser imposta sem a certeza do delito e de quem seja o delinquente, isto é, sem uma decisão final, que produza firmeza do juízo. Por isso, no processo criminal há atos decisórios de prevenção, de acusação e de julgamento.”¹³⁸

Logo, fica reforçada a presunção de culpabilidade com os elementos probatórios colhidos nos autos de modo a justificar medidas coercitivas contra o acusado. Dessa forma, ao contrário do que já tem se afirmado, não foram revogados pela norma constitucional citada os dispositivos legais que permitem a prisão provisória, decorrentes de flagrante, pronúncia, sentença condenatória recorrível e decreto de custódia preventiva, ou outros atos coercitivos (busca e apreensão, seqüestro, exame de insanidade mental etc.). Aliás, a prisão provisória é admitida pela Carta Magna quando prevê os institutos processuais da prisão em flagrante e por mandado judicial (art. 5º, LXI), da liberdade provisória com ou sem fiança (art. 5º, LXVI).

Segundo Ana Maria Campos Torres, a prisão processual se justifica, nos seguintes termos:

“A prisão processual se justifica quando necessária para o próprio desenvolvimento do processo. Na verdade não está ferido o princípio da presunção de inocência, pois ela surge por necessidade premente de assecuramento do processo na sua forma legal. Tem características de cautelar, logo exigidos os requisitos da fumaça do bom direito e do perigo da demora. Acresça-se a garantia de sua motivação com limites estabelecidos na legislação ordinária. A prisão tratada com todas as cautelas legais, transmuda-se em garantia de liberdade, desde que, só excepcionalmente e dentro de estreitos limites, ela é permitida. Ao referir o art. 5º, LIV que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, complementa Fernando Tourinho, e, como o devido processo legal é garantia que compreende o direito preestabelecido, evidente que os casos de prisão são aqueles previstos no ordenamento jurídico.”¹³⁹

7.2 Medidas Cautelares

No tocante as medidas cautelares, é fato que há uma intensa discordância na doutrina quanto à natureza, requisitos e finalidade dessas medidas. Por outro lado, há consenso no sentido de que a tutela cautelar, em muitos casos, torna-se imprescindível à prestação

¹³⁸ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. Rio de Janeiro: Laemmert, 1991. v.1, p.338.

¹³⁹ TÔRRES, Ana Maria Campos. **A busca e apreensão e o devido processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 20-21.

jurisdicional do Estado. O uso constante dessas medidas e a atenção dispensada na doutrina e na jurisprudência, demonstrou sua importância e sua imprescindibilidade.

Com efeito, o desenvolvimento processual é feito por meio de atos e procedimentos cuja realização em sequência estende-se ao longo do tempo. Assim, o lapso necessário para a efetivação desses atos procedimentais, muitas vezes dilatados, quando não demorados, poderá ocasionar prejuízos irreparáveis às partes em litígio.

Deste modo, é natural que sejam adotadas medidas provisórias tendentes a preservar o equilíbrio e a situação dos litigantes no processo, até a prestação jurisdicional definitiva.

A tutela cautelar ocupa posição autônoma ao lado da cognição e da execução. A atividade cautelar destina-se a garantir a eficácia daquelas duas atividades, garantindo assim os resultados e os objetivos da jurisdição, seja no processo de conhecimento, seja no processo de execução.

Deste modo, as medidas cautelares que já foram consideradas mero apêndice da ação de conhecimento e da ação de execução, hoje vem recebendo tratamento sistemático-científico por parte da teoria geral do processo, como exercício autônomo do direito de ação (cautelar) e do direito à jurisdição e seu respectivo processo.

A respeito, Alcides Alberto Munhoz da Cunha aponta a visão de Chiovenda da seguinte forma:

“Enfim, Chiovenda procurou evidenciar que a função cautelar tem um conteúdo ou objeto próprio (na sua concepção, a própria ação cautelar); que este objeto tende à produção de medidas provisórias atípicas, vale dizer, não só medidas expressamente previstas pelo legislador, porque há uma necessidade geral ou indefinível de medidas cautelares para afastar o temor atual de um dano jurídico; que este efeito, quanto a obtenção de medidas cautelares, decorre de uma vontade da lei, que só é possível realizar no processo, porque inexiste para o réu uma obrigação de cautela; mas o réu deve sujeitar-se a este efeito-poder do autor, que se ampara pois no direito subjetivo e não decorre necessariamente de um direito subjetivo, enquanto a cautela não é acessório do direito acautelado.”¹⁴⁰

¹⁴⁰ CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. **A lide cautelar no processo civil**. Curitiba: Juruá, 1992, p. 37.

Seguindo a mesma linha, João Gualberto Garcez Ramos, comenta a idéia de Calamandrei:

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

Para Piero Calamandrei, primeiramente, não há diferença externa, estrutural, entre o processo cautelar e o processo de conhecimento e execução, ao menos diferença que pudesse justificar para ele tratamento doutrinário separado destes.”¹⁴¹

Nesse caminho, chega-se à conclusão de que a pretensão cautelar, como autêntica ação asseguradora, com o fim de evitar o dano jurídico decorrente da demora do processo principal, deve manifestar-se por meio de ação correspondente, com caráter instrumental e tendente à preservação da situação inicial das partes no processo, sempre que houver perigo (*periculum libertatis*) para o direito aparentemente fundado (*fumus commissi delicti*), invocado na relação material.

A instrumentalidade é uma das principais características do processo cautelar, na medida em que este busca assegurar a plena realização e eficácia mesma dos processos cognitivos e executórios.

Com a instrumentalidade estão a provisoriedade a revogabilidade das medidas cautelares. Assim, a decisão exarada no processo cautelar não faz coisa julgada material, pode, portanto ser revogada ou modificada quando as circunstâncias assim o exigirem.

A ação cautelar, por sua vez, está submetida às condições da ação em geral: possibilidade jurídica do pedido, legitimidade de parte e interesse processual. Contudo, ao lado dessas condições aparecem aqueles requisitos específicos identificados como *fumus boni juris* e *periculum in mora*.

¹⁴¹ RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p.82.

O direito processual penal, tal como os demais ramos do direito, admite também uma cautelaridade específica com o escopo de obter a efetividade no processo. Essa cautela encontra estribo jurídico tanto na norma processual penal quanto em esfera constitucional.

Assim, são várias as medidas cautelares em matéria penal e referem-se ora à pessoa do próprio acusado, ora a determinadas coisas relacionadas com o fato delituoso. E, por fim, há também medidas acautelatórias em relação à prova.

A prisão provisória, também chamada processual, em sentido amplo, é cautelar e inclui a prisão em flagrante (artigos 301 a 310, do Código de Processo Penal), a prisão preventiva (artigos 311 a 316, do Código de Processo Penal), a prisão temporária (Lei nº 7.960/89), a prisão resultante de pronúncia (artigos 282 e 413, do Código de Processo Penal) e a prisão resultante de sentença penal condenatória (artigo 393, inciso I, do Código de Processo Penal).

Vale ressaltar, por oportuno, que a prisão civil é a decretada em casos de devedor de alimentos e de depositário infiel, únicas permitidas pela Constituição, observando que o ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal (STF), deferiu liminar em Habeas Corpus (HC 98893 - anexo) para suspender a prisão civil de depositário judicial infiel, por considerá-la contrária à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e à Constituição Federal.

De acordo com ele, o STF firmou jurisprudência “no sentido de que não mais subsiste, em nosso ordenamento positivo, a prisão civil do depositário infiel”.

A prisão administrativa, que após a Constituição de 1988 só pode ser decretada por autoridade judiciária, é prevista pelo Código de Processo Penal no artigo 319, inciso I e leis especiais. É medida restritiva da liberdade com a finalidade de compelir alguém a fazer alguma coisa ou para acautelar um interesse ativo qualquer.

Seu lugar não é no Código de Processo Penal, onde somente deveriam estar previstas as medidas cautelares concernentes à apuração de infração penal e à instrução criminal, embora tenha o legislador aí inserido alguns casos, como expostos no artigo 319. Há, ainda, a previsão da prisão do estrangeiro, com a finalidade de expulsá-lo do País, artigo 69 da Lei 6.815/80).

Fala-se, também, na prisão para extradição, decretada por Ministro do Supremo Tribunal Federal, para garantir que o extraditando fique à disposição da Corte, até final decisão. Nessa hipótese, segundo nos parece, a medida tem natureza cautelar, pois visa a assegurar a utilidade do processo de extradição, propiciando futuro processo criminal ou cumprimento de pena no país requerente.

Com o advento da Constituição de 1988, se estabeleceu a impossibilidade de qualquer prisão, no Brasil, ser decretada por outra autoridade, que não fosse a judiciária. Portanto, cremos mantidas as hipóteses de prisão administrativa, inclusive as do artigo 319 do Código de Processo Penal, desde que passem a ser decretadas por um magistrado (Juiz).

Com relação ao “mandado de prisão” constante do parágrafo único do artigo 656, do Código de Processo Penal, no caso de desobediência a ordem judicial de imediata apresentação de paciente em *habeas corpus*, devemos observar que na realidade, o disposto tem sentido diverso do que aparenta. O juiz expedirá mandado de apresentação do paciente. Se o detentor desobedecer esta ordem, deve ser preso em flagrante pelo crime de desobediência e legalmente processado.

Por fim, existe a prisão disciplinar permitida na própria Constituição para as transgressões militares e crimes propriamente militares (artigos 5º, inc. LXI e 142, § 2º), regulada essa prisão disciplinar pelo art. 18 do Decreto-lei nº 1.002/69.

Para nosso estudo, entretanto, como já dito, só nos interessa a prisão cautelar, de natureza processual, ou *cárcere ad custodiam*, como a chamavam os canonistas. É aquela

prisão anterior à condenação e que, na lição de Manzini, "*consiste en una limitación más o menos intensa de la libertad física de una persona, por una finalidad procesal penal*"¹⁴².

Antes de uma análise geral da tutela cautelar penal, é necessário o estudo de cada espécie de prisão cautelar de natureza processual. Assim sendo, passo a comentar especificamente a respeito da prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão temporária, prisão resultante de pronúncia e da prisão resultante de sentença penal condenatória recorrível.

7.2.1 Prisão em Flagrante

A prisão em flagrante é medida cautelar de segregação provisória do autor da infração penal com relação ao ato que se pode observar no exato momento em que ocorre ou termina de se concluir. Sendo exigido apenas a aparência da tipicidade, não se exigindo nenhuma valoração sobre a ilicitude e a culpabilidade. É o *fumus boni juris*.

Tem, inicialmente caráter administrativo, pois o auto de prisão em flagrante, formalizador da detenção, é realizado pela Polícia Judiciária, mas torna-se jurisdicional, quando o juiz, tomando conhecimento dela, ao invés de relaxá-la, prefere mantê-la, portanto considerando a mesma legal.

Tanto que, havendo a prisão em flagrante, sem a formalização do auto pela polícia, que recebe o preso em suas dependências, cabe a impetração de *habeas corpus* contra a autoridade policial, perante o juiz. Se o magistrado a confirmar, no entanto, sendo ela ilegal, torna-se a autoridade coatora e o *habeas corpus* deve ser impetrado no Tribunal competente.

O caráter administrativo da prisão em flagrante é observado por Fernando da Costa Tourinho Filho:

“Inobstante se trate de medida cautelar, o ato de prender em flagrante não passa de simples ato administrativo levado a efeito, grosso modo, pela Polícia

¹⁴² MANZINI, Vincenzo. **Instituzioni di Diritto Processuale Penale**. Décima Edizione Aggiornata, PADOVA – CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1950.

Judiciária, incumbida que é de zelar pela ordem pública. Pouco importa a qualidade do sujeito que efetive a prisão. É sempre um ato de natureza administrativa. Se for o particular, ainda assim continua sendo um ato administrativo, e o cidadão estará exercendo um direito subjetivo público de natureza política.”¹⁴³

Quanto ao *periculum in mora*, típico das medidas cautelares, é presumido quando se tratar de infração penal em pleno desenvolvimento, pois ferida está sendo a ordem pública e as leis. Entretanto, cabe ao juiz, após a consolidação do auto de prisão em flagrante, decidir, efetivamente, se o *periculum* existe, permitindo, ou não, que o indiciado fique em liberdade.

Há casos em que, apesar de a prisão ser realizada, o auto não precisa ser formalizado, como ocorre nas infrações de menor potencial ofensivo, desde que o detido comprometa-se a comparecer ao juízo, conforme preceitua a Lei nº 9.099/95 (artigo 69, parágrafo único), no entanto, a prisão não se sustenta em razão da pena, conseqüentemente não há que se falar propriamente em prisão em flagrante delito.

Embora a referida lei fale que não se imporá prisão em flagrante, deve-se entender que esta não será formalizada através do auto, pois qualquer do povo pode prender e encaminhar à delegacia o autor de uma infração de menor potencial ofensivo, até pelo fato de que tipicidade existe e não é o leigo obrigado a conhecer qual infração é sujeita às medidas despenalizadoras da lei supra.

Conferiu a lei a possibilidade de que qualquer pessoa do povo - inclusive a vítima do crime - prenda aquele que for encontrado em flagrante delito, num autêntico exercício da cidadania. Quanto às autoridades policiais e seus agentes, impôs o dever de efetivá-la, sob pena de responder criminal e funcionalmente por sua omissão. E deve fazê-lo durante as 24 horas do dia.

¹⁴³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 424.

Quando qualquer pessoa do povo prende alguém em flagrante, está agindo sob a excludente de ilicitude denominada exercício regular de direito, quando a prisão for realizada por policial, trata-se de estrito cumprimento de dever legal.

A prisão em flagrante, inclusive por qualquer do povo, se justifica em razão da ocorrência de uma imediata reação social, como diz João Gualberto Garcez Ramos, citando renomados autores:

“A legitimidade política da prisão em flagrante é tal que dispõe o artigo 301 do Código de Processo Penal que ‘qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito’.

Vicente Greco Filho ensina que ‘duas são as justificativas para a existência da prisão em flagrante: a reação social imediata à prática da infração e a captação, também imediata, da prova’.

Para Hélio Tornaghi, ‘a prisão em flagrante tem a seu favor o consenso universal e responde não ao desejo de represália, mas ao impulso natural do homem de bem, em prol da segurança e da ordem’.”¹⁴⁴

Além da reação social, outros aspectos devem ser considerados, como a atualidade e evidência do delito, possibilidade de fuga, acautelar provas, comportamento do autor e até mesmo a consumação no caso de tentativa, como sinteticamente demonstra Romeu Pires de Campos Barros:

“A doutrina justifica a prisão em flagrante, não só pela atualidade e evidência do delito senão pelo temor de fuga e perigo de sucessivas desordens, a necessidade de acautelar a prova, ou, ainda, evitar represálias do ofendido e seus parentes, impedindo mais a consumação do delito, quando se trate de simples tentativa.”¹⁴⁵

Autoriza-se essa modalidade de prisão, inclusive na Constituição Federal (artigo 5.º, inciso LXI), sem a expedição de mandado de prisão pela autoridade judiciária, daí por que o seu caráter administrativo, já que seria incompreensível que qualquer pessoa - autoridade

¹⁴⁴ RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p.149.

¹⁴⁵ BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo penal cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 122.

policial ou não – presenciasse o desenvolvimento de um crime e não pudesse deter o autor de imediato.

O fundamento da prisão é justamente poder ser constatada a ocorrência do delito de maneira evidente, sendo desnecessária, para a finalidade cautelar e provisória da prisão, a prévia decisão de um magistrado. Por outro lado, assegura-se, prontamente, a colheita de provas da materialidade e da autoria, o que também é salutar para a verdade real, almejada no processo penal.

Certamente, o realizador da prisão fica por ela responsável, podendo responder pelo abuso em que houver incidido. De outra parte, essa prisão, realizada sem mandado, está sujeita à avaliação imediata do juiz, que poderá relaxá-la, quando for observada alguma ilegalidade (artigo 5.º, inciso, LXV, da Constituição Federal). Ressalte-se, no entanto, que, analisada e mantida passa a ter conteúdo jurisdicional, tanto que a autoridade coatora é o magistrado que mantém a prisão, tão logo dela teve conhecimento.

Assim observamos que o flagrante ocorre: quando o agente está em pleno desenvolvimento dos atos executórios da infração penal. Nessa situação, normalmente havendo a intervenção de alguém, impedindo, pois, o prosseguimento da execução, pode redundar em tentativa.

Mas, não é raro que, no caso de crime permanente, cuja consumação se prolonga no tempo, a efetivação da prisão ocorra para impedir, apenas, o prosseguimento do delito já consumado.

Quando o agente terminou de concluir a prática da infração penal, em situação de ficar evidente a prática do crime e da autoria. Embora consumado o delito, não se desligou o agente da cena do crime, podendo, por isso, ser preso. A esta hipótese não se subsume o autor que consegue afastar-se da vítima e do lugar do delito, sem que tenha sido detido;

Quando o agente conclui a infração penal ou é interrompido pela chegada de terceiros, mas sem ser preso no local do delito, pois consegue fugir, fazendo com que haja perseguição por parte da polícia, da vítima ou de qualquer pessoa do povo. Note-se que a lei faz uso da expressão "em situação que faça presumir ser autor da infração", demonstrando, com isso, a impropriedade do flagrante, já que não foi surpreendido em plena cena do crime. Mas, é razoável a autorização legal para a realização da prisão, pois a evidência da autoria e da materialidade mantêm-se, fazendo com que não se tenha dúvida a seu respeito. A hipótese é denominada pela doutrina de quase flagrante;

Ainda se constitui flagrante quando o agente, logo depois da prática do crime, embora não tenha sido perseguido, é encontrado portando instrumentos, armas, objetos ou papéis que demonstrem, por presunção, ser ele o autor da infração penal. É o que comumente ocorre nos crimes patrimoniais, não deixando de ser flagrante impróprio ou imperfeito, sendo denominado de flagrante presumido ou ficto.

O já citado autor João Gualberto Garcez Ramos, novamente citando renomados doutrinadores, nos mostra as espécies de flagrante:

“No Brasil, quatro são as hipóteses que o artigo 302 do Código de Processo Penal considera como sendo de flagrância. São elas: a) a de alguém que é surpreendido cometendo um fato criminoso, b) a de alguém que é surpreendido logo após ter praticado um fato criminoso, c) a de alguém que é perseguido, logo após ter sido praticado um fato criminoso, em situação que faça presumir ser ele autor do dito fato criminoso e d) a de alguém que é encontrado, logo depois de ter sido praticado um fato criminoso, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor do dito fato criminoso.

José Frederico Marques ensina que as hipóteses a) e b) são de flagrante próprio ou real e as c) e d), de quase-flagrante.

Fernando da Costa Tourinho Filho e Júlio Fabbrini Mirabete concordam com a primeira parte dessa lição, mas afirmam que a hipótese c) é de quase-flagrante e a d) é de flagrante presumido. Júlio Fabbrini Mirabete, porém, obtempera que, ‘nos termos da lei, o flagrante impróprio é também hipótese de presunção’.

Por fim, Hélio Tornaghi qualifica a hipótese a) de flagrante real e as demais de quase-flagrante.”¹⁴⁶

¹⁴⁶ RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p.149-150.

Com o objetivo de evitar larga extensão à situação imprópria de flagrante, para que não se autorize a perseguição de pessoas simplesmente suspeitas, mas contra as quais não há certeza alguma da autoria, utilizou a lei a expressão “logo após”, querendo demonstrar que a perseguição deve iniciar-se em ato contínuo à execução do delito, sem intervalos longos.

É ilegal a prisão de alguém que consegue ficar escondido, sem que sua identidade seja conhecida por horas seguidas, até que a polícia, investigando, consegue chegar a ele. Deve ser observado o artigo 290, § 1.º, a e b, do Código de Processo Penal (ser o agente avistado e perseguido em seguida à prática do delito, sem interrupção, ainda que se possa perdê-lo de vista por momentos, bem como ficar-se sabendo, por indícios ou informações confiáveis, que o autor passou, há pouco tempo, em determinado local, dirigindo-se a outro, sendo, então, perseguido).

No mais, cabe ao bom senso de cada magistrado, ao tomar conhecimento da prisão em flagrante impróprio, no caso concreto, avaliar se, realmente, seguiu-se o contido na expressão “logo após”.

Por fim, no caso de prisão em flagrante delito, cabe ao indiciado demonstrar o não cumprimento dos preceitos constitucionais: se for feita a menção, no auto de prisão em flagrante, de que as normas constitucionais foram devidamente cumpridas, tais como a comunicação da prisão aos familiares ou à pessoa indicada pelo preso e também garantida a assistência de advogado cabe ao indiciado demonstrar que tal não se deu. Nesse sentido:

STJ: “Para que se configure o defeito no auto de prisão em flagrante pela omissão da autoridade policial em advertir o preso da faculdade de exercício de seus direitos constitucionais é necessário que tal circunstância seja adequadamente demonstrada”¹⁴⁷

¹⁴⁷ HC 8.690-GO, 6.ª T., rei. Min. Vicente Leal, 18.05.1999, v.u., DJ 07.06.1999, p. 133.

7.2.2 Prisão Preventiva

A prisão preventiva é uma medida cautelar, constituída da privação de liberdade da pessoa apontada como autora do crime e decretada pelo juiz durante o inquérito ou instrução criminal em face da existência de pressupostos legais, para resguardar os interesses sociais de segurança.

Considerada um mal necessário, uma dolorosa necessidade social perante a qual todos devem se inclinar, justifica-se a prisão preventiva por ter como objetivo a garantia da ordem pública, a preservação da instrução criminal e a fiel execução da pena. Como ato de coação processual e, portanto, medida extremada de exceção, só se justifica em situações específicas, em casos especiais onde a segregação preventiva, embora um mal, seja indispensável.

A respeito do tema Hélio Tornagui escreve:

“A prisão preventiva faz parte de um sistema de providências que visam a assegurar o bom andamento do processo e a execução da sentença. Poderia até dizer-se: providências que se destinam a garantir provisoriamente a ordem jurídica até que outras, definitivas, possam ser tomadas; tais cautelas não existem apenas no Direito processual, mas também no Direito substantivo.”¹⁴⁸

Pelas razões expostas, na nossa lei processual deixou a prisão preventiva de ser obrigatória para determinadas hipóteses, como se previa na legislação anterior; é hoje uma medida facultativa, devendo ser decretada apenas quando necessária segundo os requisitos estabelecidos pelo direito objetivo. Embora providência de segurança, garantia da execução da pena e meio de instrução, o seu emprego é limitado a casos certos e determinados; não é ato discricionário e só pode ser decretada pelo juiz, órgão imparcial cuja função é distribuir justiça.

A custódia preventiva, conforme estabelece o artigo 311, do Código de Processo Penal, pode ser decretada em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, tanto nos

¹⁴⁸ TORNAGUI, Hélio. **Curso de processo penal**. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, v. 2, p. 90.

casos de ação pública quanto de ação privada, desde que presentes os pressupostos, fundamentos e condições de admissibilidade previstos em lei.

Não há qualquer obstáculo à decretação da medida antes da conclusão do inquérito policial. Já se decidiu, com propriedade, que mesmo a inexistência de inquérito policial não impede a prisão preventiva se fundamentada em peças informativas demonstrativas da existência do crime e indícios da autoria apresentados com o requerimento do Ministério Público de decretação da medida.

Já se tem entendido que não se justifica o deferimento do pedido de prisão preventiva se os autos do inquérito são devolvidos pelo Ministério Público, para diligências, pois, nesse caso, existiriam também os elementos suficientes para o oferecimento da denúncia, que deveria ser apresentada de imediato.

Mas a decretação, nessas condições, não constitui constrangimento ilegal quando, apesar do pedido de diligências, são obedecidos os prazos legais de conclusão do inquérito e oferecimento do requisitório público oficial.

Tratando-se do réu pronunciado a quem se concedeu a liberdade provisória, a prisão só pode ser decretada em decorrência de fatos supervenientes à pronúncia. O mesmo se diga com relação à prisão após a sentença recorrível em que se concedeu o mesmo benefício.

Segundo o artigo 311, do Código de Processo Penal, o juiz pode decretar a prisão preventiva de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do querelante ou mediante representação da autoridade policial. Não está legitimado a pedi-la o assistente da acusação.

A medida pode ser determinada pelo relator nos processos de competência originária dos Tribunais Superiores e dos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Tribunais Regionais Federais. Em caso de recurso em sentido estrito, o Tribunal pode acatar o

pedido para a decretação da prisão preventiva que fora indeferido em primeira Instância (artigo 581, inciso V, do Código de Processo Penal).

Nada impede que o juiz, de ofício ou provocado, decrete a custódia logo após ter anulado o auto de prisão em flagrante delito. Tal só não é possível se houver o relaxamento do flagrante por excesso de prazo na instrução, já que, nessa hipótese, o recolhimento constitui constrangimento ilegal.

Decretada a prisão preventiva, deve ser observado que a lei estabelece limites para a conclusão do inquérito policial (10 dias, artigo 10, do C. P. P.), para o oferecimento da denúncia (5 dias, artigo 46, do C.P.P.). O prazo é contado a partir da execução da medida.

Registre-se que a prisão preventiva é incompatível com qualquer espécie de liberdade provisória; estando presentes os seus pressupostos e permanecendo válido seu fundamento, não se pode conceder a liberdade provisória, instituto incompatível com tal espécie de prisão. Mas já se decidiu que, diante das circunstâncias fáticas do caso, a prisão preventiva pode ser substituída pela liberdade provisória, com fiança.

Não há recurso previsto contra a decisão em que se decreta a prisão preventiva, restando ao acusado, entretanto, o pedido de *habeas corpus* com fundamento em constrangimento ilegal, decorrente da inadmissibilidade da medida, em falta de fundamentação adequada, na inexistência de pressupostos etc.

Contra a decisão em que o relator decreta a medida, na competência originária dos Tribunais Superiores e dos Tribunais de Justiça, cabe agravo no prazo de cinco dias (art. 39 da Lei n- 8.038, de 28-5-1990). Dispõe, aliás, a Súmula 699 do STF que "o prazo para interposição de agravo, em processo penal, é de cinco dias, de acordo com a Lei nº 8.038/90, não se aplicando o disposto a respeito nas alterações da Lei 8.950/94, ao Código de Processo Civil".

Da decisão do juiz que indeferir o requerimento de prisão preventiva, cabe recurso em sentido estrito (art. 581, V, com a redação da Lei nº 7.780, de 22-6-1989).

Interessante observar que nos termos do artigo 236 da Lei nº 4.737, de 15-7-1965 (Código Eleitoral), a prisão preventiva não pode ser executada desde 5 (cinco) dias antes e até 48 (quarenta e oito) horas depois do encerramento da eleição.

A prisão preventiva pode ser revogada conforme as circunstâncias. Dispõe o artigo 316, do Código de Processo Penal que o juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no decorrer do processo, verificar a falta de motivo para que subsista. Não mais presentes os fatores que recomendam a custódia preventiva, não deve ser ela mantida só porque a autoria está suficientemente provada e a materialidade da infração demonstrada.

Assim, se foi decretada apenas para garantir a instrução criminal, finda esta não é mais necessária, impondo-se a revogação da medida. Evidentemente, não se revoga a prisão preventiva se ainda persistem as razões do seu desencadeamento. Mas ao juiz é facultado, inclusive, modificar seu ponto de vista.

Pode ser decretada, a prisão preventiva, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria, nos termos do artigo 312, do Código de Processo Penal. A primeira exigência refere-se à materialidade do crime, ou seja, à existência do corpo de delito que prova a ocorrência do fato criminoso. Exigindo-se "prova" da existência do crime, não se justifica a decretação da prisão preventiva diante de mera suspeita ou indícios da ocorrência de ilícito penal.

Exige-se ainda para a decretação da prisão preventiva indícios suficientes da autoria. Contenta-se a lei, agora, com simples indícios, elementos probatórios menos robustos que os necessários para a primeira exigência. Não é necessário que sejam indícios concludentes e unívocos, como se exige para a condenação; não é preciso que gerem certeza da autoria.

Nesse tema, a suficiência dos indícios de autoria é verificação confiada ao prudente arbítrio do magistrado, não exigindo regras gerais ou padrões específicos que a definam.

Não há regra apriorística e imutável que diga da suficiência indiciária, pois cada crime tem sua fisionomia própria e é no caso concreto que o magistrado examinará, medirá e pesará os elementos que devem autorizar a medida com cautela ou prudente arbítrio, atendendo a que se trata de norma de exceção e que, em princípio, não condiz com o regime de liberdades individuais.

Em resumo, é necessário que o juiz apure se há o *fumus boni jûris*, que aponte o acusado como autor da infração penal. Inexistentes os indícios suficientes da autoria quanto à participação do acusado no crime, não há que se decretar a prisão preventiva.

As razões, ou requisitos, para a decretação da prisão preventiva são bem expostas por José Frederico Marques:

“Se o réu, por permanecer solto, está influindo danosamente na instrução do processo, procurando aliciar testemunhas falsas, ou ameaçando pessoas que possam contra si depor; ou ainda se houver perigo de fuga que o impeça de comparecer a juízo, a fim de levar esclarecimentos úteis à instrução da causa [o perigo de fuga atinge, aqui, o processo, e não o cumprimento da pena ...] a prisão preventiva poderá ser decretada 'por conveniência da instrução criminal'; teremos então providência cautelar instrumental [...]. Mas se tudo indica que o réu, temeroso do resultado do processo, fuja do distrito da culpa, ou então, provável seja essa fuga, por não apresentar garantias suficientes à justiça, visto lhe ser indiferente a vida errante dos perseguidos pelos órgãos da repressão penal, a prisão preventiva terá cabimento 'para assegurar a aplicação da pena': teremos, então, providência cautelar final”.¹⁴⁹

Por sua vez, Antonio Magalhães Gomes Filho também fala a respeito, ensinando que tal prisão ocorre como cautela instrumental e final, nos seguintes termos:

“A prisão como cautela instrumental. [...] trata-se agora de evitar que o acusado, permanecendo em liberdade, possa furtar-se ao comparecimento a atos instrutórios em que sua presença seja indispensável ao esclarecimento dos fatos

¹⁴⁹ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1965, v. 4, p. 49.

(pense-se, por exemplo, no reconhecimento pessoal), ou, ainda, consiga destruir provas de acusação, intimidar testemunhas ou, de qualquer outro modo, perturbar o correto desenvolvimento das atividades judiciais. [...] A prisão como cautela final [...]. A terceira das finalidades atribuídas por nosso legislador ordinário à prisão preventiva é a de 'assegurar a aplicação da lei penal', ou seja, evitar que, diante da possível fuga do acusado, pelo temor da condenação, venha a ser frustrada a futura execução da sanção punitiva ...”¹⁵⁰

Prozada a existência do crime e havendo indícios suficientes da autoria, a prisão preventiva poderá ser decretada apenas como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, nos termos do artigo 312, caput, do Código de Processo Penal, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 8.884, de 11-6-1994).

Preocupa-se a lei, assim, com o *periculum in mora*, fundamento de toda medida cautelar.

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

Embora não se tenha firmado na jurisprudência um conceito estratificado para a expressão garantia da ordem pública, a periculosidade do réu tem sido apontada como o fator preponderante para a custódia cautelar. Por isso, aberrante a interpretação do dispositivo que possibilita a prisão sob o argumento de proteger o agente de represálias da vítima ou da família desta.

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

¹⁵⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 70-71.

A conveniência da medida, como já se decidiu no STF, deve ser regulada pela sensibilidade do juiz à reação do ambiente à ação criminosa. Embora seja certo que a gravidade do delito, por si só, não basta à decretação da custódia provisória a simples repercussão do fato, sem outras consequências, não constitui circunstância suficiente para a decretação da custódia preventiva.

Nem mesmo a prática de crime definido como hediondo justifica a prisão preventiva se não estão presentes os pressupostos previstos no artigo 312 do CPP. Mas, sem dúvida, está ela justificada no caso de ser o acusado dotado de periculosidade.

Permite-se também a prisão preventiva para a garantia da ordem econômica, ou seja, as que podem provocar os efeitos mencionados no artigo 20 da Lei nº 8.884/94, como os das Leis nº 8.137/90, 7.492/86, 1.521/52 etc.

Menciona, ainda, a lei, a garantia da execução da pena como fundamento para a decretação da custódia. Com ela impede-se o desaparecimento do autor da infração que pretenda se subtrair aos efeitos penais da eventual condenação. A fuga ou não atendimento ao chamamento judicial, dificultando o andamento do processo, deixando a aplicação da lei penal ameaçada, justificando a custódia provisória.

Por fim, a custódia pode ser decretada para assegurar a prova processual, obstando-se a ação do criminoso, seja fazendo desaparecer provas do crime, seja apagando vestígios, subornando, aliciando ou ameaçando testemunhas.

Desde que a prisão preventiva se revele necessária, na conformidade do artigo 312, do CPP, não elidem a decretação da prisão preventiva as circunstâncias de ser o acusado primário e de bons antecedentes, de ter residência fixa e profissão definida. Também não impede a decretação da prisão preventiva o fato de o acusado se apresentar espontaneamente à autoridade, se presentes os pressupostos legais.

Como a prisão preventiva depende, principalmente, das condições pessoais do acusado, pode não haver igualdade de tratamento entre os co-réus em caso de concurso de pessoas, sendo admissível a medida com relação a um e não a outro co-réu.

Por fim, em relação a prisão preventiva, dispõe o artigo 313, do CPP a respeito das condições de admissibilidade da prisão preventiva, quando presentes os pressupostos e fundamentos mencionados nos itens anteriores.

De acordo com o dispositivo, é ela permitida na ocorrência de crimes dolosos: I - punidos com reclusão; II - punidos com detenção quando se apurar que o indiciado é vadio, ou havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la; III - se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no artigo 64, do Código Penal, que se refere a não-prevalência da condenação anterior, para o efeito da reincidência, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não houver revogação.

Assim, permite-se a prisão preventiva em todos os crimes dolosos punidos com reclusão; nos crimes punidos com detenção nas hipóteses do réu vadio ou que frustra a sua identificação; e nos crimes punidos com qualquer pena privativa de liberdade quando se tratar de criminoso que será considerado reincidente em crime doloso se condenado. Não se impede, inclusive, a decretação da prisão preventiva no caso de crime afiançável.

Por outro lado, não se pode decretar a prisão preventiva contra acusado da prática de crime na época do fato apenado com detenção a não ser nas hipóteses especiais previstas nos incisos II e III do artigo 313, do CPP.

Considerando que a lei emprega a palavra "crime", não se permite a prisão preventiva em processo em que se apura mera contravenção. Também não se permite a custódia, embora não haja dispositivo expresso, nos casos em que o réu se livra solto, independentemente de fiança, já que nesse caso nem mesmo se permite o recolhimento em caso de prisão em flagrante.

Por fim, nos termos do artigo 314, a prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições do artigo 19, I, II ou III, do Código Penal. Refere-se a lei às excludentes da ilicitude, ou seja, o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito, previstas agora no artigo 23, I, II e III, do Código Penal, diante da reforma estabelecida na Parte Geral pela Lei n° 7.209/84.

Assim, havendo elementos suficientes para afirmar que ocorre uma justificativa, não deve o juiz determinar a custódia.

7.2.3 Prisão Temporária

A prisão temporária, seguindo outros países como Portugal, Espanha, França, Itália, Estados Unidos etc, inicialmente passou a figurar na legislação processual brasileira por força da Medida Provisória n° 111, de 24, de novembro de 1989, depois substituída pela Lei n° 7.960, de 21, de dezembro de 1989. Trata-se de medida acauteladora, de restrição da liberdade de locomoção, por tempo determinado, destinada a possibilitar as investigações a respeito de crimes graves, durante o inquérito policial.

Contrastando com a tendência doutrinária moderna, de que não se deve possibilitar o recolhimento à prisão do autor da infração penal antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, principalmente se primário e de bons antecedentes, a lei prevê o

encarceramento temporário do indiciado no procedimento policial, a qualquer tempo, por razões de necessidade ou conveniência.

A natureza cautelar da prisão temporária, como antecipação de uma possível prisão preventiva, é exposta por Vicente Greco Filho:

“... a ideia da prisão temporária é exatamente a utilidade para as investigações e a necessidade, imposta pela ordem pública, de imediata e eficaz reação social à prática de crimes repulsivos. Se inexistirem essas situações não há razão de sua decretação. [...] Pode-se dizer que a prisão temporária é uma antecipação da prisão preventiva; tem requisitos menos rigorosos que ela, mas não será decretada se manifestamente não se decretaria aquela.”¹⁵¹

Por imposição constitucional a prisão temporária só pode ser decretada pela autoridade judiciária, tendo tempo limitado de duração, ou seja, de cinco dias, prorrogáveis por igual período, com exceção da prática de crimes hediondos, neste caso o prazo é de trinta dias, nos termos do §3º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, e de outros delitos graves, em que o prazo é mais dilatado.

Fernando da Costa Tourinho Filho, a respeito do tema, aponta inconstitucionalidade da prisão temporária, contudo, também se manifesta por sua natureza cautelar, ao lado das demais prisões cautelares:

“Ao lado da prisão em flagrante, da prisão preventiva, da prisão resultante de pronúncia e da prisão resultante de sentença penal condenatória recorrível, instituiu-se, após o advento da liberal Constituição de 1988, outra modalidade de prisão: a 'prisão temporária'. Como se trata de prisão decretada antes da sentença condenatória, ela se inscreve na modalidade de 'prisão cautelar', mesmo sem ofumus boni jús e até mesmo o periculum in mora... Toda e qualquer prisão somente poderá ser decretada pelo Juiz [sic]. E esta o é. Logo não se pode dizer, sob esse aspecto, seja ela inconstitucional. Mas, em face do princípio de que ninguém pode ser considerado culpado enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória, elevado a dogma constitucional, não faz sentido restringir-se a liberdade ambulatoria do cidadão sem a demonstração de sua real necessidade. Sob esse aspecto, ela é sabidamente inconstitucional.”¹⁵²

¹⁵¹ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. Atlas, 1991, p. 241.

¹⁵² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 18ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 390-391.

De acordo com a Lei nº 7.960/89, caberá prisão temporária quando imprescindível para as investigações do inquérito policial. Refere-se a eventuais entraves que impedem se possa esclarecer devidamente o fato criminoso e suas circunstâncias, bem como sua autoria. Verificando-se, assim, a imprescindibilidade da prisão para a investigação policial pode ser ela decretada.

Nessa hipótese, 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.

Trata-se de norma legal odiosa e contrária à tradição do processo penal brasileiro, a Lei nº 7.960/89 permite a prisão não só do indiciado, como também de qualquer pessoa, como uma testemunha, por exemplo, já que, ao contrário dos demais incisos do artigo 1º, não se refere ela especificamente ao indiciado. De outro lado referindo-se no § 1º às investigações do inquérito policial, impede a prisão temporária do autor da infração penal quando não se tenha instaurado o procedimento policial inquisitivo.

É permitida também a prisão temporária quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade. Destina-se a norma, ainda, a possibilitar o bom andamento do inquérito policial, que ficaria prejudicado pelo desaparecimento do indiciado, difícil de ser localizado por não ter residência determinada ou por não se conhecer sua verdadeira identidade. Efetuada a prisão, as providências de identificação, inclusive pelo processo datiloscópico, ficam asseguradas.

Por fim, cabe ainda a medida no caso da ocorrência dos seguintes crimes: homicídio doloso, sequestro ou cárcere privado, roubo, extorsão, extorsão mediante sequestro, estupro, atentado violento ao pudor, rapto violento, epidemia com resultado morte, envenenamento de

água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte, quadrilha ou bando, genocídio, tráfico de drogas e crimes contra o sistema financeiro.

Entendeu-se que a gravidade e a repulsa social que provocam qualquer desses ilícitos justificam a prisão temporária sem que, nessa hipótese, haja necessidade de ser ela imprescindível para as investigações ou que o agente não tenha residência fixa ou não forneça elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade.

Ao contrário das demais hipóteses, porém, diz a lei que é necessário que haja fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida pela legislação penal, de autoria ou participação do indiciado.

Há evidentes impropriedades técnicas no dispositivo. Em primeiro lugar, não é a lei penal que prevê quais as provas admissíveis em juízo. Em segundo era desnecessário referir-se à prova para a decretação da medida já que fundadas razões evidentemente só existem com base na prova colhida no inquérito policial. Também ao contrário dos demais incisos, que embasam a prisão temporária, nesta última hipótese não é necessário demonstrar a necessidade da prisão, bastando para ela a existência de indícios suficientes da autoria.

Diante da enumeração legal do inciso III, pode-se concluir que tal medida é destinada a aplacar o clamor público e a indignação social diante dos crimes graves mencionados, mas a lei não exige que tais situações estejam presentes no caso particular.

O despacho em que se decretar a prisão temporária deve ser fundamentado, e como no caso de prisão preventiva, não são suficientes meras expressões formais ou repetição dos dizeres da lei. Deve a autoridade judiciária, apreciando os fundamentos de fato e de direito do pedido, motivar convenientemente a decisão, referindo-se aos pressupostos exigidos em lei conforme a hipótese.

Nada impede a reconsideração do despacho de decretação da prisão temporária caso se apresentem fatos que indicam não ser mais necessária.

A prisão temporária, só decretada por juiz, ante fundamentação da urgência, para garantir a investigação do fato, em determinados casos, é observada por Antonio Scarance Fernandes, com a observação de que o mesmo se refere a juiz de direito, o que deve ter intencionado qualquer autoridade judiciária, como o juiz federal:

“Considerando-se [...] que a prisão temporária só é decretada por juiz de direito, uma interpretação restritiva da Lei n. 7.960 coloca-a como forma de prisão cautelar, que se justificaria, em determinados casos, ante a urgência de certas providências para a eficiência da investigação policial.”¹⁵³

7.2.4 Prisão Decorrente de Pronúncia

A Prisão pela pronúncia na forma do artigo 413, do Código de Processo Penal, ocorre quando o juiz decide a respeito da admissibilidade da acusação, optando por remeter o caso a julgamento pelo Tribunal do Júri, oportunidade em que o magistrado deve se manifestar acerca da possibilidade do réu aguardar solto o seu julgamento.

Observa-se, pela própria redação do citado artigo, que a lei considera a prisão por pronúncia uma regra da qual se extrai a exceção, consistente no fato do réu ser primário e ter bons antecedentes.

Embora grande parte da doutrina argumente com o princípio da presunção de inocência e de que ninguém será levado ao cárcere quando a lei admitir a liberdade provisória (art. 5.º, incisos LVII e LXVI, da Constituição Federal), para sustentar a excepcionalidade da prisão no caso de pronúncia, utilizando o mesmo raciocínio para a possibilidade de o réu recorrer em liberdade, a jurisprudência é farta no sentido de se manter o estabelecido pelo Código de

¹⁵³ FERNANDES, António Scarance. **Prisão temporária e "fermo": estudo comparativo.** *Justitia*. São Paulo: Procuradoria-Geral de Justiça e Associação Paulista do Ministério Público, 1992, nº 157, p. 26. **Fascículos de Ciências Penais: penas e prisões.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992, a. 5, v. 5, n. 3, p. 83.

Processo Penal, isto é, a regra é determinar a prisão do acusado pela pronúncia, para que aguarde detido o julgamento pelo júri, salvo se for primário e bons antecedentes.

Por isso, o juiz deve, sempre, decidir a respeito da prisão, mantendo-a e recomendando o réu no presídio em que se encontra, ou determinar sua captura, caso a prisão seja decretada e ele esteja solto.

O juiz deve agir com prudência e bom senso, do mesmo modo que atua quando decide a respeito da possibilidade de o acusado aguardar solto o julgamento de seu recurso, em caso de condenação. É realidade que o reincidente ou possuidor de maus antecedentes não deve ter autorização para apelar em liberdade, embora a necessidade de mantê-lo recolhido ao cárcere deva estar vinculada à utilidade e à necessidade de sua detenção provisória.

A doutrina se divide a respeito da natureza da prisão decorrente de pronúncia, José Frederico Marques entende que tem natureza cautelar:

“A prisão em virtude de pronúncia também se filia à prisão cautelar [...]. No entanto, sua duração é permitida em espaço de tempo bem dilatado pelas normas processuais em vigor, sendo que antigamente, quando o assunto vinha focalizado, de modo imediato e direto, por mandamentos constitucionais, o próprio texto de tais normas admitia a legalidade da permanência sob custódia quando houvesse culpa formada. A sentença de pronúncia - como todas as decisões cautelares -, se assenta no *fumus boni iuris*. Por ser provável a condenação do indiciado é que o juiz o pronuncia.

... Mas a pronúncia não resulta de apreciação sumária e de plano, com base em elementos de convicção muitas vezes até extrajudiciais (como ocorre, v. grafia, na prisão preventiva), e sim, de todo um procedimento especial para exame da imputação contida na denúncia, e que se denomina de formação da culpa, ou de instrução preliminar ... Essa a razão pela qual o réu pode ficar legitimamente detido, embora não haja, ainda, sentença condenatória que o declare infrator da lei penal.”¹⁵⁴

No júri, caso haja a pronúncia por delito apenado com detenção, como ocorre com o infanticídio ou com o auto-aborto, cujo início do cumprimento se dará nos regimes semi-aberto ou aberto (conforme art. 33, caput, do Código Penal) ou mesmo quando se tratar de

¹⁵⁴ MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1965, v. 4, p. 83-84.

crime apenado com reclusão, mas na forma tentada e cuja pena a ser aplicada seja, possivelmente, suscetível de receber algum benefício que mantenha o sentenciado fora do cárcere, mesmo sendo reincidente ou tendo antecedentes, pode o magistrado manter a sua liberdade, deixando de decretar a prisão.

O racional é não permitir que permaneça em liberdade o acusado por crime sujeito a penas elevadas, possuidor de maus antecedentes ou reincidente.

Em última análise, está ele dificultando a instrução, o que fundamentaria uma prisão preventiva, artigo 312, do C.P.P.

O entendimento de que a prisão decorrente da pronúncia, não deve ocorrer exclusivamente como natural consequência, devendo, também, estar presentes os requisitos da prisão preventiva, é bem demonstrado por Vicente Greco Filho:

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

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

Em sentido oposto, se o acusado é primário e de bons antecedentes, tem direito à liberdade.”¹⁵⁵

Se o acusado foi preso em flagrante ou teve a prisão preventiva decretada, permanecendo recolhido ao longo da instrução, não há, em regra, motivo para ser solto, justamente quando a pronúncia foi proferida. A primariedade e os bons antecedentes não constituem os únicos requisitos para manter o réu em liberdade, aguardando o julgamento pelo Tribunal do Júri. Nesse sentido: TJSP, HC 232.121-3, São Paulo, 1.^a C., rei. Raul Motta, 09.06.1997.

¹⁵⁵ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 246-247.

7.2.5 Prisão Resultante de Sentença Penal Condenatória Recorrível

A prisão resultante de sentença penal condenatória recorrível é o principal efeito da decisão, ainda que sem o trânsito em julgado. Mesmo não se aplicando o disposto no inciso II, do artigo 393, do Código de Processo Penal, no que diz respeito a lançar o nome do réu no rol dos culpados em razão do princípio constitucional da presunção de inocência, permanece válida a segregação antecipada, devendo ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança, nos termos do inciso I, do referido dispositivo legal.

Proferida a sentença, se o condenado estiver recolhido a estabelecimento penal em decorrência de prisão provisória, permanecerá preso até o trânsito em julgado da decisão que, se confirmada, fará com que se passe à execução da pena. Estando em liberdade, será expedido o mandado de prisão, salvo se se livrar solto (artigo 321, do CPP) ou tiver o direito de apelar em liberdade por ser primário e possuir bons antecedentes (artigo 594 CPP).

Não concedido o benefício, porém sendo o crime afiançável, deve ser expedido mandado de prisão, consignando-se o arbitramento da fiança para apelar (artigo 322, do CPP). Pode ser também concedida a liberdade provisória sem fiança se o condenado for pobre (artigo 350, do CPP).

João Gualberto Garcez Ramos, citando autores da época, nos mostra a legitimidade da prisão resultante de sentença penal condenatória recorrível, quando da edição do Código de Processo Penal de 1941:

“Nos primeiros anos após a edição do Código de Processo Penal de 1941 não se discutiu a legitimidade da prisão decorrente da sentença condenatória recorrível. Principalmente, jamais se viu dificuldade em conciliar o fato de que a apelação da sentença condenatória tinha efeito suspensivo, como regra, embora esse efeito não existisse para as principais consequências da sentença. Antônio Luiz da

Câmara Leal, por exemplo, escreve sobre o assunto, sem levantar qualquer polêmica.”¹⁵⁶

Depois da promulgação da Constituição de 1988, Fernando da Costa Tourinho Filho, salientando o caráter cautelar de toda forma de prisão, afirmou que a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível “é um misto de sanção e cautela”.¹⁵⁷

Por fim, Vicente Greco Filho, comentando Afrânio da Silva Jardim, sustenta ter tal prisão natureza cautelar:

“Afranio da [sic] Silva Jardim, no trabalho A prisão em decorrência de sentença penal condenatória recorrível, Direito processual penal, cit., p. 390-409, sustenta que a prisão por sentença condenatória recorrível não tem natureza cautelar, mas é satisfativa, como antecipação da execução. A despeito, porém, dos argumentos apresentados e da finalidade da proposta, qual seja, a de se antecipar o regime penitenciário (aliás, posição coincidente com a que sustentamos em Congresso de Direito Penitenciário na década de 70), a ideia da antecipação da execução nos parece incompatível com a presunção de inocência instituída pela Constituição de 1988. Cremos que, sem prejuízo de se pensar em tratamento penitenciário antecipado, (orno se fosse prisão penal, é possível continuar sustentando sua natureza cautelar...”¹⁵⁸

Essa prisão sem pena, pois como já foi visto, depois da condenação por sentença irrecorrível, não haverá mais prisão em seu caráter atípico, porém reclusão, detenção ou prisão simples, nada mais é do que uma execução cautelar de natureza pessoal (em oposição à coerção processual de natureza real - como as buscas e apreensões, seqüestro, arresto etc.) e que se justifica como medida imprescindível para assegurar, em sentido amplo, a efetiva aplicação da lei penal.

¹⁵⁶ RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p.149.

¹⁵⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 18ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p.438.

¹⁵⁸ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 232-233.

7.3 Natureza da Prisão Cautelar

Assim, a prisão cautelar tem natureza processual e somente poderá ser emanada de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária, ou na hipótese do flagrante quando mantido no curso da ação penal, e visa à garantia imediata da tutela de um bem jurídico para impedir as conseqüências do *periculum libertatis*, assentando-se num juízo de plausibilidade da condenação, afigurador do *fumus commissi delicti*, garantindo a aplicação da pena futura.

A prisão, dessa forma, se assenta num juízo de probabilidade. Destarte, havendo probabilidade de condenação, decreta-se a providência cautelar para garantir a execução ulterior da pena.

Alguns doutrinadores, como o ilustre José Frederico Marques argumentam que é equivocado chamar tais prisões de processuais, aduzindo que:

“Prisão processual é toda aquela decretada pelo Juiz no exercício dos poderes contidos na jurisdição que exerce: ela se deriva da coercitio ou potestas coercendi que a jurisdição confere ao magistrado, ou da executio que é imanente ao poder jurisdicional, na atualidade. Prisão processual é a que o Juiz impõe, como providência compulsória, ao síndico, ao inadimplente em obrigação alimentar, ao depositário infiel, à testemunha faltosa, ao falido relapso; e a prisão processual é ainda a prisão que o Juiz impõe, em sentença condenatória, ao criminoso. Por outro lado, a prisão preventiva contra quem vai ser expulso do território nacional, que o Ministro da Justiça pode decretar (Dec-lei 392, art. 10, de 27.04.38), não é prisão processual, e sim, prisão cautelar de caráter administrativo.”¹⁵⁹

Contudo, há que se observar que a prisão penal cautelar é chamada processual quando decretada pelo Juiz e é representada pela prisão preventiva, pela prisão temporária, pela prisão resultante de pronúncia e de sentença penal condenatória recorrível. Quando emana de outra autoridade, ou pessoa, é denominada prisão em flagrante.

De qualquer maneira, todas elas são prisões penais, pelo motivo muito simples de serem decretadas na esfera penal. A elas, por natureza, se opõem as prisões civis. É válido ressaltar,

¹⁵⁹ MARQUES, José Frederico. **Estudos de direito processual penal**. 2ª. ed. atual. por Ricardo Dip, José Renato Nalini. Campinas: Millennium, 2001. p. 317.

a bem da verdade, que a prisão em flagrante é, inicialmente, de natureza administrativa, mas, depois, ela se torna de natureza processual, pois vai projetar consequências na relação processual que se estabelece no juízo penal.

Nessa hipótese, o preso passa da custódia administrativa da autoridade policial que preside o inquérito para a custódia processual imposta pelo Juiz, quando não há irregularidades, ouvido o Ministério Público, ou seja, não quando não são encontradas irregularidades formais ou materiais no auto de prisão em flagrante, nem ocorre a existência de motivos que possam levar à concessão de uma contra-cautela.

No que diz respeito a natureza das medidas de urgência no processo penal, João Gualberto Garcez Ramos nos diz:

“O exame da natureza jurídica das medidas de urgência do processo penal brasileiro identificará as que podem ser consideradas como natureza cautelar; as que, ao contrário, são antecipatórias e as que, não pertencendo a nenhuma dessas categorias, são simples atos judiciais de polícia.

Os critérios dessa análise já foram expostos: são cautelares as medidas que apresentem urgência, sumariedade formal, sumariedade material, re-feribilidade, aparência, temporariedade e incapacidade de gerar coisa julgada material.

As que não apresentem alguma dessas características serão, em princípio, antecipatórias. Aquelas que, além de não apresentarem as características acima citadas, não forem referidas ao caso penal em exame serão meros atos judiciais de polícia situados, por conveniência ditada pela política criminal, em algum processo penal condenatório.”¹⁶⁰

Portanto, por tudo que foi exposto, há de se concluir que as prisões cautelares tem assento jurídico-constitucional e não prescindem jamais de uma estrita e clara tipicidade. Ademais, a previsão legal dessas medidas é exigência indeclinável, impostergável, afastado que está, em matéria penal, o chamado poder geral de cautela do juiz que o nosso ordenamento jurídico prevê na esfera processual civil.

¹⁶⁰ RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p.99.

Assim, observa-se que o Juiz não pode criar medidas processuais restritivas da liberdade individual sem que elas estejam expressamente contempladas em lei. Além da previsão legal ordinária, algumas dessas restrições à liberdade individual do indivíduo tem também fundamento jurídico-constitucional. Destarte, a tomada de medida que vise tolher ou restringir a liberdade há de ser tomada em caráter excepcional e em situações de concreto risco para algum bem jurídico penal, bem como para a efetividade da jurisdição e sempre observando os requisitos e pressupostos legalmente tipificados.

Em não sendo assim, afigura a constrição da liberdade humana constrangimento intolerável com iniludível abuso de autoridade por parte de quem a ordena ou executa.

Em suma, visando proteger bens jurídicos envolvidos no processo ou que o processo pode, hipoteticamente, assegurar, a prisão processual de natureza cautelar comporta a observação da oportunidade ou conveniência, não devendo deixar de ser observado o critério fundamental que é a legalidade e de adequação a uma das hipóteses legais.

De acordo com o nosso direito, vivemos em um regime de liberdades individuais, conseqüentemente a prisão só deveria ocorrer para o cumprimento de uma sentença penal condenatória transitada em julgado. Entretanto, pode ela ocorrer antes do julgamento ou mesmo na ausência do processo por razões de necessidade ou oportunidade. Essa prisão também é forma legal de se fazer justiça, encontrando apoio em nosso Judiciário, que tem fundamentação legal para tal.

Contudo, não podemos deixar de lado o estado de inocência, só devendo ser decretada a prisão prévia, cautelar, quando presente uma maior possibilidade de condenação, assim nos observa João Gualberto Garcez Ramos:

“Com isso, vê-se que a prisão e a manutenção da prisão depende da verificação de que a condenação do imputado é ao menos provável. Além disso, os demais requisitos da prisão devem estar presentes.

Por tudo isso, o princípio do estado de inocência, no sentido correto, isto é, como regra de distribuição dos ônus processuais probatórios, aplica-se a todas as medidas de urgência.”¹⁶¹

O indivíduo, enquanto membro da comunidade, havendo culpa, deve se submeter às perdas e sacrifícios em decorrência da necessidade de existirem medidas que possibilitem ao Estado prover o bem comum, sua última e principal finalidade. Por isso é ela (prisão) prevista nas constituições federais desde a de 1824.

É nesse sentido que o artigo reza que à exceção do flagrante delito, a prisão poderá efetuar-se senão em virtude da pronúncia ou nos casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente, que hoje é apenas a autoridade judiciária (artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal).

Mas, por permissão constitucional, pode-se efetuar ainda a prisão sem mandado judicial nas hipóteses de flagrante delito (art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal), transgressão militar ou crime propriamente militar (artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal), durante o Estado de Defesa (artigo 136, § 3º, da Constituição Federal) e do Estado de Sítio (artigo 139, II, da Constituição Federal), além de se permitir a recaptura, sem mandado, do evadido (artigo 684 do Código de Processo Penal), caso em que o recolhimento anterior era legal por ter sido ele autuado em flagrante ou por ter sido recolhido em virtude da expedição de mandado de prisão.

São inconstitucionais e constituem crime de abuso de autoridade as chamadas "prisão correccional", "prisão para averiguações" e "prisão cautelar", o que não impede que uma pessoa seja detida por momentos, sem recolhimento ao cárcere, em casos especiais de suspeitas sérias diante do chamado poder de polícia. Quando necessária para as investigações o juiz pode decretar a "prisão temporária" (Lei nº 7.960, de 21-12-89).

¹⁶¹ RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p.126.

Para garantir a liberdade de locomoção decorrente de prisões ilegais dispõe a Constituição Federal que "a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária" (artigo 5º, inciso LXV); e que "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" (art. 5º, LXVIII).

7.4 Aplicabilidade da Prisão Cautelar

Até agora, infelizmente, o Estado não conseguiu alcançar os seus fins sem a aplicação de medidas restritivas da liberdade humana. Pouco mais de dois séculos foram suficientes para se constatar sua mais absoluta falência em termos de medidas retributivas e preventivas. Assim, a história da prisão não é a de sua progressiva abolição, mas a de sua reforma.

Além das prisões decorrentes das condenações irrecorríveis, as prisões antecipadas, provisórias, cautelares ou prévias, como são chamadas, predominantemente, a prisão em flagrante, a prisão preventiva, a prisão temporária, a prisão decorrente de decisão de pronúncia e a prisão de sentença penal condenatória passível de recurso, continuam se justificando como imperativo social. Um mal necessário.

Essas restrições antecipadas, provisórias, cautelares (*carcer ad custodiam*) ou prévias da liberdade individual devem circunscrever-se, rigidamente, ao modelo jurídico-constitucional e atender a seus fins, sob pena dessa opressão contingente e temporária não se justificar.

A Constituição Federal garante em seu artigo 5º, inciso LXI que o cidadão somente será tolhido de seu direito de ir e vir em virtude de prisão em flagrante ou por ordem escrita de autoridade judicial. Além desses casos, somente se justifica a prisão administrativa que pode vir a ser apreciada judicialmente em caso de manifesta ilegalidade, ainda que pese a

impossibilidade de exame de sua conveniência ou motivação, pois foge à esfera judicial a apreciação do mérito do ato administrativo.

Assim, a prisão continua sendo uma necessidade social que encontra amparo no direito constitucional. Porém, quando tenha caráter antecipado, provisório, cautelar ou prévio, deve estar rigidamente enquadrada dentro da previsão legal e obediente aos princípios constitucionais e jurídicos que norteiam nosso sistema e sempre como forma de garantir os bens jurídicos penais, que em certas situações não podem aguardar a resposta em definitivo do Estado.

Alguns doutrinadores entendem que o dispositivo constitucional que consagrou a presunção de inocência surgiu mesmo como um elemento complicador, sugerindo uma espécie de incompatibilidade entre os institutos da custódia provisória ou prisão antecipada dos acusados, e aquele princípio liberal cuja origem, diga-se de passagem, remonta à declaração de direitos da Constituição de 1791 na França.

Entretanto, sem embargo da opinião daqueles que entendem que a prisão provisória ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, o assunto, na prática não merece mais crédito, pois, como já foi anteriormente citado, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça - STJ sumulou a questão asseverando que " a exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência".

O próprio Supremo Tribunal Federal vem decidindo que o disposto no inciso LVII do artigo 5º da Carta Política de 1988, ao dizer que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não importa revogação dos preceitos do Código de Processo Penal que autorizam a prisão antes da sentença condenatória recorrível.

Obviamente devemos ter cuidado com o que João Gualberto Garcez Ramos chama de automatismo da prisão, o que como regra pode provocar injustiças, como adiante exposto:

“Contudo, o automatismo da prisão, como regra geral, acaba por ocasionar injustiças. A respeito, é oportuna a advertência de Vicente Greco Filho, para quem "a prisão processual obrigatória, além de incompatível com os princípios do processo penal moderno, é inviável na prática e acabaria ficando desmoralizada".⁴⁵ Não se trata de um princípio absoluto, na medida em que a própria Constituição disciplina situações em que a manutenção da prisão em flagrante é obrigatória. De fato, para alguns crimes - como o racismo,⁴⁶ os crimes de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os crimes definidos pela lei como hediondos⁴⁷ e, por fim, os crimes praticados por grupos armados, civis ou militares, objetivando vulnerar a ordem constitucional e o Estado democrático⁴⁸ - a manutenção da prisão em flagrante é obrigatória, pois é constitucionalmente vedado que a lei os considere afiançáveis. Esse automatismo, entretanto, é excepcional, não podendo ser estendido a outras infrações penais.”¹⁶²

Assim sendo é de fundamental importância o estudo da presunção de culpabilidade, como fundamentação para segregação anterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, em casos excepcionais de extrema necessidade de proteção aos bens jurídicos penais, se contrapondo ao princípio da inocência.

¹⁶² RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p.113.

CONCLUSÃO

O Direito deveria ser o verdadeiro instrumento para se fazer Justiça, contudo, nem sempre o Direito é justo. E quando, não é sempre garantido.

Em um Estado Democrático de Direito, os direitos devem ser garantidos, inclusive contra os excessos do Estado, devendo as garantias constitucionais se sobreporem as possíveis alterações do legislador ordinário.

Considerando o Estado Democrático de Direito, teríamos o Estado, em nome do povo e em favor do mesmo, assegurando todas as garantias, como forma de legitimar o Direito, situação tal em que poderíamos ter uma verdadeira Justiça e dizer que Direito e Justiça é uma expressão que em um sentido maior vale dizer: promover justiça.

A verdadeira Justiça dependerá de um Direito proveniente de um Estado que atenda os interesses - pelo menos da maioria e sempre com o respeito as garantias, notadamente constitucionais.

Em se tratando de sanção penal - mesmo no caso necessário, para fazer valer o termo Direito e Justiça, sem dicotomia do seu sentido - a mesma deve ser proporcional as circunstâncias do delito, a condição do delinqüente e ao necessário para proteção de um bem maior.

O Princípio da Presunção de Inocência pode ser estudado à luz do Direito Constitucional e/ou Processual Penal, sua previsão constitucional se firma como garantia fundamental contra qualquer abuso no direito de liberdade, notadamente dentro do processo.

Dispondo a Constituição Federal, expressamente, acerca do princípio em análise, está o ordenamento jurídico infraconstitucional obrigado a torná-lo efetivo, absorvendo as regras que possibilitem equilibrar o interesse do Estado na satisfação de sua pretensão punitiva com o direito à liberdade, tudo de forma harmônica, assegurando o Estado Democrático de Direito.

A nossa atual Constituição Federal pode ter suas normas modificadas através de emenda, salvo as que são consideradas como cláusulas pétreas, que não podem ser revogadas. No que diz respeito a novos direitos, nada impede que sejam acrescentados ao rol de direitos fundamentais através da emenda à constituição.

Os direitos fundamentais não podem ser - pelo Congresso Nacional - abolidos ou ter seu texto modificado de tal forma que acarrete a própria aniquilação de um valor essencial protegido pelo constituinte originário.

A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5º, inciso LXXV, estabelece que o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença, conseqüentemente tal garantia tem caráter de direito fundamental.

A Carta Magna, ainda estabelece, no artigo 37, §6º, que o Estado é responsável pelos atos praticados pelos seus agentes que causem dano a terceiro, garantindo, assim, que qualquer prejuízo decorrente da atividade estatal, independentemente de caracterizar erro judiciário, será reparado pelo Estado.

Assim, constitucionalmente foi adotada a teoria do risco administrativo, surgindo a responsabilidade objetiva do Estado. Logo, a Constituição Federal assegura, como direito fundamental, a indenização pelo Estado nas hipóteses de erro na condenação e prisão indevida.

As normas constitucionais funcionarão como um norte de hierarquia superior que imporá os limites ao direito de punir, limites estes que deverão se compatibilizar com as garantias do Estado Democrático de Direito e estar previamente delineadas na Constituição. O Legislador terá que definir os bens jurídicos partindo dos ditames e limites impostos na Constituição e dos valores nela consagrados.

Necessariamente o delito deve ameaçar ou lesionar um bem jurídico, sendo a lei penal o instrumento de proteção do mesmo. Cabe ao legislador a escolha legislativa - obviamente de acordo com as escolhas políticas, conforme o contexto social, econômico e histórico de uma determinada sociedade numa dada época - transformar um bem qualquer em um bem jurídico penal.

A função fundamental do bem jurídico é a de delimitar a norma penal e de garantia do indivíduo frente ao Estado, sendo inclusive definido bem jurídico na própria Carta Magna, como forma de obrigar o Estado a oferecer proteção específica para tal bem jurídico constitucionalmente definido.

Assim entendemos bem jurídico, à luz do Estado Democrático de Direito, como o valor tutelado pela norma penal, em conformidade com os princípios e garantias fundamentais constitucionais, como instrumento garantidor do bem comum.

A norma penal, como garantia do bem jurídico penal, é aplicada através do processo penal e no mesmo é necessário que se proceda à reconstituição histórica dos fatos, para um melhor entendimento do que ocorreu, de forma a se restabelecer, o mais próximo do real, a verdade dos fatos para uma justa solução em relação a pessoa do acusado, para tanto, devem ser respeitadas garantias constitucionais, notadamente o devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

É a prova, o meio pelo qual se demonstra a existência de um fato jurídico, ela é o instrumento destinado a fornecer ao julgador o conhecimento da verdade dentro do processo. É por meio da prova que se forma a convicção do Juiz quanto à verdade dos fatos.

Além da prova, outro elemento essencial deve existir no processo, para uma justa punição, a culpabilidade. Não devendo haver pena se a conduta do autor não for reprovável.

Devendo ser entendida a culpabilidade como reprovabilidade, esta interpretada como o que pode ser exigido do sujeito no tocante a possibilidade de compreender a antijuridicidade de sua conduta, e que as circunstâncias em que agiu não lhe tenham reduzido o âmbito de autodeterminação além de um limite mínimo.

Provado o fato, capaz de ameaçar ou lesionar um bem jurídico, sendo culpável o autor, será aplicada a pena, que é regulada por princípios e regras que conduzem o juiz à sua individualização, de forma suficiente para promover a reprovação e a prevenção da conduta.

Conduto, a subjetividade da idéia de reprovabilidade é uma inegável dificuldade para se estabelecer um julgamento acerca do grau de culpabilidade, por haver consideráveis obstáculos para que o magistrado faça uma avaliação sob a perspectiva do agente e consiga, desse modo, fazer uma valoração adequada.

É preciso uma compreensão de melhor qualidade do comportamento do réu, dentro de sua realidade social, para se estabelecer seu grau de culpabilidade, como forma mais próxima do justo na aplicação da pena, devendo ser bem entendido, com uma visão mais ampla das questões sociais, o que a lei diz por fixação da pena conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

O Direito Penal deve ser visto como necessário para proteger as lesões aos bens jurídicos, devendo ser considerado como vital para a manutenção da sociedade e que é objeto da proteção das leis penais e em que pese o Princípio Constitucional da Presunção de Inocência, entendemos que o mesmo não pode ser instrumento de ameaça aos bens jurídicos penais.

Referido princípio trata de uma presunção relativa. Existe apenas uma tendência à presunção de inocência, ou, mais precisamente, um estado de inocência, um estado jurídico no qual o acusado é inocente até que seja declarado culpado por uma sentença transitada em julgado. Assim, melhor é dizer-se que se trata do "princípio de não-culpabilidade".

Reforçada a presunção de culpabilidade com os elementos probatórios colhidos nos autos de modo a justificar medidas coercitivas contra o acusado, ao contrário do que já tem se afirmado, não foram revogados pela norma constitucional os dispositivos legais que permitem a prisão provisória, decorrentes de flagrante, pronúncia, sentença condenatória recorrível e decreto de custódia preventiva, ou outros atos coercitivos (busca e apreensão, seqüestro, exame de insanidade mental etc.). Aliás, a prisão provisória é admitida pela Carta Magna quando prevê os institutos processuais da prisão em flagrante e por mandado judicial (artigo 5º, inciso LXI), da liberdade provisória com ou sem fiança (artigo 5º, inciso LXVI).

Dessa forma é válida e justa a prisão cautelar, que tem natureza processual e somente poderá ser emanada de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária, ou na hipótese do flagrante quando mantido no curso da ação penal.

Havendo probabilidade de condenação, decreta-se a providência cautelar para garantir a execução ulterior da pena, dessa forma, a mesma se assenta num juízo de probabilidade. Dessa forma, se conclui que a prisão cautelar tem assento jurídico-constitucional.

A medida que vise tolher ou restringir a liberdade há de ser tomada em caráter excepcional e em situações de concreto risco para algum bem jurídico penal, bem como para a efetividade da jurisdição e sempre observando os requisitos e pressupostos legalmente tipificados.

As prisões antecipadas, provisórias, cautelares ou prévias, como são chamadas, predominantemente, a prisão em flagrante, a prisão preventiva, a prisão temporária, a prisão decorrente de decisão de pronúncia e a prisão de sentença penal condenatória passível de recurso, continuam se justificando como imperativo social. Um mal necessário, em razão do Estado não ter conseguido alcançar os seus fins sem a aplicação de medidas restritivas da liberdade humana, encontrando amparo no Direito Constitucional.

Portanto, a presunção de culpabilidade deve ser bem observada, como fundamentação para segregação anterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, em casos excepcionais de extrema necessidade de proteção aos bens jurídicos penais, se contrapondo ao princípio da inocência.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Manual de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ALEXY, Robert, ("Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático", Trad. Luís Afonso Heck. Palestra — proferida na sede da Escola Superior da Magistratura da Justiça Federal (ESMAFE), em Porto Alegre, no dia 7 de dezembro de 1998.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. Rio de Janeiro: Laemmert, 1991. v.1.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005.

ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. 2ª ed, 2ª tiragem, atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros Editores. 1998.

ÁVILA, Humberto Bergmann, **Medida provisória na constituição de 1988**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

BARRETO, Vicente de Paulo. **Dicionário de filosofia do direito**. Vicente de Paulo Barreto Coordenador, São Leopoldo: Editora Unisinos; Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2006.

BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo penal cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 5ª ed. rev; atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à constituição do brasil**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, setembro de 2001.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di, 1738-1794. **Dos delitos e das penas**. Tradução Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa; revisão Roberto Leal Ferreira. - 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: parte geral**, v. 1., 7. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2002.

BONAVIDES. Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11ª. ed São Paulo, 2001.

BONAVIDES. Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17ª. Ed, Malheiros Editores.

BORGES, José Souto Maior. **Pró-Dogmática: por uma hierarquização dos princípios constitucionais.** *In Revista Trimestral de Direito Público*, vol. I. 1993;

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BRITO, Ricardo de A. P. Freitas. **As razões do positivismo penal no brasil.** Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris. 2002.

BRUNO, Anibal. **Crimes contra a pessoa.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979.

CAHALI, Yussef Said, **Responsabilidade civil do estado**, 2ª ed. amp. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1995.

CAMPELO, Barreto. **Evolução historica da pena.** Recife: Imprensa Industrial. 1929.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 7ª Ed. Edições Almedina.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

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

DANTAS, Ivo. **O valor da constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da supralegalidade constitucional.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DANTAS, Ivo. **Princípios constitucionais e interpretação constitucional.** Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris.

DELGADO, José Augusto, **A demora na entrega da prestação jurisdicional: responsabilidade do estado – indenização**, *Revista Trimestral de Direito Público*, 14:256/257, São Paulo, Malheiros, 1996.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o fundamento místico da autoridade.** Tradução Leyla Perrone-Moisés. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

DOHNA, Alexander Graf Zu. **La estructura de la teoria del delito.** Buenos Aires: Abeledo-Perrot. Extradicação 986/DF, julgado em 18/8/2007.

EPIN, Bernard. TOVAR, Madia. VIRIEUX, Daniel. **A revolução francesa. Ela inventou nossos sonhos.** Tradução de Ramon Américo Vasques. São Paulo: Editora Brasiliense, 1989.

FERREIRA, Luiz Pinto. **Princípios gerais do direito constitucional moderno.** 6ª ed. ampl. e atualizada. São Paulo: Saraiva. 1983.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à constituição brasileira.** São Paulo: Saraiva, 1989.

FLACH, Norberto. **Prisão processual penal: discussão à luz dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da segurança jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FLORIAN, Eugenio. **Elementos de Derecho Processual Penal**. Traducción y referencias al Derecho español por L. PIETRO CASTRO. Barcelona: Libreria Bosch, Ronda de la Universidad, 11.

FRANÇA, Genival Veloso de. **França Medicina Legal**. 2ª ed, Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1985.

FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Montevideo: B de F, 2ª ed. 2004.

GANDINI, João Agnaldo Donizete; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. **A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva**. Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura. Ano 4. nº 16: 101-127, julho/agosto 2003.

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

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito a prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1991.

FERNANDES, António Scarance. **Prisão temporária e "fermo": estudo comparativo**. *Justitia*. São Paulo: Procuradoria-Geral de Justiça e Associação Paulista do Ministério Público, 1992, nº 157, p. 26. **Fascículos de Ciências Penais: penas e prisões**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992, a. 5, v. 5, n. 3.

HESSE. Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da alemanha**.

J. A. Gonzales Casanova, **Teoria dei Estado y derecho constitucional**.

JARDIM, Afrânio Silva, **Direito processual penal, estudos e pareceres**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

KELSEN, Hans, 1881-1973. **A ilusão da justiça**; tradução Sérgio Tellaroli; revisão técnica Sérgio Sérulo da Cunha. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans, 1881-1973. **Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito**; tradução de J. Cretella Jr., Agnes Cretella. 3ª ed. rev. da tradução, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

KELSEN, Hans, **Teoria general del estado**, 15. ed., México, Ed. Nacional.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo – primeiros estudos**. 5ª ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004.

LISZT, Franz von. **La idea del fin en el derecho penal**. Programa de la Universidad de Marburgo, 1882, Introducción y nota biográfica de José Miguel Zugaldía Espinar, tradução de Carlos Pérez Valle: Granada, 1995.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

LUIZI, Luis. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Rio Grande do Sul: SAFE, 2003.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Neil MacCormick; tradução Waldéa Barcellos; revisão da tradução Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

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

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2ª ed. Campinas: Millennium, 2000, v.2.

MARQUES, José Frederico. **Estudos de direito processual penal**. 2ª. ed. atual. por Ricardo Dip, José Renato Nalini. Campinas: Millennium, 2001.

MANZINI, Vincenzo. **Instituzioni di diritto processuale penale**. Décima Edizione Aggiornata, PADOVA – CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1950.

MELENDO, Santiago Sentis. **La prueba. Los grandes temas del derecho probatório**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America. 1978.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil – parte geral**. 1ª ed. São Paulo: Forense, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. **Constituição federal comentada e legislação constitucional / Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

NIESS, Pedro Henrique Távora. **O ônus da prova no processo civil e no processo penal**. Justitia.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso completo de processo penal**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

NUNES, Rômulo José Ferreira. **Responsabilidade do estado por atos jurisdicionais**. São Paulo: LTr, 1999.

PACHECO, Denílson Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e prática**. 4ª ed. Niterói: Impetus, 2006.

PAGLIARO, Antonio. **Principi di Diritto Penale: Parte Generale**. 6.ª ed. Milano: Giuffrè Editore, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Responsabilidade Civil**, 9ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro, Forense, 2001.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RAWLS, John. **A theory of Justice**. Cambridge: The Betknap Press of Harvard University Press, 1994.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social e outros escritos**. Introdução e tradução de Roland Roque da Silva. São Paulo: Editora Cultrix, 1998.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992, v.2.

SARMENTO, Daniel. **Os Direitos fundamentais e relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002;

SIDOU, J.M. Othon. **Habeas corpus, mandado de segurança, ação popular – As garantias ativas dos direitos coletivos**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

SILVA, Juary C., **Responsabilidade civil do estado por atos jurisdicionais**, Revista de Direito Público, 20:166, São Paulo, Revista dos Tribunais.

SOARES, Orlando. **Comentários à república federativa do brasil: (promulgada em 05.10.1988)**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

STOCO, Rui, **Tratado de responsabilidade civil**, 6ª ed. rev. atual. amp. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

TÔRRES, Ana Maria Campos. **A busca e apreensão e o devido processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TORNAGUI, Hélio. **Curso de processo penal**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991, v.1.

TORNAGUI, Hélio. **Curso de processo penal**. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, v. 2.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 4ª ed. Bauru: Jalovi.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3.

VASCONCELOS, Anamaria Campos Torres. **Prova no processo penal – justiça como fundamento axiológico**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

VOLTAIRE, 1694-1778. **O preço da justiça**. / apresentação Acrísio Tôres; tradução Ivone Castilho Benedetti - 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

VON IHERING, Rudolf. **A luta pelo direito**. Tradução de João Vasconcelos, 23ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral / Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli**. 2ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

- Texto La Antijuridicidad Penal, de ALDO MORO.

- Texto Problemas de Derecho Penal (Conferencias pronunciadas em la Universidad N. del Litoral em octubre de 1929 y em la Universidad de Córdoba em octubre de 1930).

- Texto Uma Nova Imagem da História Contemporânea do Direito Penal Alemão, de FRANCISCO MUÑOZ CONDE.

Jurisprudência

HC 8.690-GO, 6." T., rei. Min. Vicente Leal, 18.05.1999, v.u., DJ 07.06.1999.

RTJ 65/816; STJ: REsp 120.310-ES -DJU de 20-10-1997, p. 53145.

STF-1ª Turma – HC nº 69.204-4-SP – Rel. Min. Carlos Velloso – DJU de 4-9-1992, p. 14092.

STF: RHC 54.614, DJU de 18-2-1977, p. 8871.

STJ, HC 58.809/SP, 5.a Turma, DJ 13.11.2006

Internet

BAKUNIN PENSADOR. Disponível a partir de: <<http://www.pensador.info/autor/Bakunin/>>. Acesso em: 30 de novembro de 2007.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula 361 – Redação Oficial. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em 15.05.2007.

Cláudio Bastos. **Perícia Contábil: A informática como ferramenta para a melhoria da sua qualidade.**

Disponível em: <http://www.crcrs.org.br/revistaelectronica/artigos/02_claudio.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2007.

HISTÓRIA POR VOLTAIRE ESCHILLING. Disponível em: <<http://educaterra.terra.com.br/voltaire/politica/2008/05/22/001/htm>>. Acesso em: 28.02.2009.

Anexo

HC 98893 MC/SP*

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

E M E N T A: “HABEAS CORPUS”. PRISÃO CIVIL. DEPOSITÁRIO JUDICIAL. A QUESTÃO DA INFIDELIDADE DEPOSITÁRIA. TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. A JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ILEGITIMIDADE JURÍDICA DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

- **Não mais subsiste**, no modelo normativo brasileiro, **a prisão civil** por infidelidade depositária, **independentemente** da modalidade de depósito, **trate-se** de depósito voluntário (convencional) **ou cuide-se** de depósito necessário, **como o é o depósito judicial**. **Incabível**, desse modo, no sistema constitucional **vigente** no Brasil, **a decretação** de prisão civil do depositário infiel **Doutrina. Precedentes**.

DECISÃO: Trata-se de “*habeas corpus*”, com pedido de medida liminar, **impetrado** contra decisão **emanada** de eminente Ministro do E. Superior Tribunal de Justiça, que, **em sede** de idêntico processo (HC nº 108.025/SP), **negou seguimento** ao “*writ*” constitucional **deduzido** perante aquela Alta Corte (fls. 46/47), **mantendo a decisão denegatória** proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos autos do HC nº 7.211.878-6 (fls. 43/44).

Pretende-se, nesta sede processual, **a concessão** da ordem de “*habeas corpus*”, **para invalidar**, ante a sua suposta ilegalidade, **o decreto de prisão civil** do ora paciente.

Nas informações prestadas a fls. 72, o MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da comarca de Itapetininga/SP **esclareceu que subsiste**, contra o ora paciente, o “*decreto de prisão civil*”.

Sendo esse o contexto, **passo a examinar** o pedido de medida cautelar. **E**, ao fazê-lo, **entendo plenamente acolhível** a pretensão jurídica deduzida na presente causa.

Com efeito, o Plenário desta Suprema Corte, **no julgamento conjunto do RE 349.703/RS**, Rel. p/ o acórdão Min. GILMAR MENDES, **do RE 466.343/SP**, Rel. Min. CEZAR PELUSO, **do HC 87.585/TO**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO **e do HC 92.566/SP**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, **firmou** o entendimento **de que não mais subsiste**, em nosso sistema constitucional, **a possibilidade jurídica** de decretação da prisão civil do depositário infiel, **inclusive** a do depositário judicial.

Nos julgamentos mencionados, o Supremo Tribunal Federal, ao assim decidir, **teve presente o que dispõem**, na matéria, **a Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de São José da Costa Rica (Artigo 7º, § 7º)** **e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 11)**.

Em consequência de tais decisões plenárias, esta Suprema Corte, **no julgamento** do HC 92.566/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, **declarou expressamente revogada a Súmula 619/STF**, que autorizava a decretação **da prisão civil** do depositário judicial **no próprio processo** em que se constituiu o encargo, **independentemente** do prévio ajuizamento da ação de depósito.

Vê-se, daí, **que a decretação** da prisão civil do depositário infiel, **inclusive** a do depositário judicial, **constitui** ato arbitrário, **sem** qualquer suporte em nosso ordenamento positivo, **porque absolutamente incompatível** com o sistema de direitos **e** garantias **consagrado** na Constituição da República **e** nos tratados internacionais de direitos humanos (HC 89.634/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – HC 94.523/SP, Rel. Min. CARLOS BRITTO – HC 94.695/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 96.234/MS, Rel. Min. MENEZES DIREITO, v.g.):

“HABEAS CORPUS” - PRISÃO CIVIL – DEPOSITÁRIO JUDICIAL – A QUESTÃO DA INFIDELIDADE DEPOSITÁRIA - CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (ARTIGO 7º, n. 7) – HIERARQUIA CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS - PEDIDO DEFERIDO.

ILEGITIMIDADE JURÍDICA DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL.

- **Não mais subsiste**, no sistema normativo brasileiro, **a prisão civil** por infidelidade depositária, **independentemente** da modalidade de depósito, **trate-se** de depósito voluntário (convencional) **ou cuide-se** de depósito necessário, **como** o é o depósito judicial. **Precedentes.**

TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: AS SUAS RELAÇÕES COM O DIREITO INTERNO BRASILEIRO E A QUESTÃO DE SUA POSIÇÃO HIERÁRQUICA.

- **A Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (Art. 7º, n. 7). **Caráter subordinante** dos tratados internacionais **em matéria** de direitos humanos **e o sistema de proteção** dos direitos básicos da pessoa humana.

- **Relações** entre o direito interno brasileiro **e** as convenções internacionais de direitos humanos (**CF**, art. 5º **e §§ 2º e 3º**). **Precedentes.**

- **Posição hierárquica** dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento positivo interno do Brasil: **natureza constitucional ou caráter de supralegalidade?** - **Entendimento do Relator.** Min. CELSO DE MELLO, **que atribui hierarquia constitucional** às convenções internacionais **em matéria** de direitos humanos.

A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE MUTAÇÃO INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO.

- **A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel** do Poder Judiciário: **a interpretação judicial** como instrumento juridicamente idôneo **de mudança informal** da Constituição.

A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, **mediante exegese atualizadora**, com as **novas** exigências, necessidades **e** transformações **resultantes** dos processos sociais, econômicos **e** políticos **que caracterizam**, em seus múltiplos **e** complexos aspectos, a sociedade contemporânea.

HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.

- Os magistrados **e** Tribunais, **no exercício** de sua atividade interpretativa, **especialmente** no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, **devem observar** um princípio hermenêutico básico (**tal como** aquele proclamado **no Artigo 29** da Convenção Americana de Direitos Humanos), **consistente em atribuir primazia** à norma que se revele **mais favorável** à pessoa humana, **em ordem** a dispensar-lhe **a mais** ampla proteção jurídica.

- **O Poder Judiciário**, nesse processo hermenêutico **que prestigia** o critério da norma **mais favorável** (**que tanto pode ser aquela** prevista no tratado internacional **como a que se acha positivada** no próprio direito interno do Estado), **deverá extrair a máxima eficácia** das declarações internacionais **e** das proclamações constitucionais de direitos, **como forma de viabilizar** o acesso dos indivíduos **e** dos grupos sociais, **notadamente** os mais vulneráveis, a

sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, **sob pena** de a liberdade, a tolerância **e** o respeito à alteridade humana **tornarem-se palavras vãs**.

- **Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano.**

(HC 90.450/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

É importante ressaltar que a diretriz jurisprudencial mencionada **prevalece**, sem maiores disceptações, **na jurisprudência constitucional** do Supremo Tribunal Federal, **como resulta claro** de decisão desta Suprema Corte, **consubstanciada** em acórdão assim ementado:

“PRISÃO CIVIL. Inadmissibilidade. Depósito judicial. Depositário infiel. Infidelidade. Ilícitude reconhecida pelo Plenário, que cancelou a súmula 619 (REs nº 349.703 e nº 466.343, e HCs nº 87.585 e nº 92.566). Constrangimento ilegal tipificado. HC concedido de ofício. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.”

(HC 94.307/RS, Rel. Min. CEZAR PELUSO - grifei)

Cabe destacar, neste ponto, por relevante, **que essa orientação tem o beneplácito** de autorizado magistério doutrinário, **que sustenta a insubsistência**, em nosso sistema de direito positivo, **da prisão civil** do depositário infiel, **valendo referir**, dentre outros eminentes autores, **as lições** de VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI (“**Prisão Civil por Dívida e o Pacto de San José da Costa Rica**”, 2002, Forense), de GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO (“**Curso de Direito Constitucional**”, p. 737/755, item n. 9.4.4, 4ª ed., 2009, IDP/Saraiva), de ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE (“**Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**”, 2ª ed., 2003, Fabris), de FLÁVIA PIOVESAN (“**Direito Humanos e o Direito Constitucional Internacional**”, 2006, Saraiva), de CELSO LAFER (“**A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais**”, 2005, Manole), de LUIZ FLÁVIO GOMES (“**Direito Penal**”, vol. 4/45-64, 2008, RT, **obra escrita em conjunto** com VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI), de GUILHERME ALBERGE REIS e RODRIGO CÉSAR NASSER VIDAL (“**A Prisão do Depositário Infiel à Luz da Constituição Federal de 1988**”, **in** “**Direito em Movimento**”, vol. III/307-321, **coordenação** de MÁJEDA D. MOHD POPP e ANASSÍLVIA SANTOS ANTUNES, 2008, Juruá), de LUIZ ALBERTO PEREIRA RIBEIRO (“**A Illegalidade da Prisão Civil por Dívida do Depositário Infiel na Alienação Fiduciária em Garantia de Bem Móvel face aos Direitos Humanos**”, **in** “**Direito Internacional dos Direitos Humanos**”, p. 277/285, 1ª ed./3ª tir., **coordenação** de MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO e VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, 2006, Juruá), de MAURÍCIO CORDEIRO (“**Prisão Civil por Dívida e sua Proscrição Definitiva**”, 2008, Factash Editora) **e** de ODETE NOVAIS CARNEIRO QUEIROZ (“**Prisão Civil e os Direitos Humanos**”, 2004, RT).

Em suma: a análise dos fundamentos em que se apóia a presente impetração **leva-me a concluir** que a decisão judicial **de primeira** instância, **mantida** pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo **e** pelo E. Superior Tribunal de Justiça, **não pode prevalecer**, eis que **frontalmente contrária** à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos **e** à Constituição da República, **considerada**, no ponto, **a jurisprudência** que o Supremo Tribunal Federal **firmou** na matéria em causa, **no sentido** de que **não mais subsiste**, em nosso ordenamento positivo, **a prisão civil** do depositário infiel, **inclusive** a do depositário judicial.

Evidente, desse modo, a situação **de injusto** constrangimento **imposta** ao ora paciente.

Sendo assim, e em face das razões expostas, **defiro** o pedido de medida liminar, **em ordem a suspender**, cautelarmente, **a eficácia** da decisão **que decretou a prisão civil** do ora paciente,

determinando, em consequência, **o imediato recolhimento** do mandado de prisão civil **expedido**, contra **mencionado** paciente, **nos autos do Processo** nº 269.01.2006.0019121-5 (61/06), **em tramitação** perante o Juízo de Direito da 3ª Vara Cível da comarca de Itapetininga/SP.

Caso o paciente tenha sido preso **em decorrência** da execução do mandado de prisão civil **extraído** do processo em referência (**Processo** nº 269.01.2006.0019121-5 (61/06)), **deverá** ser ele **imediatamente** colocado em liberdade, **se** por aí não estiver preso.

Comunique-se, com urgência, **transmitindo-se** cópia da **presente** decisão, para seu **imediato** cumprimento, ao MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da comarca de Itapetininga/SP (**Processo** nº 269.01.2006.0019121-5 (61/06)), **ao** E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (**HC** nº 7.211.878-6) **e ao** E. Superior Tribunal de Justiça (**HC** 108.025/SP).

2. **Ouça-se** a d. Procuradoria-Geral da República.

Publique-se.

Brasília, 09 de junho de 2009.

Ministro CELSO DE MELLO

Relator

**decisão publicada no DJE de 15.6.2009*