CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *Stricto Sensu* - MESTRADO EM DIREITO

TITO LIVIO BARICHELLO

**MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS NOS CRIMES
CONTRA A ORDEM ECONÔMICA**

CURITIBA
2009

TITO LIVIO BARICHELLO

**MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS NOS CRIMES
CONTRA A ORDEM ECONÔMICA**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Antonio Câmara

**CURITIBA
2009**

TITO LIVIO BARICHELLO

**MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS NOS CRIMES
CONTRA A ORDEM ECONÔMICA**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito pelo Centro Universitário Curitiba.

Banca Examinadora constituída pelos seguintes professores:

Presidente:

Prof. Dr. Luiz Antonio Câmara

Prof. Dr. Rodrigo Sánchez Ríos

Prof. Dr. Fábio André Guaragni

Curitiba, 09 de setembro de 2009.

Este trabalho é dedicado:

Ao meu orientador, Prof. Dr. Luiz Antônio Câmara que com amizade e dedicação, me propiciou evoluir como ser humano para entender o significado da liberdade.

À Tathiana, meu grande amor, companheira de estudo e de vida.

“A pergunta que devemos tornar a levantar é então se a custódia preventiva é realmente uma ‘injustiça necessária’, como pensava Carrara, ou se, ao invés é apenas o produto de uma concepção inquisitória do processo que deseja ver o acusado em condição de inferioridade em relação à acusação, imediatamente sujeito à pena exemplar [...]”
(Luigi Ferrajoli, p. 512)

“Abrir a vertente cautelar do processo penal brasileiro, neste momento, é buscar de maneira incessante e vigorosa, compatibilizar interesses contrapostos. A compatibilização mostra-se imprescindível em razão de que, atualmente, inexiste equilíbrio: a balança pende para as pretensas razões da sociedade, ganhando vulto o aparelho repressivo do Estado. É fundamental encontrar o juste milieu entre tais extremos.” (Luiz A. Câmara, p. 22)

RESUMO

A existência de crimes que maculem a ordem econômica, não é fato recente, tendo extremado vínculo com o modelo econômico e a evolução da economia, que ocorre através dos tempos. Regramentos econômicos se perdem no tempo, como se verifica no Código de Hamurabi de 1700 a.C e no antigo Egito, encontrando seu ápice nos dois grandes embates mundiais. A proteção à ordem econômica encontra-se taxativamente inserida no Título VII, capítulo I da Constituição Federal, tendo como primados, entre outros, a livre iniciativa, a valorização do trabalho humano, a livre concorrência e o meio ambiente. No entanto, esta mesma Constituição explicita limites de atuação do direito penal, em virtude dos princípios da subsidiariedade e, também, da fragmentariedade, que perpassam, em regra, a proteção dos bens jurídicos para outros ramos do direito, com consequências de somenos gravidade ao cidadão, protegendo o *jus libertatis*, visto que a Constituição se perfaz em limite, jamais fundamento para criminalizar. Questiona-se, então, a necessidade, ou não, de um direito penal diverso daquele denominado clássico, com primados exclusivos para enfrentar essa criminalidade diversa, em um momento econômico de *praxis* incomum, com uma criminalidade econômica distinta, demandando reflexão dogmática, que deve encontrar meios de obstar a impunidade sem, para isso, descurar-se da principiologia constitucional que salvaguarda o *jus libertatis* do cidadão. Com objetivo de enfrentar essa nova criminalidade, o legislador pátrio inseriu uma série de hipóteses de prisões processuais, que possuem exacerbado liame com os crimes contra a ordem econômica, como é o caso da prisão preventiva, que é uma cautelar por excelência, para a garantia da ordem econômica, trazida pela lei nº 8.884/94. Igualmente se configura em hipótese de prisão processual para o resguardo da ordem econômica, o critério especificista da *magnitude da lesão causada, advindo da Lei 7.492/86*, como fundamento da prisão preventiva nos crimes contra o sistema financeiro nacional, tratando-se de um pressuposto extra-processual, despido de intento instrumental, cuja idéia originária do Projeto de Lei perfazia impedir o colapso do sistema financeiro. Da mesma forma, vislumbra-se o expreso propósito de abrigar a ordem econômica, na prisão temporária para os tipos insertos na lei nº 7.492/86, que trata dos crimes contra o sistema financeiro nacional, demonstrando mudança de paradigmas na política criminal pátria, que busca a criminalização de sujeitos ativos diferenciados, com alto poder aquisitivo, na proteção de bens jurídicos supraindividuais de natureza econômica. Não obstante as hipóteses supramencionadas, a *praxis* demonstra a constante utilização da prisão processual nos crimes contra a ordem econômica com base na lei nº 7.960/89, que dispõe sobre a possibilidade da prisão temporária, quando fundadas razões demonstrem a configuração do crime de quadrilha do art. 288 do CP. Perquire-se no presente estudo, sobre a adequação típica do delito em questão, quando as condutas *sub examine* ocorrerem no âmbito de atividade empresarial lícita (criminalidade de empresa).

PALAVRAS-CHAVE: Ordem econômica – Medidas cautelares pessoais – Princípios constitucionais – Princípios específicos – Garantismo.

ABSTRACT

The existence of crimes that stain the economic order, is not recent fact, having distinguished bond with the economic model and the evolution of the economy, that occurs through the times. Rule economic if loses in the time, as it is verified in the Code of Hamurabi of 1700 a.C and in old Egypt, finding its apex in the two great ones strikes world-wide. The protection to the economic order meets inserted taxing in Heading VII, chapter I of the Federal Constitution, having as primates, among others, the free initiative, the valuation of the human work, the free competition and the environment. However, this same explicit Constitution limits of performance of the criminal law, in virtue of the principles of the subsidiary and, also, the fragmentary, that surpass, in rule, the protection of the legal goods for other branches of the right, with result of less gravity to the citizen, protecting jus libertatis, since the Constitution if configure in limit, never bedding to penalization. It is questioned, then, the necessity, or not, of a diverse criminal law of that classic calling, with exclusive primates to face this diverse crime, at uncommon a economic moment of praxis, with distinct economic crime, demanding dogmática reflection, that must find ways to hinder impunity without, for this, to relinquish itself of libertatis the constitutional principle that safeguards jus of the citizen. With objective to face this new crime, the native legislator inserted a series of hypotheses of procedural arrests, that possess large nexus with the crimes against the economic order, as it is the case of the preventive custody, that is an action for a provisional remedy one par excellence, for the guarantee of the economic order, brought for law n ° 8.884/94. Equally if it configures in hypothesis of procedural arrest for the defense of the economic order, the specific criterion of the magnitude of the caused injury, happened of Law 7,492/86, as bedding of the preventive custody in the crimes against the national financial system, being about one estimated extra-procedural one, undressed of instrumental intention, whose originary idea of the Project of configure Law to hinder the collapse it financial system. In the same way, the express intention is glimpsed to shelter the economic order, in the temporary arrest for the inserted types in law n ° 7,492/86, that it deals with the crimes against the national financial system, demonstrating change of paradigms in the native criminal politics, that searches the penalization of differentiated active citizens, with high purchasing power, in the protection of collective legal goods of economic nature. Not obstante the aforementioned hypotheses, the praxis demonstrate to the constant use of the procedural arrest in the crimes against the economic order on the basis of law n ° 7,960/89, that it makes use on the possibility of the temporary arrest, when established reasons demonstrate the configuration of the crime of group of art. 288 of the CP. It is investigated in the present study, on the typical adequacy of the delict in question, when the behaviors sub examines to occur in the scope of allowed enterprise activity (company crime).

KEYWORDS: Economic order - Writ of prevention staffs - Principles constitutional - specific Principles – guarantees.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	08
2 A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO.....	11
3 BREVE HISTÓRICO DA CRIMINALIDADE ECONÔMICA.....	17
4 CONSIDERAÇÕES SOBRE OS CRIMES ECONÔMICOS.....	25
5 AS MEDIDAS CAUTELARES E SUBCAUTELARES CONEXAS COM A CRIMINALIDADE ECONÔMICA.....	35
5.1 A PRISÃO PREVENTIVA.....	36
5.1.1 A Garantia da Ordem Econômica	42
5.1.2 A Magnitude da Lesão Causada.....	47
5.2 A PRISÃO TEMPORÁRIA.....	53
5.2.1 Os Crimes Contra o Sistema Financeiro.....	59
5.2.2 O Crime de Quadrilha ou Bando	61
5.3 A FUNDAMENTAÇÃO PARA O DEFERIMENTO DE UMA CAUTELAR.....	68
5.4 A LIBERDADE PROVISÓRIA.....	75
6 POR UMA EXEGESE GARANTISTA.....	80
7 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INCIDENTES.....	88
7.1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COM SUPRA-PRINCÍPIO	91
7.1.1 Por Um Conceito De Dignidade Humana.....	92
7.1.2 A Dignidade Da Pessoa Humana No Passado.....	95
7.1.3 A Dignidade Como Limite Estatal	101
7.1.4 A Dignidade Como Referencial Hermenêutico	105
7.1.5 O Uso De Algemas Em Descompasso Com A Dignidade Humana.....	109
7.2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	114
7.3 O DIREITO AO SILÊNCIO.....	119
7.4 O CONTRADITÓRIO.....	124
7.5 A AMPLA DEFESA.....	132
7.6 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	136
8 PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS DA PRISÃO PROCESSUAL.....	142
8.1 PRINCÍPIO DA NECESSIDADE.....	144
8.2 PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO.....	149
8.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	153
8.4 PRINCÍPIO DA PRECARIÉDADE.....	159
8.5 PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE.....	165
8.6 PRINCÍPIO DA PROBABILIDADE.....	169
9 CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROJETO DE LEI 4.208-C/2001.....	171
10 CONCLUSÃO.....	180
REFERÊNCIAS.....	187

1 INTRODUÇÃO

No bojo da presente pesquisa, busca-se analisar a importância da ordem econômica para a vida em sociedade, sua evolução na história e, como consectário a necessidade, ou não, de uma proteção penal diferenciada. Tal investigação tem, como ponto de partida, a expressa inserção constitucional da ordem econômica no Título VII, capítulo I de nossa Lei Maior, que erige, como primado, a proteção a diversos bens jurídicos, como a livre iniciativa, a valorização do trabalho humano, a livre concorrência e o meio ambiente.

Exsurge, como corolário a corrente indagação acerca da necessidade, ou não, de um direito penal distinto daquele denominado tradicional ou clássico, com principiologia própria para fazer frente a essa nova criminalidade, visto que a atual conjuntura social e econômica demonstra, cada vez mais, a constante mácula a bens jurídicos supra-individuais de natureza econômica.

A ocorrência de crimes contra a ordem econômica, não é exclusividade da sociedade atual, tendo estrito liame com o modelo econômico e a própria evolução da economia, que ocorre através dos tempos. Regramentos econômicos se perdem nas brumas do tempo, como no Código de Hamurabi de 1700 a.C e no antigo Egito, encontrando seu ápice nos dois grandes embates mundiais.

Vivencia-se um novo momento econômico, de *praxis* incomum, com uma criminalidade econômica distinta, demandando reflexão dogmática, que deve encontrar meios de obstar a impunidade sem, para isso, descuidar-se da principiologia constitucional que salvaguarda o *jus libertatis* do cidadão.

Com escopo de fazer frente a essa nova criminalidade, o legislador pátrio inseriu uma série de hipóteses de prisões processuais, que possuem exacerbado liame com os crimes contra a ordem econômica, como é o caso da prisão preventiva, que é uma cautelar por excelência, para a garantia da ordem econômica, trazida pela lei nº 8.884/94, que traduz-se em um conceito indeterminado já abarcado pelo pressuposto ordem pública.

Igualmente se configura em hipótese de prisão processual para o resguardo da ordem econômica, o critério especificista da *magnitude da lesão causada*, advindo da Lei 7.492/86, como fundamento da prisão preventiva nos crimes contra o sistema financeiro nacional, tratando-se de um pressuposto extra-processual, despido de

intento instrumental, cuja idéia originária do Projeto de Lei perfazia impedir o colapso do sistema financeiro.

Da mesma forma, vislumbra-se o expresse propósito de abrigar a ordem econômica, na prisão temporária para os tipos insertos na lei nº 7.492/86, que trata dos crimes contra o sistema financeiro nacional, demonstrando mudança de paradigmas na política criminal pátria, que busca a criminalização de sujeitos ativos diferenciados, com alto poder aquisitivo, na proteção de bens jurídicos supraindividuais de natureza econômica.

Não obstante as hipóteses supramencionadas, a *praxis* demonstra a constante utilização da prisão processual nos crimes contra a ordem econômica com base na lei nº 7.960/89, que dispõe sobre a possibilidade da prisão temporária, quando fundadas razões demonstrem a configuração do crime de quadrilha do art. 288 do CP. Perquire-se no presente estudo, sobre a adequação típica do delito em questão, quando as condutas *sub examine* ocorrerem no âmbito de atividade empresarial lícita (criminalidade de empresa).

No contexto da supressão transitória do *jus libertatis*, por medida cautelar pessoal, se faz necessário analisar o instituto da liberdade provisória, visto como um direito subjetivo do imputado, não adstrito ao discricionário alvedrio judicial.

Perpassa-se, neste estudo, pela análise da fundamentação/motivação para o deferimento de uma cautelar pessoal, que possibilite ao imputado o exercício do direito ao contraditório e da ampla defesa, pilares de um modelo cautelar garantista, que tem, nos princípios constitucionais, o baluarte do *jus libertatis*.

Para atingir tal desiderato, o exegeta deve postar-se na condição de protetor dos direitos fundamentais, estabelecendo uma hermenêutica constitucional que contemple, os primados entabulados expressamente no texto constitucional, como o direito ao silêncio que é consectário do princípio a não-auto-incriminação (*nemo tenetur se detegere*).

O primado da presunção de inocência, que tem origem na Declaração dos Direitos do Homem de 1789, deve abarcar sob a égide externa a proteção contra os abusos midiáticos e, interna, perpassar o ônus probatório à acusação. Como verdadeiro dever de tratamento, alcança magnitude extrema na ocorrência de uma prisão processual.

A dignidade da pessoa humana, como um supra-princípio, será analisada como fundamento da República Federativa do Brasil, que deve estar presente em qualquer interpretação jurídica, como garantia do cidadão e limite estatal.

Estarmos sob a égide de um modelo de Estado Democrático de Direito que não se resume a uma opção terminológica escolhida pelo legislador constituinte, pelo contrário, importa em compreendê-lo como norma-matriz, que impõe dever de obediência a todos os direitos e garantias individuais, quando da análise de uma cautelar pessoal, nos crimes contra a ordem econômica.

Doutrinadores comprometidos com o Estado Democrático de Direito, embasados em ordenamentos jurídicos referenciais, compreendem a indispensabilidade de uma exegese cautelar que contemple primados específicos para o deferimento de uma prisão processual, abarcando o princípio da necessidade, da adequação, da proporcionalidade, da precariedade, da subsidiariedade e da probabilidade.

O regramento ordinário cautelar brasileiro encontra-se superado, quando comparado a ordenamentos jurídicos alienígenas, visto que não oferta ao julgador opção distinta do enclausuramento provisório. Desta forma, transitar-se-á pelo exame do Projeto de Lei 4.208-C/2001, que modifica, profundamente, o sistema cautelar brasileiro, contemplando certa evolução, quando cotejado ao vigente, por inserir medidas cautelares diversas da prisão. No entanto, em caso de aprovação do Projeto, nos exatos termos, que hoje tramita no legislativo pátrio, está a se dissipar oportunidade ímpar de equipará-lo, verdadeiramente, a modelos jurídicos garantistas.

2 A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO

Considerando a “repercussão do direito constitucional sobre a disciplina legal dos crimes” que “impõe ao legislador o dever de criminalizar determinadas condutas, assim como impede a criminalização de outras”¹, apesar de opiniões doutrinárias divergentes sobre esta assertiva², faz-se necessário analisar a Carta Constitucional brasileira, quando trata da ordem econômica em sentido amplo, para, a partir desta premissa maior, realizar exercício hermenêutico acerca das cautelares pessoais, nos crimes contra a ordem econômica.

A ordem econômica encontra-se expressamente inserida no Título VII da Constituição da República Federativa do Brasil, tendo por princípios, entre outros, a livre concorrência, a defesa do consumidor e do meio ambiente³. A Constituição do México foi pioneira em tratar da ordem econômica em seu texto, sendo que no Brasil a Carta de 1934, sob a influência da Constituição de Weimer, inseriu principiologia acerca da ordem econômica⁴.

A existência de um regramento econômico inserto em textos constitucionais é fato recente, que advém da modificação do modelo de Estado Liberal para o Estado Social, pós Primeira Guerra Mundial, sendo que, no direito pátrio, efetivou-se através do título “Da Ordem Econômica e Social”⁵.

A Constituição portuguesa em seu art. 80 e seguintes, contempla a “organização económica”, com a “subordinação do poder económico ao poder democrático”, restando como conseqüência a importância primeira do interesse estatal ao da “riqueza”, ou seja, da democracia sobre o capital⁶.

¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 377.

² COSTA, Luiz de Figueiredo. **Limites constitucionais do direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 45-46: “Em realidade, legislador constituinte apenas indica, expressa ou tacitamente, os bens jurídicos que podem ser objeto de tutela do direito penal, e, em alguns casos, já dispõe sobre a alguma das conseqüências da incriminação do comportamento. [...] a Constituição pode ser tida como limite ao direito penal e não fundamento, ante a natureza fragmentária e subsidiária deste último. [...] inexistem instrumentos jurídicos que obriguem o legislador a incriminar qualquer comportamento. [...] a tutela de bens jurídicos pode ser realizada de várias formas pelo legislador e somente este pode aferir, com base nas condições atuais da sociedade, sobre a necessidade de incriminação do comportamento e de que forma fazê-lo”.

³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Título VII – Da ordem econômica e financeira. Capítulo I – Dos princípios gerais da atividade econômica: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IV- Livre concorrência; V- Defesa do consumidor; VI- Defesa do meio ambiente; [...]”.

⁴ DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 718.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1356-1357.

⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. Coimbra-PT: Coimbra Editora, 2007. 1 v. p. 957.

Luis Roberto Barroso, quando trata da ordem econômica e financeira, postada no Título VII, Capítulo I, art. 170 da Constituição Federal, insere ampla legislação penal e extra-penal pertinente ao título, como a Lei nº. 4131/62 (aplicação de capital estrangeiro), Lei nº. 4.595/64 (política monetária), lei nº. 7.492/86 (crimes contra o sistema financeiro), Lei nº. 8.078/90 (Código do Consumidor), Lei nº. 8.137/90 (crimes tributários), Lei nº. 8.884/90 (infrações à ordem econômica), Lei nº. 8.887/95 e Lei nº 9.074/95 (concessão e outorga de serviços públicos) e Lei nº 9.069/95 (plano Real e o sistema monetário)⁷.

Para Silva Neto, compreende-se por ordem econômica no texto constitucional pátrio⁸:

[...] tanto o plexo normativo, de natureza constitucional, quanto a forma como estão se sucedendo, de fato, as relações econômicas. Temos, assim, o reconhecimento quanto à existência de uma ordem econômica no plano do dever-ser e uma outra atada ao mundo do ser.

Bens jurídicos de caracteres individuais perderam espaço para bens jurídicos supraindividuais, principalmente aqueles de natureza econômica, considerados “fundamentais para a realização do indivíduo na sociedade”⁹. Objetiva-se com tal inserção regradar a atividade econômica, através da “intervenção direta ou indireta na economia, conduzir a sinergia da iniciativa individual para a efetivação do interesse coletivo¹⁰”.

Para Sylvio Motta, a ordem econômica abarca a intervenção estatal, através do monopólio de certas atividades relacionadas à segurança nacional, à repressão ao abuso econômico, com medidas que permitam coibir condutas abusivas por parte da iniciativa privada; o controle do abastecimento evitando “a sonegação primária por parte de especuladores”; o tabelamento de preços, com intuito de “garantir preços mais justos”¹¹.

A nossa Carta Constitucional pode ser considerada uma Constituição econômica, havendo clara contradição em separar a ordem econômica da social,

⁷ BARROSO, 2006, p. 895-896.

⁸ SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 791.

⁹ RÍOS, Rodrigo Sánchez. **Reflexões sobre o delito econômico e sua delimitação**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 775 v., p. 433.

¹⁰ SILVA NETO, op. cit., p. 791.

¹¹ MOTTA FILHO, Sylvio Clemente. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 1025.

posto que “reproduz equívoco semântico que supõe econômica a produção e social a repartição”¹².

Compreende-se então, por expressa disposição constitucional, a ordem econômica como premissa maior a garantir a atividade econômica, através da valorização do trabalho calcada na liberdade de mercado. No entanto, a parte final do mesmo dispositivo constitucional que consigna a liberdade, informa o corolário da justiça social e a existência digna, devendo, para tanto, assegurar a defesa do consumidor, do meio ambiente, objetivando interesses coletivos e respaldando a intervenção do direito penal na economia.

Para José Afonso da Silva¹³:

A atuação do Estado, assim, não é nada mais, nada menos do que uma tentativa de pôr ordem na vida econômica e social, de arrumar a desordem que provinha do liberalismo. Isto tem efeitos especiais, porque importa em impor condicionamentos à atividade econômica [...].

Quando a nossa Carta Magna insere a livre concorrência como princípio, está a impor limites àqueles que atuam no mercado, com a “proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência”, motivo pelo qual a lei 8.884/94, repassou competência ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), como autarquia federal, poderes para prevenir e reprimir infrações contra a ordem econômica que prejudicassem a livre concorrência¹⁴.

Segundo entendimento de nossa Corte Constitucional, “a intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica”, de acordo com a livre iniciativa que é princípio constitucional estampado no art. 1º, IV e art. 170 da Constituição Federal¹⁵.

¹² GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 54: “O vocábulo Constituição econômica abarca o “conjunto de normas fundamentais que estabelecem juridicamente os elementos estruturais de uma forma concreta de um determinado sistema econômico; se é, portanto, uma estrutura de relações sociais de produção traduzida em normas jurídicas, então a constituição econômica, neste sentido jurídico-material, existe em toda e qualquer formação social. Em todos os Estados uma determinada ordem econômica é expressamente fixada ou pressuposta como imanente pela ordem jurídica, seja diretamente pela constituição, seja por institutos fundamentais do direito privado e administrativo”.

¹³ DA SILVA, 1996, p. 718.

¹⁴ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 418-419

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário**. Processo: 422941. Relator: Min. Carlos Veloso. Brasília, Distrito Federal. DJ 24 de março de 2006. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/juris/>> . Acesso em: 27 abr. 2009.

A ordem econômica constitucional (art. 170, V) ampara o consumidor como “a parte mais vulnerável da relação” e, como direito fundamental (art. 5º), cabendo ao Estado interceder em virtude do princípio da vulnerabilidade¹⁶.

Para Gilmar Ferreira Mendes¹⁷:

[...] no bojo da constitucionalização da economia, a figura do consumidor mereceu tratamento específico e diferenciado, conferindo-lhe indiscutível superioridade jurídica para compensar a sua evidente inferioridade de fato, enquanto agente econômico mais vulnerável nas relações de consumo.

Proteção constitucional similar existe ao meio ambiente, (art. 170, VI), como “espaço da vida humana”, alcançando a sustentabilidade, requer a atuação estatal para sua proteção, por força constitucional¹⁸. O extremo vínculo entre o meio ambiente e a qualidade de vida da população é fato inegável que se refletiu na “constitucionalização e na legalização da economia¹⁹”.

O meio ambiente perfaz-se em um direito de terceira geração, perpassando os de primeira (vida, segurança, etc.), de segunda, como o “direito de propriedade, obrigação de dar, fazer [...]”, ocorrendo a responsabilidade do Estado em protegê-lo como patrimônio público, conforme entendimento de nossa Corte Constitucional²⁰.

Para o Supremo Tribunal Federal, o crime de lavagem de dinheiro, tipificado na Lei 9.613/98, afronta a ordem econômica e prejudica a administração da justiça, posto “introduzir na economia formal, valores, bens ou direitos, que provenham direta ou indiretamente, de crimes antecedentes”²¹.

A lavagem de dinheiro prejudica a ordem econômica, prática comum de organizações criminosas que “negam ao Estado seu legítimo monopólio da violência”, tratando-se de um problema social e econômico que não permite um embate desvinculado da realidade fática vivenciada, devendo ocorrer uma busca incessante de modelos que por ventura atinjam seu escopo de combater esta criminalidade²².

¹⁶ ARAÚJO; NUNES JUNIOR, 2003, p. 419.

¹⁷ MENDES; COELHO; BRANCO, 2008. p. 1364.

¹⁸ ARAÚJO; NUNES JUNIOR, op. cit., p. 419.

¹⁹ MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 1372.

²⁰ MORAES, Luis Carlos Silva de. **Curso de direito ambiental**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 16: “Dentro desse contexto, emerge com nitidez, a idéia de que o meio ambiente constitui patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, qualificando-se como cargo que se impõe [...]”.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Processo: 2248**. UF: Distrito Federal. Relator: Carlos Britto. DJ 20 de outubro de 2006. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/juris>>. Acesso em: 27 abr. 2009.

²² MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. **Lavagem de dinheiro** (lavagem de ativos provenientes de crime) Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98. Malheiros Editores, 2004. p.11-14:

Com a ordem econômica imposta como ditame constitucional, discute-se a necessidade ou não de "um novo direito penal", a atuar na proteção de bens jurídicos supra-individuais, com vítimas nem sempre delimitadas, maximizando a intervenção penal na área econômica de forma diversa daquela prevista no direito penal nuclear²³.

Para Jorge de Figueiredo Dias a criminalização de condutas que maculem a ordem econômica é premente e a impunidade que advém da ausência de tipificações tem gerado sentimento de "injustiça estrutural", ferindo o princípio da "igualdade material entre os cidadãos"²⁴.

Devemos estar atentos ao fato de que os tipos inseridos na Lei 7.492/86, de forma diversa daqueles convencionais (vida, liberdade, patrimônio, etc.) que são "facilmente perceptíveis", encontram maiores dificuldades de enquadramento na persecução penal. Na proteção de bens jurídicos envolvendo a ordem econômica, que comumente ofende bens jurídicos supraindividuais, torna-se por demais difícil sua percepção²⁵.

O Estado tem o dever de intervir na Economia para coibir condutas lesivas à sociedade, pois a proteção destes bens jurídicos coletivos tem liame com toda a comunidade, necessitando delimitarem-se condutas nocivas através do "tipo de perigo e as normas penais em branco", o que não encontra óbices na visão de que o

"Sendo a ciência jurídica uma cosmovisão histórico-cultural que dentre outras atividades estuda os comandos axiológicos aptos ao disciplinamento de relações sociais e ao deslinde de conflitos de interesses, deve o operador do direito orientar sua atividade pela leitura da realidade concreta em que se situam esta inter-relações e que serve de cenário para estes embates, bem como deve considerar as soluções utilizadas por outros povos no enfrentamento de questões similares".

²³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 23.

²⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal económico. In: **Ciclo de estudos de direito penal económico**. 1. ed. Coimbra: Garcia & Carvalho, 1985. p. 42: Em todos os Estados se presente um sentimento generalizado de injustiça estrutural, relativamente ao qual a impunidade dos delinquentes económicos, ou a sua injustificada punição menor adquire acentuada ressonância simbólica; o que - diga-se de passagem - é particularmente visível nos estados democráticos, atento o papel aí desempenhado pelos meios de (livre) comunicação social. É para inverter este estado de coisas e para obviar a generalização de atitudes de cinismo e evasão que a sociedade deve formular particulares exigências ao seu ordenamento penal económico. Com o que, afinal, em nada se contraria, mas antes substancialmente se realiza um princípio de igualdade material entre os cidadãos.

²⁵ RIOS, 2000, p. 439: "Por exemplo, se se verificar que o auxílio prestado pelo Banco Central a determinados bancos pequenos mediante informação privilegiada, pelo qual se comprove que houve efetivo benefício patrimonial por meios ilícitos para um número restrito de pessoas. A percepção desta lesão aos cofres públicos não é imediata, pois não é o Banco Central a única e principal vítima; é a coletividade como um todo que é lesada. Vale dizer, quando o Governo por falta de recurso deixa de investir em saúde, e em educação, por exemplo. Por isso a denominação bem jurídico coletivo ou supraindividual".

direito penal é a última *ratio*, ou na busca de uma concepção funcionalista²⁶. A inoperância estatal, quando deixa de intervir na proteção de bens jurídicos de importância extrema para a comunidade, “quando por demais liberal”, ao contrário de proteger o *jus libertatis*, reforça o sentimento de impunidade²⁷.

A difícil dicotomia entre o livre mercado e a atuação estatal na economia resolve-se no necessário equilíbrio, tendo o direito penal econômico, através do “exercício do *ius puniendi*” esta tarefa, considerado em sentido amplo como “um conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica entendida como regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços”. Apesar de opiniões doutrinárias diversas, que vêm em medidas administrativas o correto meio a coibir crimes contra a ordem econômica, vislumbra-se a necessária atuação do direito penal, a proteger bens jurídicos de tamanha magnitude²⁸.

3 BREVE HISTÓRICO DA CRIMINALIDADE ECONÔMICA

A sociedade hodierna materializou profunda mutação de paradigmas em diversas áreas de conhecimento humano. Bens jurídicos considerados de somenos

²⁶ RIOS, 2000, p. 439.

²⁷ GUARAGNI, Fábio André. **Prescrição penal e impunidade**. Curitiba: Juruá, 2000. p.19.

²⁸ CARDIERI, Luís Fernando Diegues. Política criminal no direito penal econômico. In: VELOSO, Ricardo Ribeiro (Coord.). **Crimes tributários e econômicos**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 136.

importância ou, até, de denodo algum, passaram a importar sobremaneira, com a ofensa a valores trans-individuais de caráter econômico.

Perquire-se acerca da possibilidade do direito penal nuclear fazer frente a esta nova criminalidade diversa, perpassando o debate por filosofias claramente abolicionistas, e, também, “considerações da Frankfurterschule até o Direito Penal do Inimigo, Direito Penal de duas, ou de três velocidades [...]”²⁹.

No entanto, é entendimento unânime que as relações econômicas passaram a ter importância essencial para a estabilidade social e sendo a economia uma área extremamente volátil, ataques efetivados, contra ela, passaram a exigir ação imediata e proporcional ao bem jurídico afetado.

A ocorrência de crimes contra a ordem econômica não é exclusividade da sociedade atual, tendo estrito liame com o modelo econômico e a própria evolução da economia que ocorre através dos tempos³⁰.

A história nos traz exemplos de legislação interventora na ordem econômica, “sendo que precedentes de um direito penal econômico já apareciam registrados desde o Código de Hamurábi” por volta de 1700 a.C, havendo resquícios dos denominados crimes de colarinho branco no Egito em torno de 1100 a.C. no reinado de Ramsés IX³¹.

Regramentos econômicos estavam presentes em Roma com a “*Lex Julia de Annona*”³² que teve origem em César, impondo “ao açambarcador a multa de 20 escudos de ouro³³” e, também, punindo a especulação de mercadorias, alcançando a pena capital³⁴. Nas Ordenações Filipinas, cuja primeira edição remonta ao ano de 1603, convalidada por Dom João VI, através da Lei de 29 de janeiro de 1643³⁵, previa-se a “fraude sobre mercadorias”, o “uso de peso e medida falso”. A

²⁹ SILVEIRA, 2006, p. 13.

³⁰ RÍOS, 2000, p. 432.

³¹ CACHO, Emanuel Messias Oliveira. Considerações sobre o white-collar crime. In: VELLOSO, Ricardo Ribeiro (Coord.) **Crimes tributários e econômicos**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 60.

³² SILVEIRA, op. cit., p. 20.

³³ BALDAN, Édson Luís. **Fundamentos do direito penal econômico**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 39.

³⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. Problemática geral das infrações contra a economia nacional. In: PODVAL, Roberto (Org.). **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 70: “ A punição – por vezes drástica – do açambarcamento, da especulação, da venda de bens essenciais deteriorados, da violação de normas exportadoras de certos bens, é fenômeno que se localiza em todas as épocas da história. No direito romano, a *lex julia de annona*, editada no tempo de César e cuja vigência se prolongou até Justiniano, punia severamente a alta dos preços e o ilícito em matéria de importação e comércio de cereais. A punição poderia ir até a pena de morte. Já no séc. XVIII, vemos no reinado de Maria Tereza punir com multa pesada e, até, com a pena de morte, a exportação de cereais e frutas bem como a violação das normas sobre o fabrico de cerveja.

³⁵ SANTOS, José Claudio dos. Desvio e fraude na obtenção de subsídios e subvenções – uma abordagem crítico-interpretativa do Decreto-lei N. 28/94. In: VELOSO, Ricardo Ribeiro (Coord.). **Crimes tributários e econômicos**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.p. 98.

exportação ilícita era considerada crime nos seguintes termos: “Títulos CXII (‘Das cousas, que se não pode levar fora do Reino sem licença de El-Rey), CXIII (‘que não se retire ouro, nem dinheiro para fóra do reino’)”³⁶.

O meio ambiente obtinha proteção expressa nas Ordenações Filipinas, quando no Livro V, Título LXXV, tratava da preservação das árvores frutíferas e cerceava seu corte, no Título LXXVIII incriminava-se a conduta de retirar a cera da colméia matando as abelhas e no Título LXXXVIII “das caças e pescarias defezas”, com penas que consideravam o “status do agente, a natureza do objeto material do crime, a extensão do dano [...] ou o alcance da danosidade social”, com apenamento que poderia alcançar até morte³⁷.

Na Alemanha no século XVIII com o regramento para a produção de cerveja, e na própria França, pós Revolução Francesa, com a punição para a “especulação de mercadorias e títulos a partir do Código Francês de 1810”³⁸

Pelo descrito depreende-se necessário retroagirmos à baixa idade média, para verificar o modelo econômico vigente à época, quando o poder econômico centrava-se nas mãos do possuidor das terras, detentor de títulos nobiliárquicos, em uma economia agrária oriunda do feudalismo.

O poder político concentrava-se no rei, que o dividia com o clero³⁹. Não se pode olvidar Michel Foucault⁴⁰, que bem define a realidade vivenciada à época, na expressão que sintetiza a força do soberano, que possuía a faculdade discricionária de “deixar viver ou fazer morrer”.

³⁶ Ibid., loc. cit.

³⁷ Ibid., p. 99.

³⁸ SILVEIRA, 2006. p. 20: “[...] é de se ver que a história menciona momentos anteriores, onde podem ser vislumbradas origens do Direito Penal Econômico. Assim, Roma conheceu a Lex Julia de Annona; a Alemanha medieval do século XVIII editou normas para a fabricação de cerveja, enquanto que a França punia a especulação de mercadorias e títulos a partir do Código de 1810. De toda a forma, é com a 1ª Guerra que se dá passo fundamental para a superação do liberalismo clássico, que, até então, regia o mercado”.

³⁹ GUARAGNI, Fábio André. Do direito penal do trabalho ao poder penal no trabalho. In: BACARAT, Eduardo Milléo (Coord.). **Controle do empregado pelo empregador**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 348: “Na baixa Idade Média, o modelo econômico não estava centrado no mercado. A estrutura agrária, herdada do modelo feudal, ainda era predominante, concentrando o poder econômico no possuidor de terras. Ostentando títulos nobiliárquicos, o proprietário de terras acercava-se do poder absoluto do rei, juntamente com o clero”.

⁴⁰ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade: curso no collège de France (1975-1976)**. Tradução: Maria Ermantina Galvão. Título original: *Il faut défendre la société*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 286: “Na teoria clássica da soberania, vocês sabem que o direito de vida e de morte era um dos seus atributos fundamentais. Ora, o direito de vida ou de morte é um direito que é estranho, estranho já no nível teórico; com efeito, o que é ter direito de vida ou de morte? Em certo sentido, dizer que o soberano tem direito de vida ou de morte significa, no fundo, que ele pode fazer morrer ou deixar viver, em todo o caso, que a vida e a morte não são desses fenômenos naturais, imediatos, de certo modo originais ou radicais, que se localizariam fora do campo político. [...] o súdito não é, de pleno direito, nem vivo nem morto. Ele é, do ponto de vista da vida e da morte, neutro, e é simplesmente por causa do soberano que o súdito tem o direito de estar vivo (...)”.

Com a abertura das estradas e, principalmente, das navegações ultramarinas, exsurge uma nova classe social que reside em aglomerações humanas denominadas de burgos. A partir da Revolução Industrial, a mudança do poderio econômico se acentua, com o entendimento fixo em Descartes, de o homem exercendo pleno domínio sobre a natureza⁴¹.

Com o poder econômico transferido para a burguesia, eclode a Revolução Francesa de 1789, sob os ideários *Liberté, Egalité e Fraternité*, calcada na Filosofia da Ilustração, bem definida por Fábio Guaragni⁴²:

a) a origem do poder estatal como popular, e não divina; b) o endosso do jusnaturalismo como limite ao poder estatal, evidenciando que [...] a tríade, vida, liberdade e patrimônio [...] não lhe são dados pelo monarca, [...] sendo, sim, inerentes à própria condição humana; c) a justificativa contratualista [...] na versão mais liberal de Locke.

Verifica-se em momento imediatamente seguinte à Revolução Francesa, a imposição de gravoso regramento econômico com claro intuito de reestabelecer a ordem na economia⁴³:

Com o advento da Revolução e os levantes populares contra a crise de alimentos de primeira necessidade foi editado o Decreto da Convenção de 26-28 de julho de 1793, cominando aos especuladores e açambarcadores a pena de morte, aplicável também a todos quantos subtraíam à circulação mercadorias e gêneros de primeira necessidade.

Posteriormente ao difícil momento, que redundou a mudança de paradigma econômico advindo da revolução francesa, o modelo liberal clássico estabelece seus ditames de não intervenção estatal, sendo que o mercado se autoregularia de acordo com as leis naturais de economia⁴⁴. Passou, então, a vigorar o brocardo: *laissez faire, laissez aller, laissez passer*⁴⁵, que pugnava pela inércia estatal no trato das relações econômicas.

Vital Moreira resume a mudança de paradigmas advindos da Revolução Francesa⁴⁶:

⁴¹ GUARAGNI, 2008, p. 349-350.

⁴² Ibid., loc. cit.

⁴³ BALDAN, 2008, p. 39.

⁴⁴ SILVEIRA, 2006, p. 13.

⁴⁵ Esta expressão em língua francesa, *laissez faire, laissez aller, laissez passer*, significa, literalmente, deixai fazer, deixai ir, deixai passar. Disponível em: <http://recantodasletras.uol.com.br> . Acesso em: 07 ago. 2009.

⁴⁶ MOREIRA, Vital. A ordem jurídica do capitalismo. In: ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 413.

A revolução burguesa, ao extinguir os direitos feudais, ao estourar a arquitetura corporativa medieval e a estrutura protecionista do mercantilismo, pretende substituir a ordem jurídica, artificial, da economia por uma ordem natural, automática, ajurídica.

O capitalismo com o seu regramento próprio, estabelecido em leis naturais, visualizava a economia e o mercado de forma distinta e autônoma do sistema jurídico. Qualquer normatização era considerada desnecessária, posto haver a auto-regulação pelo próprio mercado⁴⁷.

Após a revolução francesa, os textos constitucionais não possuíam qualquer intento de regradar questões econômicas, tratando, quase que exclusivamente, da organização política, estabelecendo, taxativamente, limites ao poder do Estado, pugnando pelo olvide do modelo anterior calcado na figura do soberano⁴⁸.

Implantou-se a denominada supremacia do contrato, com a liberdade erigida a primeiro plano, levando ao extremo o brocardo latino *pacta sunt servanda*, pugnando-se pela não intervenção estatal.

Com a Primeira Guerra Mundial, de 1914 a 1918, ocorre o surgimento do direito penal econômico, em virtude do momento bélico e todo seu consectário, levando o Estado a intervir nas relações econômicas, utilizando-se o direito penal até para situações menos gravosas, sendo que, na Alemanha, mais de 40 mil normas penais regeram as relações econômicas no momento conflituoso⁴⁹.

Por esse motivo “a história do direito penal econômico” tem origem nessa necessária mudança de postura pela arregimentação de forças estatais e privadas, impondo normatizações econômicas, pelo momento bélico vivenciado. A ideologia liberal, até então vigente, sucumbe à intervenção estatal na economia, quando buscou-se defender o modelo econômico pretendido pelo Estado, na grave situação enfrentada, recorrendo-se ao direito penal econômico⁵⁰.

Mantendo os “dogmas e concepções liberais” a ordem econômica pós-guerra vivifica-se em soberba crise, com desabastecimento generalizado, especulação exasperada, açambarcamento de alimentos de primeira necessidade, falências irregulares, entre outras máculas à ordem econômica, coadunadas pela inoperância estatal⁵¹.

⁴⁷ ARAÚJO; NUNES JUNIOR, 2003, p. 413.

⁴⁸ MAZLOUM, Ali. **Dos crimes contra o sistema financeiro nacional**: comentários à Lei 7.492/86, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Célebre Editora, 2007. p. 15.

⁴⁹ SILVEIRA, op. cit., p. 20.

⁵⁰ DIAS, 2000, p. 16.

⁵¹ MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. **Tutela penal da ordem econômica**: o crime de formação de cartel. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 58: “[...] À crise econômica do pós-guerra – com todas

Em momento subsequente, o colapso econômico de 1929 foi corolário da matriz liberal, quando grandes empresas, que detinham o monopólio de produtos, provocaram um abismo entre o valor de produção e o de mercado, com uma especulação desenfreada que levou à quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque⁵².

Vigorava o liberalismo econômico, sem a intromissão estatal, o que “se revelou danoso para os, economicamente, mais fracos. A orla de miseráveis aumentava e percebeu-se que somente o Estado poderia assumir o papel de agente capaz de promover o bem comum”⁵³.

O Código Penal italiano de 1930 inseria título próprio a regular a ordem econômica sob a denominação “Contra a Economia Pública, a Indústria e o Comércio”, que foi paulatinamente modificado “em face dos excessos em sua formulação depois de finda a guerra e derrotado o fascismo”⁵⁴.

Com a Segunda Grande Guerra, de 1939 a 1945, ocorre nova e profunda intervenção estatal, posto haver o conflito abarcado muitas dezenas de nações e interferido em todas as relações econômicas mundiais⁵⁵. Na Alemanha nazista tipificou-se como ilícito “a conduta do cidadão alemão que retirasse bens da Alemanha, ou os mantivesse fora do seu território”⁵⁶.

A intervenção estatal, em qualquer situação de seu interesse, inclusive econômica, respaldava-se na supressão do princípio da legalidade, através da seguinte descrição delituosa⁵⁷:

É punível aquele que comete um ato que a lei declara punível ou que, conforme a idéia fundamental de uma lei penal e ao sentimento do povo, merece ser punido. Se nenhuma lei penal é diretamente aplicável ao ato, este será sancionado conforme a lei em que mais adequadamente se aplique a idéia fundamental.

as suas diferenciadas e perversas facetas de depressão econômica, de desorganização das forças produtivas, de insuficiência da produção nacional para atender as demandas do mercado interno, a falta de abastecimento regular para atender o consumo, da escassez e do açabamento de gêneros alimentícios essenciais, da especulação dos mercados financeiros, das falências fraudulentas, da carestia, da hiperinflação, da perda do poder aquisitivo dos salários, do desemprego etc”.

⁵² SILVEIRA, 2006, p. 21.

⁵³ MAZLOUM, 2007, p. 16.

⁵⁴ BALDAN, 2008, p. 184.

⁵⁵ SILVEIRA, 2006, p. 21.

⁵⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 289

⁵⁷ Ibid., loc. Cit.

Exaurido o Segundo Embate mundial, começa a formar-se um novo modelo econômico, baseado na “internacionalização e na financeirização” cujo intento é propiciar a manutenção do *status quo* econômico dos países vencedores⁵⁸.

Momento contínuo ao transcurso da Segunda Guerra, paralelamente às sequelas do conflito, ocorre a denominada “corrida armamentista”, com acirrada disputa entre matrizes de visão econômica oposta⁵⁹.

Para Tigre Maia⁶⁰:

Consta-se em conseqüência que as novas ordens constitucionais, surgidas após seu término, passam a refletir a enorme importância adquirida pela organização da economia e pelo estabelecimento dos princípios reguladores da crescente intervenção do Estado em seu funcionamento.

No Brasil, a Constituição de 1934 inseriu expressa proteção à economia popular, havendo, em seguida, o alargamento das atribuições penais com o Decreto-Lei 869/38, a Lei nº 1521/51 e a Lei nº 4.137/62⁶¹. O que sucedeu para os ordenamentos seguintes⁶², seguindo-se a Lei nº 4.729/65 que definia os crimes de sonegação fiscal, Lei nº. 7.492/86, que trata dos crimes contra o sistema financeiro nacional, a Carta Constitucional de 1988, que inseriu expressamente no art. 170, os princípios gerais da atividade econômica com valorização do trabalho humano, livre iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, entre outros ditames.

Seguiu-se a promulgação de ampla legislação ordinária, como a Lei nº 8137/90 (crimes tributários, contra ordem econômica e contra as relações de consumo), lei nº. 8.078/90 (relações de consumo), lei nº. 8.884/94 (prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, com apenamento administrativo), lei nº. 9.605/98 (meio ambiente), lei nº. 9.613/98 (lavagem de dinheiro), entre outras.

No entanto, apesar da ampla legislação pátria, vivifica-se um novo momento econômico, de *praxis* incomum, com novos comportamentos delituosos, diversos dos anteriores, “até então inimagináveis, denotando-se condutas de extensão “cerebriana: uma criminalidade econômica”, de classe média e alta e não mais

⁵⁸ OLIVEIRA JUNIOR, Gonçalo Farias de. **Ordem econômica e direito penal antitruste**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 33.

⁵⁹ MAIA, 2008, p. 58.

⁶⁰ Ibid., p. 59.

⁶¹ SILVEIRA, op. cit., p. 22.

⁶² MAZLOUM, 2007, p. 17: “No Brasil, a primeira Constituição a estabelecer princípios e normas sobre a ordem econômica foi a de 1934”. Daí em diante, em razão de sua relevância, as Cartas que a sucederam, sem exceção, dispensaram especial tratamento à ordem econômica.

aquela inserida nos extratos sociais menos privilegiados, que tem no furto o delito base⁶³.

Para Luís Fernando Diegues Cardieri⁶⁴:

Com o advento do fenômeno global denominado globalização, muitas coisas surgiram e mudaram. Em relação aos crimes econômicos, por exemplo, objeto deste estudo, podemos citar o surgimento dos “paraísos fiscais”, onde ocorrem, principalmente, delitos de lavagem de dinheiro.

É importante refletir sobre as novas áreas de incidência do direito penal, porquanto encontra-se ultrapassada a idéia da proteção exclusiva de bens individuais, que respaldaram o Estado Moderno. Hodiernamente o liame entre o Estado e o Indivíduo sofreu mutação, vigorando a corresponsabilidade em relação a questões, como a do meio ambiente e a maximização de deveres estatais como no caso da obrigação de propiciar sua “realização pessoal”⁶⁵.

A existência de uma economia mundial una, ou seja, globalizada como um todo, é realidade inquestionável, sendo que “o planeta tornou-se um grande mercado”, com os países abrindo suas economias⁶⁶. A realidade fática produz com vastidão, a ofensa a bens jurídicos coletivos ou transindividuais, que “transcende o cariz de interesses puramente individuais e corresponde aos interesses da coletividade”⁶⁷. Cientes da importância de que a ação criminalizadora somente obtenha legitimidade em relevantes interesses da sociedade⁶⁸, cumpre firmar o papel do direito penal econômico, não autônomo e, como tal, vinculado a todo o cabedal principiológico, inserido em nossa Carta Magna, visto como um “sub-ramo do direito penal” a fazer frente a essa incipiente realidade⁶⁹.

⁶³ SILVEIRA, 2006, p. 21-23.

⁶⁴ CARDIERI, 2007, p. 141.

⁶⁵ RÍOS, 2000.

⁶⁶ MAZLOUM, 2007, p.18.

⁶⁷ MAIA, 2008, p. 41.

⁶⁸ Ibid., p. 38: “[...] a constrição da liberdade dos indivíduos em decorrência da aplicação da norma jurídico-penal incriminadora somente é justificável em razão de que a função primordial daquela é exatamente a de proteger bens jurídicos relevantes para a vida comunitária [...]”.

⁶⁹ Ibid., p. 72. Vide: [...] para quem, em conceito “provisório”, define o direito penal econômico como: “um sub-ramo do direito penal que, fundamentado nos princípios gerais deste ramo do direito público interno e utilizando-se de seu instrumental metodológico, tem por objeto específico a sistematização dogmática do conjunto axiológico compreendido pelos crimes econômicos, que são aqueles expressos em normas jurídico-penais incriminadoras cuja objetividade jurídica é a proteção da ordem econômica”.

4 CONSIDERAÇÕES SOBRE OS CRIMES ECONÔMICOS

No presente estudo sobre as cautelares pessoais nos crimes contra a ordem econômica, tratar-se-á perfunctoriamente dos crimes econômicos, sem a análise da normatização ordinária imediata ou mediata⁷⁰ que tipificam as condutas ilícitas, seus elementos e vicissitudes, por motivo desta pesquisa direcionar-se às prisões processuais. Há, no entanto, necessidade de tecer breves considerações a respeito do tema, que é o escopo deste capítulo.

Prima facie consigna-se entendimento que “a intervenção do Estado na economia é inquestionável”, sendo que condutas individuais maculam “a sociedade em geral”, quando atentam contra a ordem econômica⁷¹.

Debates sobre a “criminalidade organizada” são comuns, em virtude de um novo momento vivenciado em nosso cotidiano, com a constante promulgação de leis ordinárias que tipificam condutas correlacionadas ao tema⁷². É corrente a utilização de meios complexos para a lavagem de dinheiro, com profissionais dotados de extrema habilidade, informática de última geração, escamoteando-se o resultado ilícito em atividades aparentemente legais, advindo um poder que, “em alguns casos, ultrapassa o possuído pelos governos”⁷³. No entanto, não aceita-se um direito penal econômico desvinculado dos primados que regem o direito penal tradicional, conforme apregoam doutrinadores, que almejam um regramento penal econômico não entabulado “conforme os dogmas tradicionais, pois, do contrário, a sociedade restará à mercê dos grandes grupos econômicos que ditam as regras de sobrevivência: lucro a qualquer custo”⁷⁴.

⁷⁰ Para Édson Luiz Baldan os delitos econômicos “em espécie” abarcam: 1) crimes contra a ordem econômica (Lei 8.137/90, arts. 4º e 5º e Lei 1521/51, art. 3º); 2) crimes contra a economia popular e as relações de consumo (C.P. Art. 175; Lei 1521/51, arts. 2º e 3º, Lei 8.137/90 (arts. 6º e 7º) e Lei 8.078/90; 3) Crimes contra a saúde pública (C.P. arts. 272 a 285 e Lei 8.137/90 art. 7º, IX); 4) Crimes contra os direitos trabalhistas e previdenciários (C.P. arts. 132, 149 e 197-207; Dec.-lei 3.688/41; Lei 7.716/89, arts. 3º e 4º e Lei 9.029/95, art. 2º); 5) O estelionato em algumas de suas formas; 6) Crimes ambientais (Lei 9.605/98 e Lei 6.453/77), 7) Loteamentos; 8) Crimes fiscais; 9) Fraude à previdência social; Crimes falimentares; 10) Malversação de fundos públicos; 11) Reciclagem de capitais; 12) Receptação; 13) Crimes contra a propriedade imaterial (C.P. art. 184 e Lei 9.279/96); 14) Crimes cambiários; 15) Crimes contra o sistema financeiro nacional; 16) Delitos societários (C.P. art. 177) e até crimes de informática. (BALDAN, 2008, p. 193-261).

⁷¹ RÍOS, 2000, p. 439.

⁷² ESTELITA, Heloísa. **Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminosa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 13.

⁷³ MAIA, 2007, p. 14.

⁷⁴ DE SANCTIS, Fausto. **Punibilidade no sistema financeiro nacional**. Campinas: Millenium, 2003. p. 27.

As máculas à sociedade que advêm da prática de um ilícito, de natureza econômica, superam aquelas produzidas pela criminalidade tradicional, mesmo quando violenta, por repercutir em toda a sociedade⁷⁵. Para José Claudio dos Santos⁷⁶:

a) a danosidade destes crimes supera a causada “pelo resto da criminalidade tradicional”, além de também, por via indireta, mas real, a vida, a saúde, a integridade física; b) pelo mimetismo que lhes é peculiar, os agentes – ocultando-se e ambientando-se com incrível facilidade -, dificultam, quando não impossibilitam, as investigações, crescendo, assim, as “conhecidas” cifras negras.

Para Rodrigo Sánchez Ríos⁷⁷:

A importância social do sistema financeiro, da ordem tributária, do sistema previdenciário, do meio ambiente, das relações de consumo, entre outras, são considerados fundamentais para a própria realização do indivíduo em sociedade, perante estas novas modalidades de ilícito que acompanham as transformações, alguns autores tem preferido denominá-la "criminalidade da empresa".

Esta nova criminalidade assume múltiplas facetas, entre as quais, a denominada criminalidade empresarial, que Luiz Antonio Câmara⁷⁸ define nos seguintes termos:

Os crimes de empresa constituem uma categoria diferenciada de infrações penais, marcada pela sujeição ativa distinta (agentes com alto poder aquisitivo), sujeição passiva difusa (não especificação das vítimas) e vulneração de bens supra-individuais [...].

Para Renato de Mello Jorge Silveira a criminalidade de empresa possui alta complexidade, em virtude de caracteres próprios, como o "ato delitivo realizado por grupo de pessoas organizadas hierarquicamente e com ideal divisão de funções", ocasionando dificuldades na imputação da conduta típica, como no caso do voto secreto ou não explicitado⁷⁹.

No entanto, erigem-se pesadas críticas à nomenclatura “criminalidade da empresa”, para abarcar os delitos econômicos, pois “parece-nos imprecisa, em vista

⁷⁵ SANTOS, 2007, p. 107.

⁷⁶ Ibid., p. 108.

⁷⁷ RÍOS, 2000, p. 433.

⁷⁸ CÂMARA, Reflexões acerca das medidas cautelares pessoais nos crimes contra o sistema financeiro nacional. In: GEVAERD, JAIR; TONIN, Marta Marília (Coords.). **Direito empresarial & cidadania**: questões contemporâneas. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 231.

⁷⁹ SILVEIRA, 2006, p. 31.

que os sujeitos ativos dos crimes contra a economia não se resumem às empresas”⁸⁰.

Em relação ao sistema financeiro nacional, em momento algum de nossa história se registrou tamanha magnitude ofensiva aos bens jurídicos supra-individuais tutelados nesta seara⁸¹. A lei nº. 7.492/86 adentrou ao sistema jurídico, com intuito de alargar o espectro penal frente a essa nova criminalidade, que o Código Penal com seus tipos correspondentes não alcançava, definindo os denominados *crimes de colarinho branco*⁸².

A necessária atuação do direito penal, na contenção da criminalidade econômica, exige a intervenção estatal na área econômica. Destaca-se necessário mencionar a denominada criminalidade de colarinho branco, de Edwin Sutherland, quando em 1935, proferiu palestra à Associação Americana de Sociologia, definido *white-collar crime* como aquele “cometido no âmbito de sua profissão por uma pessoa de respeitabilidade e elevado estatuto social”, desmistificando os estudos criminológicos que cingiam a criminalidade a extratos sociais menos privilegiados ou a caracteres físicos ou mentais do sujeito ativo⁸³.

Enfatiza-se, desde já, que o direito penal econômico não subsume seu conceito, como aquele advindo como corolário direto ou indireto do “mercado e às instituições em que se exprime a vida econômica⁸⁴”. Apesar de sua matriz comumente embasar-se no conceito do *white-collar*, tal parâmetro não é de todo pertencente ao passado, em virtude da cotidiana conceituação de crimes econômicos, como aqueles ligados a certas atividades profissionais, ou advindos do exercício empresarial⁸⁵.

Do estudo de Edwin Sutherland advém a descoberta desta nova criminalidade de “colarinho branco”, obtendo-se mudança de paradigmas que baseavam seus

⁸⁰ RÍOS, 2000, p. 445.

⁸¹ COSTA JÚNIOR, Paulo José; QUEIJO, Maria Elizabeth. MACHADO, Charles Marcildes. **Crimes do “colarinho branco”**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 60: “Jamais se registrou no Sistema Financeiro Nacional, número tão significativo de escândalos financeiros. Ora por má gestão, ora por gestão fraudulenta, mas sempre com a conivência dos órgãos fiscalizatórios. Só para se ter uma idéia nos últimos 5 anos, cerca de 188 instituições financeiras sofreram liquidação ou intervenção extrajudicial, perfazendo um passivo a descoberto de instituições liquidadas no valor de 75,5 bilhões, o que por si só já nos dá a idéia da inoperância e da defasagem dos instrumentos de controle e punição do mercado financeiro”.

⁸² DE SANCTIS, 2003, p. 27.

⁸³ CACHO, 2007, p. 67.

⁸⁴ DIAS, 2000, p. 81.

⁸⁵ DIAS, 2000, p. 81.

estudos em “um falso padrão de criminalidade”, orientada de forma determinista para um grupo social menos privilegiado economicamente⁸⁶.

O fator propulsor do crime não se ampara em fator subjetivo, ou seja, em questão pessoal ou particular do agente, tendo como fonte o vínculo ou contato social com terceiros que possuam predisposição majorada à ilicitude. Tais condutas pelos caracteres do sujeito ativo aproximam-se de uma criminalidade econômica⁸⁷.

Para Renato de Mello Jorge Silveira⁸⁸:

Discute-se com extremada paixão, sobre quais as fronteiras de intervenção penal na economia. Indaga-se como isso e com quais elementos se pode proceder a uma busca por maior justiça.

Visto que o direito pátrio não entabula, taxativamente, em diploma unificado, o rol de delitos que estão abarcados pelo direito penal econômico, verifica-se a existência de tipos penais correspondentes à matéria, inseridos esparsamente pelo ordenamento penal, inexistindo conceito unívoco acerca da abrangência do direito penal econômico na doutrina brasileira⁸⁹.

No direito alemão buscou-se sem sucesso inserir na parte especial do código penal um título próprio denominado “Delitos Contra a Economia”, que adotava “uma concepção ampla de delitos econômicos”, desde aqueles que maculam bens jurídicos de natureza supraindividual, até a proteção a instrumentos direcionados à vida econômica como “o abuso do cheque”⁹⁰.

O Código Penal português não elenca em seu corpo, título próprio que contenha o rol de delitos econômicos vigentes em seu ordenamento. No entanto, o Decreto-lei 28 de 20-01-1984 trata de forma pormenorizada dos crimes contra a ordem econômica, não apenas catalogando os delitos, mas contemplando princípios próprios advindos da especialização, com conseqüências penais que levam, em

⁸⁶ RÍOS, 2000, p. 444.

⁸⁷ Ibid., loc. cit.

⁸⁸ SILVEIRA, 2006. p. 19.

⁸⁹ GUARAGNI, Fábio André. O Novo Tratamento dos Crimes contra a Propriedade Intelectual à luz do direito penal econômico (comentários à lei 10.695, de 01.07.2003). In: GEVAERD, Jair; TONIN, Marta Marília. **Direito empresarial § cidadania: questões contemporâneas**. p. 99.

⁹⁰ BALDAN, 2008, p. 65-66: “Na República Federal Alemã o projeto alternativo do Código Penal incluiu em sua parte especial os “Delitos contra a Economia”. As condutas puníveis abrangiam fatos puníveis contra a concorrência e os consumidores. Descrevem-se também crimes contra as empresas, a sabotagem econômica, a revelação de segredos econômicos, o abuso de confiança social, a difamação no tráfico econômico, entre outros. Em diferentes capítulos se penalizaram delitos relacionados com a fraude mercantil, assim observando-se diferentes figuras contra os meios de pagamento e a economia creditícia (o abuso do cheque e cartão de crédito, o abuso da letra de câmbio, a fraude na tomada de empréstimos etc).

conta, a natureza econômica do delito, em especial “no caso do crime ser cometido no seio de uma pessoa jurídica”⁹¹.

Compreende-se que apesar de estar inserida em lei especial e não no Código Penal, admite-se que “uma parte essencial do Direito Penal Econômico português encontra-se agrupada e adequadamente sistematizada num texto único”⁹².

Por outro lado, pode-se argumentar, em analogia ao direito privado, que o enorme conjunto de regras ordinárias, que compõem o sistema jurídico, impedem sua codificação, o que não acarreta transtorno algum para o aplicador do direito, havendo o que Judith Martins-Costa denomina de “quebra da unidade legislativa”⁹³.

Buscou-se, no Brasil, sem sucesso, através de ante-projeto de reforma da legislação penal, sob a responsabilidade de Manoel Pedro Pimentel, reunir os delitos de natureza econômica em título único no Código Penal, sob a denominação “Dos crimes contra a ordem econômica e tributária”⁹⁴.

Em não havendo um compêndio único que elenque os delitos econômicos, precisa-se recorrer ao clássico recurso do bem juridicamente protegido, para compreender e propiciar ao direito penal econômico o alcance de todas suas áreas de atuação, necessárias a resguardar a vida em sociedade, tutelando a ordem econômica, como é o caso nos crimes contra a propriedade intelectual⁹⁵.

Conscientes devemos estar da inexistência de um critério uno para definir o delito econômico, no direito pátrio e alienígena, em virtude dos diversos critérios existentes para delimitá-lo que não alcançam unanimidade, como o da sujeição ativa, passiva, “efeitos da conduta” e até o “modus operandi”⁹⁶.

Tarefa árdua também ocorre no direito lusitano, o que para Jorge de Figueiredo Dias⁹⁷, transita pela necessária demarcação de seu campo, posto que:

um estudo da problemática do direito penal económico tem de começar pela delimitação deste sector do ordenamento jurídico. E logo aqui se levantam

⁹¹ BALDAN, 2008, p. 183-184.

⁹² Ibid., loc. cit.

⁹³ COSTA, Judith Martins. **A boa fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 281: A inflação legislativa, por sua vez, minou pela base a unidade legislativa. Aos códigos civis foram sendo agregadas inúmeras “leis especiais”, no início ditas “leis extravagantes” porque (vagare) sobrevagavam o sistema refletido no código. O sentido da quebra da unidade legislativa está em que não sendo possível acomodar, num mesmo e harmônico leito, todos os interesses, porque não há apenas um único sujeito social a ser ouvido, não há mais um sujeito comum, como aquele desenhado na esteira da Revolução Francesa pelo princípio da igualdade abstrata, frente à lei.

⁹⁴ RÍOS, 2000, p. 433.

⁹⁵ GUARAGNI, p. 99.

⁹⁶ RÍOS, 2000, p. 440.

⁹⁷ DIAS, 2000, p. 67.

as primeiras dificuldades de um caminho em grande parte por fazer a nível de doutrina portuguesa.

A partir do direito económico, Figueiredo Dias, citando J. Baumann, perfaz conceito como um agrupamento de “normas que regulam a vida e as actividades económicas e dos preceitos que de alguma forma se relacionam com a produção e distribuição dos bens económicos”. No entanto, o próprio autor lusitano insiste em que o conceito supra, peca pela sua amplitude e vagueza⁹⁸.

Mais adiante, Jorge de Figueiredo Dias, sem buscar exaurir a questão, citando Rinck, define delitos económicos como aqueles que “que danificam ou põem em perigo a ordem económica como um todo⁹⁹”

Encontramos em Manuel P. Pimentel¹⁰⁰, entendimento nos seguintes termos:

O conjunto de normas que tem por objeto sancionar, com as penas que lhe são próprias, as condutas que, no âmbito das relações económicas, ofendam ou ponham em perigo bens ou interesses juridicamente relevantes.

Para Fábio André Guaragni¹⁰¹:

Afinal, pensar-se em direito penal económico como marco de união do rol de infrações lesivas à Ordem Económica, neste passo, significa tutelar consumidores enquanto parcelas hipossuficientes das relações de mercado, significa garantir o livre florescimento de uma economia [...].

Para Édson Luis Baldan todo o crime económico terá, como escopo, a proteção de bens jurídicos concernentes à ordem económica vivenciada naquele momento, precisando para isso, verificar-se o ordenamento daquele sistema jurídico em concreto, motivo pelo qual, torna-se por demais difícil, conceituar e precisar de forma genérica o bem jurídico nos crimes contra a ordem económica¹⁰².

Sob a denominação, direito penal económico, compreende-se uma extensa gama de delitos “de natureza jurídica muito diversa”, como a lei dos monopólios, de direito penal administrativo e também de direito penal comum¹⁰³.

Para Eugênio Raul Zaffaroni¹⁰⁴:

⁹⁸ Ibid., p. 84.

⁹⁹ Ibid., p. 86.

¹⁰⁰ PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito penal económico**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1973. p. 10.

¹⁰¹ GUARAGNI, p.102.

¹⁰² BALDAN, 2008, p. 65

¹⁰³ ZAFFARONI, 2006, p. 132.

¹⁰⁴ Ibid., loc. cit.

Em outro sentido, mais sistemático, fala-se em 'direito penal econômico' como uma parte do direito penal, identificada pelo bem jurídico afetado, que seriam as relações reguladas ou controladas pelo Estado.

Carlos Martínez-Bujan Pérez, em obra denominada *Derecho Penal Económico*, mostra-se favorável à criminalização de condutas que lesem a ordem econômica, informando que o direito penal econômico perfaz-se em um direito penal comum, com regramento similar aquele que historicamente protegeu bens jurídicos individuais, sendo que¹⁰⁵:

Em términos generales cabe indicar que cuando la doctrina ha venido utilizando las expresiones 'Derecho penal económico', 'Derecho penal sócio-económico', 'Derecho penal de la economía' u otras similares no ha pretendido referirse a un Derecho penal 'distinto' sino a uma simple calificación fijada sobre la peculiar naturaleza del objeto que se pretende tutelar.

Para Sánchez Rios, citando Klaus Tiedmann, o delito econômico pode ser analisado em sentido estrito, que abarca "as transgressões no âmbito do direito administrativo-econômico, ou seja, aquelas lesivas à atividade interventora e reguladora do Estado" e, em sentido amplo, açambarcando todos os tipos penais que violem bens supraindividuais de natureza econômica. Destarte, em critério externado por Bujan-Perez, excluir-se-ia do âmbito do direito penal econômico, "aquelas condutas lesivas que, mesmo possuindo um indiscutível caráter econômico, se orientam de forma predominante à proteção de outros bens jurídicos"¹⁰⁶.

Não se pode olvidar que bens jurídicos até um dado momento desprotegidos penalmente, ou considerados de menor prestígio, passaram a importar sobremodo, em virtude do surgimento de delitos de natureza diversa da criminalidade tradicional, com danosidade distinta que maculam a ordem econômica, havendo "controvérsias na doutrina quanto ao uso do direito penal neste setor"¹⁰⁷.

A intervenção do direito penal na ordem econômica encontra censura, como para os adeptos da escola de Frankfurt, que "tem criticado severamente que o

¹⁰⁵ PÉREZ, Carlos Martínez-Bujan. **Derecho penal económico**. Valência: Tirant lo blanch. 1998. p. 19-20. Tradução: "Em termos gerais, cabe indicar que quando a doutrina tem utilizado as expressões 'Direito penal econômico', 'Direito penal sócio-econômico', 'Direito penal da economia' e outras similares não está pretendendo referir-se a um Direito penal 'distinto' e sim a uma simples qualificação fixada sob a peculiar natureza do objeto que se pretende tutelar".

¹⁰⁶ RÍOS, 2000, p. 440-441.

¹⁰⁷ Ibid., p. 434-435.

Direito Penal estenda seu objeto além dos limites” e transforme-se em um direito penal funcionalista¹⁰⁸.

Para Hassemer, a existência de um direito penal interventor tem custos elevados a toda sociedade, sendo que¹⁰⁹:

Por último, hay que preguntarse si um derecho penal disponible y políticamente funcionalizado aún puede conservar el lugar que debe tener dentro del sistema total de control social. Si sus principios son disponibles según el caso, perderá -a largo plazo también ante los ojos de la población- su fuerza de convicción normativa y su distancia moral frente al quebrantamiento del derecho.

Sánchez Rios atenta para o fato de que este posicionamento ideológico, defendido por Hassemer, não almeja a descriminalização de condutas que atentem contra bens de caráter supraindividual, mas a regulação por um “Direito de Intervenção” que colocar-se-ia entre as normas penais e contravencionais, “ou de infrações de ordem, entre o direito público e o direito civil”¹¹⁰.

Este entendimento sofre críticas dentro da própria doutrina alemã, que embasa o legislativo para a produção de normas que protejam valores jurídicos coletivos, ocorrendo a legitimidade na criminalização de condutas que atentem contra bens jurídicos de cunho econômico, desde que comportem importância para a sociedade, de forma similar a qualquer tipificação penal¹¹¹.

Compreende-se, assim, a necessidade da intervenção do direito penal na ordem econômica, protegendo bens jurídicos supraindividuais, não somente com “caráter limitativo”, mas, um direito penal que faz ver adiante ou ao longe, ou seja, “prospectivo”¹¹².

Conceitos individualizados do bem jurídico de cunho penal, como entendidos em determinados momentos históricos, não se adequam mais à realidade corrente, conforme vigia no pretérito próximo de meados do século XX.

¹⁰⁸ Ibid., loc. cit.

¹⁰⁹ HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**. Traducción: Patricia S. Ziffer. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. Centro de investigaciones de Derecho Penal y Filosofía Del Derecho, 1998. p. 61. Tradução: Por último, há que se perguntar se um direito penal disponível e politicamente funcionalizado ainda pode conservar o lugar que deve ter dentro do sistema total de controle social. Se seus princípios são disponíveis segundo o caso, perderá -em longo prazo também ante os olhos da população - sua força de convicção normativa e sua distância moral frente à infração do direito.

¹¹⁰ RÍOS, op. cit., p. 436-437.

¹¹¹ RÍOS, 2000, p. 436-437.

¹¹² Ibid., loc. cit..

Encontra-se em Magalhães Noronha¹¹³, compreensão de que “êles o bem-interesse protegido pela norma [...] é o que satisfaz a uma necessidade do homem, seja de natureza material ou imaterial: vida, honra, [...]” ou ainda, para Nélon Hungria, no ano de 1955, como: “o interesse jurídico penalmente tutelado [...] vida, integridade corporal, patrimônio, honra, liberdade [...]”¹¹⁴.

A amplitude, que deve abarcar o bem juridicamente tutelado, alcança “assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos”, perfazendo-se na também obrigação estatal de propiciar a consecução destes valores primordiais à sociedade¹¹⁵.

Assim, para a proteção destes bens jurídicos de cunho supraindividual, um conjunto de regras de direito material foram postadas pelo legislador, impondo gravame penal àqueles violadores da norma, fomentando o seu não descumprimento¹¹⁶.

Na esteira de uma Constituição Federal, que tem como escopo a proteção e vivificação da ordem econômica, por meio do fomento à livre iniciativa e, também, pela inserção de tipos penais que salvaguardem estes bens jurídicos supraindividuais, abarcados pelo direito penal econômico, encontram-se as cautelares pessoais, que têm uma desinência instrumental, não podendo ser utilizadas com desvio de finalidade.

Para a persecução penal atingir seu desiderato nos crimes contra a ordem econômica, cumprindo seu caráter instrumental, existem as prisões processuais tipificadas na legislação ordinária, que fazem parte de um conjunto de normas

¹¹³ NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1971. 1 v. p. 117.

¹¹⁴ HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao código penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955. p. 8.

¹¹⁵ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal**. Organização e Tradução: André Callegari e Nereu Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.17-18: “De tudo isso resulta: em um Estado democrático de Direito, o modelo teórico de Estado que eu tomo por base, as normas jurídico-penais devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma co-existência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos. Por isso, o Estado deve garantir, com os instrumentos jurídico-penais, não somente as condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante (isto é, a proteção da vida e do corpo, da liberdade de atuação voluntária, da propriedade etc) mas também as instituições estatais adequadas para este fim (uma administração de justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção etc.) sempre que isto não se possa alcançar de outra forma melhor”.

¹¹⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 1 v. p. 165. A propósito, v. Luiz Regis Prado, quando bem diferencia a norma da lei penal, porquanto: ‘A norma de conduta, sendo imperativa, prescreve, influi no comportamento dos demais para modificá-lo, e não simplesmente descreve uma relação de direitos e deveres. Essa diretriz determinativa, como característica da norma, independe da vontade pessoal da autoridade estatal (legislador), principalmente em um Estado Democrático de Direito, onde o poder estatal, democraticamente constituído, está vinculado ao direito, no sentido de seus valores materiais e princípios gerais.’”

processuais inseridas em um sistema jurídico hierarquizado axiologicamente, fundamentado em uma Lei Maior.

A crescente utilização de cautelares pessoais na persecução penal de crimes contra a ordem econômica, com descumprimento expresso dos preceitos constitucionais vigentes, demanda análise pormenorizada do exegeta. Princípios genéricos, como do contraditório, da não auto-incriminação, da ampla defesa, da presunção de inocência, bem como, aqueles específicos das cautelares, como da necessidade, adequação, proporcionalidade, precariedade, subsidiariedade e probabilidade, devem estar fartamente satisfeitos para sua admissão.

5 AS MEDIDAS CAUTELARES E SUBCAUTELARES CONEXAS COM A CRIMINALIDADE ECONÔMICA

As prisões processuais vigentes que possuem liame exacerbado com os crimes contra a ordem econômica, perfazem-se na prisão temporária e na prisão preventiva. Nesta, encontram-se inúmeras situações de proximidade com os crimes em questão, como: a *garantia da ordem econômica* do art. 312 do CPP e a *magnitude da lesão causada* da Lei nº 7.492/86 que trata dos crimes contra o sistema financeiro nacional.

A prisão temporária, prevista na Lei nº 7.960 de 21-12-1989, possui conexão com os crimes contra a ordem econômica, em virtude do tipificado no art. 1º, III, “I”, que permite a prisão em virtude da formação de quadrilha ou bando, do art. 288 do C.P., bem como, pela expressa previsão da supressão da liberdade pela prática de crimes contra o sistema financeiro nacional, da Lei nº 7.492 de 16 de junho de 1986.

Devemo-nos ater à realidade das prisões processuais no Brasil e em toda América Latina, aonde cerca de $\frac{3}{4}$ dos encarceramentos existentes, estão embasados em cautelares sem uma sentença com trânsito em julgado, como bem nos ensina Eugênio Raul Zaffaroni¹¹⁷.

As medidas cautelares pessoais perfazem-se comumente em penas cautelares, adiantando o poder punitivo estatal, muitas vezes não respaldado ao final por uma sentença condenatória, havendo “uma notória resistência dos tribunais em absolver pessoas que permaneceram em prisão preventiva”¹¹⁸.

Para Winfried Hassemer, tratando do direito alemão¹¹⁹:

¹¹⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução: Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2007. p. 70: “A característica mais destacada do poder punitivo latino americano atual em relação ao aprisionamento é que a grande maioria – aproximadamente $\frac{3}{4}$ - dos presos está submetida a medida de contenção, porque são processados não condenados. Do ponto de vista formal, isso constitui uma inversão do sistema penal, porém, segundo a realidade percebida e descrita pela criminologia, trata-se de um poder punitivo que a muitas décadas preferiu operar mediante a prisão preventiva ou por medida de contenção provisória transformada definitivamente em prática”.

¹¹⁸ Ibid., loc. cit.: “A medida cautelar é pena cautelar, ou seja, por precaução, o poder punitivo é exercido condenando-se materialmente todos os acusados a uma medida e revisando-se com grande parcimônia essas condenações, num processo que se arrasta anos a fio, com intuito de verificar se corresponde a uma pena formal. O desencarceramento ou a cessação da prisão preventiva ou provisional representa uma absolvição, pois corresponde a quase todos seus efeitos”.

¹¹⁹ HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**. Tradución: Patricia S. Ziffer. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. Centro de investigaciones de Derecho Penal y Filosofía Del Derecho, 1998. p. 101-102. Tradução: [...] o fato de que o “condenado normal” somente

[...] el hecho de que el “condenado normal” sólo sea condenado en un 13,2% a una pena privativa de libertad, pero los detenidos em prisión preventiva sean condenados en un 81,8% puede ser leído como una comprobación del prejuicio judicial frente a uma detención anterior [...]

Desta forma, profundo exercício hermenêutico faz-se premente com a significativa mudança de paradigmas vigentes na sociedade atual, quando a celeridade das relações econômicas e sociais, maculam preceitos basilares do Estado Democrático de Direito, na utilização das medidas cautelares pessoais, nos crimes contra a ordem econômica.

A corrente utilização da supressão provisória do *status libertatis* no decorrer da persecução penal nos crimes econômicos, vivificando-se “tratamento processual discriminatório para os imputados por crimes de empresa¹²⁰”, em choque com os parâmetros constitucionais, inviabiliza o intento de materializar o Brasil como um Estado Democrático de Direito.

5.1 A PRISÃO PREVENTIVA

A origem da prisão preventiva é anterior à própria pena privativa de liberdade, tendo seu ápice na idade média com a inquisição, baseando-se na “disponibilidade do corpo”, através da tortura física e psicológica, em busca da confissão¹²¹, sendo que o poder punitivo inquisitivo operava, cautelarmente, através do “seqüestro de Deus”¹²².

É necessário lembrar que a prisão na antiguidade não tinha a finalidade de apenar o acusado e sim “como local de retenção temporária”, surgindo com caráter

será condenado em 13,2% a uma pena privativa de liberdade, porém os detidos em prisão preventiva são condenados em 81,8% pode ser lido como uma comprovação do prejuízo judicial frente a uma detenção anterior [...].

¹²⁰ CÂMARA, 2006, p. 234.

¹²¹ DALABRIDA, Sidney Eloy. **Prisão preventiva**: uma análise à luz do garantismo penal. Curitiba: Juruá, 2004. p. 85.

¹²² ZAFFARONI, op. cit., p. 41: “Neste esquema, o seqüestro de Deus garante a legitimidade do conhecimento inquisitorial do *dominus*, pois, como se supõe que seu saber (poder) sempre se dirige ao bem, todo o poder que se exerce na procura desse saber não deve ser obstaculizado, uma vez que o mau significa, justamente, obstaculizar o bom. Desse modo o uso da violência fica autorizado – e inclusive se impõe – contra qualquer obstáculo (*objectus*) que se lhe oponha. Embora não pareça razoável comparar um inquisidor a um investigador científico, o certo é que tanto a tortura quanto a vivisseção são consideradas como um bem na *inquisitio*, porque o *dominus* garante, com isso, que a humanidade seja salva diante das emergências (Satã, enfermidade, degeneração etc.). Todo obstáculo ao saber inquisitorial do *dominus* é inimigo do bem e aliado do mal”.

de pena, com o Direito canônico pela prática de ilícitos religiosos por parte de membros do clero, que eram recolhidos em cela¹²³.

Atualmente, no Direito brasileiro, a prisão preventiva encontra-se inserida nos arts. 311 e seguintes do Código de Processo Penal¹²⁴. Podem requerê-la o Ministério Público e o querelante, podendo a autoridade policial também fazê-lo através de representação. Pode ainda o juiz decretá-la *ex officio*¹²⁵.

Caracteriza-se pela inexigibilidade do flagrante e pela amplitude de delitos, que podem gerar sua utilização, não elencados em *numerus clausus*, desde que apenados com reclusão, ou excepcionalmente, com a detenção¹²⁶.

No dizer de Luiz Antônio Câmara¹²⁷:

A prisão preventiva é a prisão cautelar por excelência, ou seja, diferentemente das outras espécies, pode (desde que presentes os necessários autorizativos) ter duração equivalente à do próprio processo, sendo possível afirmar que ela somente cessa, estando o encarcerado preso, com início da execução propriamente dita.

Conforme entendimento supramencionado, apesar de haver bom número de autores que dizem ser dispensável a conversão, a doutrina garantista é cabal em reiterar a necessidade de convalidação do ato supressor da liberdade, quando se tratar de medidas subcautelares, como é o caso da prisão em flagrante e prisão temporária, que necessitam para sua continuidade, nova decisão judicial que reconheça presente os requisitos da preventiva¹²⁸.

¹²³ PRADO, 2006, p. 539-540.

¹²⁴ BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941: “Art. 311. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial; Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”.

¹²⁵ PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2008. p. 745.

¹²⁶ MARTINS, 2008, p. 86.

¹²⁷ CÂMARA, 1997, p. 110.

¹²⁸ A necessidade de convalidação das subcautelares exigida por Câmara por mais de uma década, encontrou, finalmente, a possibilidade de adentrar ao direito pátrio, através do Projeto de Lei nº 4.208-C, ainda em trâmite, que em seu Art. 310 estabelece taxativamente que ao receber o auto de prisão em flagrante o juiz possui três opções: a) relaxar a prisão; b) conceder liberdade provisória; c) converter a prisão em flagrante em preventiva. Aury Lopes Junior, tratando do tema nos informa que: “Com isso sepultam-se, de vez, as absolutamente ilegais prisões em flagrante que perduravam por vários dias, muitas vezes até a conclusão do inquérito policial (!), sem a necessária decretação e fundamentação da prisão preventiva”. (LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 2 v. p. 159).

Denilson Feitoza Pacheco¹²⁹ conceitua a prisão preventiva nos seguintes termos:

[...] é uma prisão provisória, de natureza cautelar e processual, decretada pelo juiz, de ofício ou a requerimento, durante o inquérito policial ou processo penal, quando presente certos pressupostos ou requisitos legais.

A prisão preventiva tem como finalidade “impedir que eventuais condutas praticadas pelo alegado autor e/ou, por terceiros possam colocar em risco a efetividade do processo¹³⁰”, estando submetida “à cláusula da imprevisão”, podendo advir sua revogação ou renovação no transcorrer processual¹³¹. A supressão da liberdade de alguém ainda não condenado se justifica tão-somente, quando configurar-se no único meio de garantir a persecução¹³².

Jorge Henrique Schaefer Martins define-a nos seguintes termos ¹³³ :

Instrumento posto à disposição do Estado-juiz, a fim de que ele, no exercício da atividade jurisdicional, sendo competente para o conhecimento e eventual julgamento do fato em tese criminoso, analisando o caso concreto, utilizando-se da prerrogativa de discricionariedade que lhe é conferida, possa vir a determinar o encarceramento do agente.

No entanto, o mesmo autor supramencionado que utiliza o termo “discricionariedade”, consagra que “o direito à liberdade é absoluto na conformação dos princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais brasileiros ¹³⁴”, sendo dever do Estado cumprir seu “mister [...] e dar cabo de sua missão”, com respeito a dignidade humana, sem infração a direitos e garantias individuais ¹³⁵, posto terem os princípios o condão de proteger o cidadão do próprio Estado ¹³⁶.

Para sua injunção faz-se necessária a existência dos intitulados pressupostos extraprocessuais ou endoprocessuais, sendo que o primeiro abarcaria a garantia da

¹²⁹ PACHECO, loc. cit.

¹³⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2008. p. 432.

¹³¹ Ibid., p. 433.

¹³² Ibid., p. 432.

¹³³ MARTINS, 2008, p. 21.

¹³⁴ Ibid., p. 36.

¹³⁵ Ibid., p. 86.

¹³⁶ Ibid., p. 35: “Nesse contexto, tem-se que os princípios, os direitos, assim como as garantias, existem para assegurar ao ser humano a melhor convivência, a igualdade de condições, a liberdade em amplitude, protegendo-a do Estado em sua forma opressora”.

ordem pública e econômica, enquanto o segundo a conveniência da instrução criminal e a aplicação da lei penal¹³⁷.

O Supremo Tribunal Federal manifestou-se pelo caráter instrumental da medida nos seguintes termos¹³⁸:

Natureza instrumental. Sacrifício da liberdade individual. Excepcionalidade. Necessidade de se ater às hipóteses legais. Sentido do art. 312 do CPP. Medida extrema que implica sacrifício à liberdade individual, a prisão preventiva deve ordenar-se com redobrada cautela, à vista, sobretudo, da sua **função meramente instrumental**, enquanto tende a garantir a eficácia de eventual provimento definitivo de caráter condenatório, bem como perante a garantia constitucional da proibição de juízo precário de culpabilidade [...]. (grifo nosso)

Para Rogério Schietti Machado Cruz, citando Calamandrei, a prisão cautelar perfaz-se em “instrumento do instrumento”, com o objetivo de alcançar “a proteção dos meios ou dos resultados do processo”, o que poderá vir a sacrificar “interesses e direitos”¹³⁹.

No dizer de Sidney Eloy Dalabrida¹⁴⁰ constituem características das medidas cautelares em geral, além da jurisdicionalidade e da provisoriedade, a instrumentalidade hipotética que:

Funcionam como meios para garantirem a eficácia prática da decisão final, sendo adotadas em razão do processo, visando assegurar o seu processamento e utilidade do pronunciamento definitivo.

No entender de Denilson Feitoza Pacheco, para deferimento da medida cautelar, presentes devem estar os “pressupostos legais *lato sensu*”¹⁴¹:

a) pressupostos (*stricto sensu*), que demonstram o *fumus commissi delicti*;
b) fundamentos, que demonstram o *periculum libertatis*; c) condições de admissibilidade.

¹³⁷ CÂMARA, 2006, p. 242: “Assim, na doutrina, se convencionou dividir os pressupostos cautelares em dois grupos: pressupostos extraprocessuais (representados no Direito brasileiro pela já citada garantia da ordem pública e, também pela garantia da ordem econômica) e pressupostos endoprocessuais. A prisão com base naquela ordem de pressupostos atende, sem dúvida, a fins de prevenção geral ou defesa social. Calcada nos últimos, serve ao processo como cautela instrumental (oportuniza a formação adequada da prova) e final (garante a execução de provável sentença condenatória)”.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº87343/SP. São Paulo. Relator: Min. Cezar Peluso. Julgamento: 24 de abril de 2007. Órgão Julgador: Segunda Turma. Pacientes: Edson Cholbi do Nascimento. Impetrantes: Antonio Cláudio Mariz de Oliveira e outros. Autoridade Coatora: Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 mar. 2009.

¹³⁹ CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão cautelar, dramas, princípios e alternativas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 01.

¹⁴⁰ DALABRIDA, 2004, p. 55.

¹⁴¹ PACHECO, 2008, p. 745.

Para Denilson Feitoza Pacheco pode-se considerar que os pressupostos (*stricto sensu*) perfazem-se no indício suficiente de autoria e na prova de existência do crime. Os fundamentos que pressupõem o *periculum libertatis* são a garantia da ordem pública, econômica, aplicação da lei penal e conveniência da instrução criminal. As condições de admissibilidade abarcam: os crimes dolosos, punidos com reclusão; dolosos, apenados com detenção, quando o indiciado é vadio; no caso de dúvida sobre sua identidade; reincidência em crimes dolosos; crimes envolvendo violência doméstica, contra a mulher¹⁴².

No entanto, encontra-se em Luiz Antônio Câmara o correto entendimento, consagrado no direito pátrio e alienígena, acerca dos pressupostos processuais da prisão preventiva, quando nos informa que trata-se de uma medida cautelar que necessita de duplo pressuposto, sendo o primeiro de natureza probatória, designado pelo brocardo latino *fummus comissi delicti* (indícios de autoria e materialidade) e o segundo de natureza cautelar, o *periculum libertatis*, que perfaz-se na garantia da ordem pública, econômica, aplicação da lei penal e conveniência da instrução criminal¹⁴³.

Trata-se de “medida odiosa”, posto configurar-se meio de restrição da liberdade, sem uma sentença condenatória com trânsito em julgado, e, somente esta, tem o condão de legitimar a prisão¹⁴⁴.

A Constituição da República Portuguesa, em seu art. 28º, 2. determina taxativamente o caráter excepcional da medida¹⁴⁵:

A prisão preventiva tem natureza excepcional, não sendo decretada nem mantida sempre que possa ser aplicada caução ou outra medida mais favorável prevista na lei.

As medidas de “coacção”, para Canotilho, devem ser utilizadas dentro dos parâmetros principiológicos constitucionais, buscando entre as hipóteses, como de caução, apresentação periódica, permanência em habitação ou prisão preventiva, entre outras, aquela que melhor se adéque aos primados da proporcionalidade, necessidade, adequação e legalidade¹⁴⁶.

¹⁴² Ibid., p. 746-749.

¹⁴³ CÂMARA, 2006, p. 242.

¹⁴⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 3 v. p. 492.

¹⁴⁵ CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 486.

¹⁴⁶ CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 488.

No direito lusitano para a ocorrência cautelar da privação de liberdade, a pena em abstrato deve ser superior a três anos, sendo adotada quando outras medidas se mostrarem ineficazes¹⁴⁷, perquirindo uma finalidade estritamente processual¹⁴⁸.

Para Carlos Alberto Simões de Almeida, comentando o processo penal francês¹⁴⁹:

a regra base é a não aplicação de medida de controlo judiciário detentivas da liberdade pessoal, quando outras menos severas se mostrem adequadas aos fins do interesse público em vista.

A prisão preventiva na França, somente é aplicável em caso de crimes apenados com dois ou mais anos de prisão¹⁵⁰, sendo que no direito alemão existe a figura do juiz de instrução, que pode decretar a prisão preventiva para delitos de “acentuada gravidade”¹⁵¹.

Destaca-se, no sistema inglês, a necessidade de reapreciação judicial da medida cautelar, no prazo de 28 dias, quando analisar-se-á a necessidade da manutenção da medida constritiva da liberdade, propiciando a não manutenção da prisão, quando não mais ocorrerem os motivos ensejadores da cautelar¹⁵².

¹⁴⁷ ALMEIDA, Carlos Alberto Simões de. **Medidas cautelares e de polícia do processo penal em direito comparado**. Coimbra-PT: Almedina, 2006. p. 46.

¹⁴⁸ CANOTILHO; MOREIRA, op. cit., p. 488.

¹⁴⁹ ALMEIDA, op. cit., p. 94.

¹⁵⁰ Ibid., p. 95.

¹⁵¹ Ibid., p. 171-174: “A prisão preventiva é decidida pelo juiz de instrução e executada por mandado de captura. [...] No sistema alemão, a medida é aplicável se houver indícios sérios de que o arguido cometeu um crime grave [...].

¹⁵² Ibid., p. 227.

5.1.1 A Garantia da Ordem Econômica

A lei 8.884/94¹⁵³ inseriu no ordenamento pátrio, a hipótese de decretação da prisão preventiva para garantia da ordem econômica, com intento de “permitir a prisão do autor do fato que perturbasse o livre exercício de qualquer atividade econômica¹⁵⁴”.

Inaceitável é a decretação da segregação provisória com base em clamor público, mesmo que a origem da manifestação advenha da prática de ilícito contra a ordem econômica. No entender Gilmar Ferreira Mendes “o Supremo Tribunal Federal não tem aceito o clamor público como justificativa para a prisão preventiva”¹⁵⁵.

Trata-se de pressuposto extraprocessual, com fito exclusivo de “prevenção geral ou defesa social”, não se enquadrando nos denominados pressupostos endoprocessuais, que alcançam o processo com objetivo instrumental ou de cautela final¹⁵⁶.

Sidney Eloy Dalabrida¹⁵⁷ explica o que devemos entender por esta expressão:

A prisão para a garantia da ordem econômica, somente poderá ser decretada quando se tratar dos crimes previstos nas Leis 8.137/90, 8.176/91, 8078/90 e 7.492/86, e demais normas que referem à ordem econômica, como quer o art. 170 da Constituição Federal e seguintes c/c art. 20 da Lei 8.884/94.

Para Jayme Walmer de Freitas¹⁵⁸:

A possibilidade de prisão encontra aplicabilidade nas diversas hipóteses catalogadas nos arts. 20 e seguintes da própria Lei Antitruste, bem como em leis extravagantes, especificamente nas próprias leis tutelares da ordem econômica e no próprio diploma legal.

¹⁵³ BRASIL – Lei nº 8884, de 11 de junho de 1994. “Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências.” [...] Art. 86 - O art. 312 do Código de Processo Penal passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 312 - A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, **da ordem econômica**, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”. (grifo nosso)

¹⁵⁴ DALABRIDA, 2004, p. 99.

¹⁵⁵ MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 666: “É que a admissão desta medida, com exclusivo apoio na indignação popular, tornaria o Poder Judiciário refém de reações coletivas. Reação, estas, não raras vezes açodadas, atécnicas e ditadas por mero impulso ou passionalidade momentânea”.

¹⁵⁶ CÂMARA, 2006, p. 242.

¹⁵⁷ DALABRIDA, 2004, p. 99.

¹⁵⁸ FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 49.

A finalidade desta nova hipótese cautelar, perfaz-se na “contenção do crescimento da criminalidade econômica”, destituída de caráter instrumental, pois não almeja propiciar o correto tramitar da persecução, configurando-se um “mecanismo de punição antecipada¹⁵⁹”.

Toda a prisão preventiva deve ter um desiderato instrumental para a “realização do processo” ou para garantir seu exaurimento quando da sentença final, desta forma, a utilização da ordem econômica para supressão da liberdade “é um tanto esdrúxula, não porque ofenda à ordem jurídica, mas por ser extravagante tal acréscimo”¹⁶⁰.

Pode-se entender o direito penal econômico em sentido amplo, como aquele que tipifica condutas em relação “a produção, distribuição e consumo de bens e serviços”, abrangendo crimes falimentares, economia popular, ordem tributária entre outros¹⁶¹. No entanto “poucos são os crimes definidos especificamente com relação à ordem econômica”, sendo que o entendimento jurisprudencial tem migrado para uma análise que abarca a ordem pública, considerando o “abalo social” comumente considerado¹⁶².

Para Paulo Roberto Silva Passos¹⁶³:

¹⁵⁹ DALABRIDA, 2004, p. 99.

¹⁶⁰ TOURINHO FILHO, 2005, p. 512.

¹⁶¹ PACHECO, 2008, p. 749. “Em sentido amplo, o ‘direito penal econômico’ diz respeito aos crimes praticados na produção, distribuição e consumo de bens e serviços. Assim teríamos os crimes falimentares (Decreto-lei nº 7.661/1945, arts. 186 *et seq.*, agora estabelecidos nos arts. 168 e 178 da Lei nº11.101/2005, que é a nova ‘lei de falência’), crimes contra a economia popular (Lei nº 1521/51), crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo (Lei nº 8.137/90), crimes previstos no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990, arts. 61 *et seq.*), crime em matéria de propriedade industrial (atual 9.279, de 14.05.1996, em vigor a partir de 15.05.1997, antigo Decreto-Lei nº 7.903/1945, arts 169 *et seq.*) crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492/1986, arts 2º a 23), crimes da aplicação ilegal de créditos, financiamentos e incentivos fiscais (Lei nº 7.134/1983), crimes contra a ordem econômica (Lei nº 8.176, de 08.02.1991, que também cria o Sistema de Estoques de Combustíveis) e outros”.

¹⁶² *Ibid.*, loc. cit. “Em sentido amplo, o ‘direito penal econômico’ diz respeito aos crimes praticados na produção, distribuição e consumo de bens e serviços. Assim teríamos os crimes falimentares (Decreto-lei nº 7.661/1945, arts. 186 *et seq.*, agora estabelecidos nos arts. 168 e 178 da Lei nº11.101/2005, que é a nova ‘lei de falência’), crimes contra a economia popular (Lei nº 1521/51), crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo (Lei nº 8.137/90), crimes previstos no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990, arts. 61 *et seq.*), crime em matéria de propriedade industrial (atual 9.279, de 14.05.1996, em vigor a partir de 15.05.1997, antigo Decreto-Lei nº 7.903/1945, arts 169 *et seq.*) crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492/1986, arts 2º a 23), crimes da aplicação ilegal de créditos, financiamentos e incentivos fiscais (Lei nº 7.134/1983), crimes contra a ordem econômica (Lei nº 8.176, de 08.02.1991, que também cria o Sistema de Estoques de Combustíveis) e outros”.

¹⁶³ PASSOS, Paulo Roberto da Silva. **Da prisão e da liberdade provisória** – aspectos polêmicos – doutrina e jurisprudência. Bauru: EDIPRO, 2000. p. 65.

[...] há que se ponderar que a bipartição “ordem pública” – “ordem econômica”, não tem razão de existir. Com efeito, fazia parte da tradição de prisão preventiva a concessão da mesma, quando se necessitasse de garantir a “ordem pública”.

O direito português não abarca hipótese de prisão preventiva específica para a criminalidade econômica, prevendo fundamentos diversos¹⁶⁴. O sistema processual francês, de modo similar ao lusitano, não contempla hipótese de prisão provisória para acautelar a ordem econômica¹⁶⁵, o que também ocorre no direito alemão¹⁶⁶ e inglês¹⁶⁷.

Para Luiz Antonio Câmara¹⁶⁸:

A garantia da ordem econômica, conceito indeterminado ao qual especialmente a jurisprudência tem oferecido pouca importância, por caber, com tranquilidade no âmbito da expressão garantia da ordem pública, preexistente no mesmo dispositivo.

Como “conceito vago” de suma amplitude, é pressuposto que aparta-se do intuito instrutório, que é o de propiciar o correto trâmite à persecução penal, embasando-se em critérios outros, como obstar a recidiva, conter o clamor público, gerar expiação pela gravidade da infração, ou, a periculosidade do réu¹⁶⁹.

¹⁶⁴ ALMEIDA, 2006, p. 47: “Pretende-se que a medida cautelar seja residual excepcional, porquanto apenas admissível em caso de **crime doloso de pena de máximo superior a três anos** [...] exigível [...] os requisitos gerais de **fuga ou perigo de fuga; perigo de perturbação do decurso do inquérito ou da instrução; perigo de perturbação da ordem, da tranquilidade pública; ou perigo de continuação da actividade criminosa**”. (grifos do autor)

¹⁶⁵ Ibid., p. 95-96: “[...] quando considere que as demais medidas de controlo judicial são inadequadas ou insuficientes para garantir o normal desenvolvimento das investigações e do processo globalmente considerado, com tal medida pretende o legislador acautelar, nomeadamente: a) a conservação das provas e dos indícios materiais; b) as pressões sobre as vítimas ou sobre as testemunhas; c) a concertação entre o suspeito e seus cúmplices; d) a protecção do próprio visado; e) A continuação da actividade criminosa; f) A manutenção da pessoa à disposição da justiça; g) A preservação da ordem publica”.

¹⁶⁶ Ibid., p. 172 “No sistema alemão, a medida é aplicável se houver indícios sérios de que o arguido cometeu um crime grave, ou de que nele participou, e, (cumulativamente ou não) exista **risco de fuga, perigo de perturbação do processo, perigo para a aquisição da verdade** dos factos, ou **perigo de continuação da actividade criminosa**”. (grifos do autor)

¹⁶⁷ Ibid., p. 226-227: “Trata-se de medida cautelar aplicável quando: a) seja de prever, pelas concretas circunstâncias e pela personalidade do suspeito, que ele venha a furtar-se à acção penal; b) seja de presumir, pelas mesmas razões, o perigo de continuação da actividade criminosa; c) Exista risco de interferência perturbadora do suspeito na administração da justiça; d) Haja necessidade de acautelar que o arguido não venha a causar danos na integridade física de qualquer pessoa; e) Exista risco de dano em bens patrimoniais, se o suspeito se mantiver ou for restituído à liberdade; f) A aplicação, seja necessária para protecção do próprio visado”.

¹⁶⁸ CÂMARA, 2006, p. 236.

¹⁶⁹ CÂMARA, 2006, p. 242: “a garantia da ordem pública, conceito vago e indeterminado tem se esteado em critérios nitidamente estranhos ao processo no qual incide a cautela extrema. Funda-se destacadamente na possibilidade da reiteração, gravidade da infração, clamor público e periculosidade do réu”.

Entendimento similar é trazido por Sidney Eloy Dalabrida, para quem:

A idéia de ordem pública, em verdade, constitui um recurso retórico utilizado com o propósito de superar os limites impostos pelo princípio da legalidade estrita com o que se propicia ao magistrado um amplo poder discricionário.

Trata-se a *garantia da ordem econômica* de um tipo aberto, similarmente à ordem pública, consignando poder discricionário ao julgador no campo do direito penal¹⁷⁰, que regra o *jus libertatis*, maculando o princípio da legalidade.

O princípio da legalidade traduz-se como garantia constitucional que limita o arbítrio estatal protegendo a pessoa humana, motivo pelo qual “a incriminação genérica, vaga e indeterminada de certos fatos viola o princípio da legalidade”. Pelo princípio da taxatividade que é consectário da legalidade, o tipo deve identificar com clareza a conduta proibida. A situação é agravada nas denominadas cláusulas gerais, onde a indefinição é regra, “relegando ao magistrado o dever de legislar”¹⁷¹.

Verifica-se com tal extensão conceitual, o ferimento do que Luigi Ferrajoli denomina de “princípio de estrita legalidade” que é direcionada ao legislador, diverso do “princípio de mera legalidade” dirigida ao juiz, sendo que a ausência destes primados importa a incoerência de um sistema garantista¹⁷².

Para Luigi Ferrajoli¹⁷³:

Apenas se as definições legislativas das hipóteses de desvios vierem dotadas de referências empíricas e fáticas precisas é que estarão na realidade em condições de determinar seu campo de aplicação, de forma tendencialmente exclusiva e exaustiva.

A corrente utilização de tipos abertos, não delineados estritamente, repassa o poder de legislar ao julgador, debilitando o direito penal que deve estar amparado

¹⁷⁰ Vide enfoque do direito penal dado por: PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 25, para quem “O direito penal consiste na arma mais poderosa e incisiva de que se pode valer o Estado, pois priva os indivíduos de sua liberdade, que certamente constitui um de seus mais importantes direitos fundamentais. O Direito Penal não priva o indivíduo somente de sua liberdade, furtando-o, ainda, entre outras coisas, do contato com seus familiares, do direito de participar da vida política de sua comunidade, do prazer de acompanhar o desenvolvimento de seus filhos, que também sofrem os efeitos da punição, a se verem impedidos de compartilhar o cotidiano com o pai, e condenados a passar as restrições financeiras durante sua ausência.

¹⁷¹ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal, parte geral**. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2001. 1 v. p. 41-43.

¹⁷² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. Título original: *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. Tradução: Ana Paula Zomer Sica e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 39.

¹⁷³ Ibid., loc. cit.

em princípios que tenham como consectário leis ordinárias adequadas ao cabedal principiológico, impondo barreiras a “tipos confusos e abertos”¹⁷⁴.

Para Flávio Augusto Monteiro de Barros¹⁷⁵:

A doutrina contemporânea, de modo geral mostra-se infensa a essa amplitude de poder atribuída ao magistrado, num indisfarçável sentimento de hostilidade e rebeldia para com o sistema de cláusulas gerais.

Por tal motivo, compreende-se a crítica trazida por doutrinadores ao pressuposto extraprocessual da garantia da ordem econômica para a decretação da prisão preventiva, que se expressam cabalmente contrários a tipos abertos, por rivalizarem com o primado da legalidade, os quais exteriorizam extensa censura, utilizando termos como “esdrúxula”¹⁷⁶, “mecanismo de punição antecipada”¹⁷⁷, “conceito indeterminado”¹⁷⁸, “repetição do requisito ordem pública”¹⁷⁹, “inadequada”¹⁸⁰, etc.

A utilização da prisão preventiva, com fundamento na garantia da ordem econômica, configura-se na prévia execução da pena, “uma verdadeira pena antecipada”, descumprindo o princípio da presunção de inocência¹⁸¹. Na perspectiva apresentada, a garantia da ordem econômica demonstrou-se despida de qualquer caráter endoprocessual, configurando-se em um pressuposto extraprocessual¹⁸². No entanto, como é sabido, a prisão processual não pode carrear qualquer resquício de expiação, posto não haver uma sentença com trânsito em julgado e como consectário um imputado em estado de inocência¹⁸³.

¹⁷⁴ ZAFFARONI, 2007, p. 14-15.

¹⁷⁵ BARROS, 2001, p. 44.

¹⁷⁶ TOURINHO FILHO, 2005. p. 512.

¹⁷⁷ DALABRIDA, 2004, p. 99.

¹⁷⁸ CÂMARA, 2006, p. 236.

¹⁷⁹ PASSOS, 2000, p. 65.

¹⁸⁰ OLIVEIRA, 2008, p. 434.

¹⁸¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 1 v. p. 227.

¹⁸² CÂMARA, op. cit., p. 242.

¹⁸³ Tratando do tema, Alberto Silva Franco, demonstra a adequação do princípio da presunção de inocência com a supressão provisória da liberdade nos seguintes termos: “[...] a prisão preventiva, ao lado da prisão temporária [...] são formas de expressão do poder cautelar do Estado. O exercício desse poder, por parte do juiz, encontra suporte em dois requisitos básicos: o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. [...] Pelo segundo requisito, não se tem em mente o perigo que a demora do processo possa causar à pretensão punitiva estatal, mas, sim, o perigo que a liberdade do investigado ou do acusado possa acarretar para a manipulação da prova ou para a criação de situações que ponham em risco aquela pretensão punitiva. A conjugação desses dois requisitos, (*periculum libertatis* e *fumus commissi delicti*), torna necessário o exercício do poder de cautela que, em tal situação, se acomoda ao princípio constitucional da presunção de inocência”

Para Luis Geraldo Sant'Ana Lanfredi, as cautelares não podem assumir “funções que estejam reservadas à pena”¹⁸⁴:

Seus objetivos são, exclusivamente, intraprocessuais, eis que, não encontrando um fundamento imediato na idéia de justiça, só podem justificar-se em face de uma **inexorável necessidade**, nascente na realidade fenomênica. (grifo nosso)

Entende-se que a imposição de segregação provisória à liberdade, para a garantia da ordem econômica, somente encontra amparo em situações excepcionalíssimas, sob pena de desvirtuamento do princípio da legalidade, visto a *praxis* amalgamá-la erroneamente com o corolário da persecução finda, que é o apenamento do infrator. Destarte, compreende-se necessário suprimir do ordenamento tal hipótese de prisão preventiva, visto já se encontrar compreendida na garantia da ordem pública.

5.1.2 A Magnitude da Lesão Causada

A prisão preventiva evoluiu a partir do modelo inicial do Decreto-lei nº. 3.689/41, partindo de um regime cautelar que impunha a prisão obrigatória para uma aproximação a um regime persecutório democrático. No entanto, com o advento da Lei nº. 7.492/86¹⁸⁵, retroage-se, em relação aos direitos e garantias do imputado em virtude da criação de um fundamento diverso, amparado na magnitude da lesão causada¹⁸⁶.

A prisão cautelar em virtude da magnitude da lesão causada, consubstancia-se em “um pressuposto específico de natureza ambígua”¹⁸⁷, “podendo ele tanto apresentar natureza probatória quanto cautelar”, aparentado objetivar finalidade extra-processual¹⁸⁸. Deve-se estar atento ao fato de que, na *praxis*, a “gravidade da

¹⁸⁴ LANFREDI, 2009, p. 88.

¹⁸⁵ Vide Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, denominada Lei do Colarinho Branco, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional: “**Art. 30.** Sem prejuízo do disposto no artigo 312 do Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, a prisão preventiva do acusado da prática de crime previsto nesta Lei poderá ser decretada **em razão da magnitude da lesão causada**”.(grifo nosso)

¹⁸⁶ CÂMARA, 2006, p. 232-233.

¹⁸⁷ Ibid., p. 235.

¹⁸⁸ CÂMARA, op. cit., p. 243-244: “Assim, na doutrina, se convencionou dividir os pressupostos cautelares em dois grupos: pressupostos extraprocessuais (representados no Direito brasileiro pela já citada garantia da ordem pública e, também, pela garantia da ordem econômica) e pressupostos

infração” já respaldava a prisão preventiva, com base no fundamento da garantia da ordem pública, tratando-se de medida desnecessária, que demonstra, claramente, a intenção do legislador pátrio, em dirigir a persecução penal para uma classe econômica diferenciada¹⁸⁹.

Entendimento similar ao de Luiz Antônio Câmara professa Denilson Feitoza Pacheco ao asseverar que “de forma semelhante à garantia da ordem econômica, a noção de magnitude da lesão é associada ou reconduzida à de garantia da ordem pública”¹⁹⁰.

De forma diversa, entende Roberto Podval, para quem a garantia da ordem econômica tem o condão de evitar a continuidade delitiva. A magnitude da lesão causada, pelo contrário, tem aspecto unicamente retributivo, posto que “a magnitude da lesão é consequência do crime, fator que deve ser levado em consideração, para a aplicação da pena (art. 59 do Código Penal)”¹⁹¹.

Verifica-se que a vontade primeira do legislador, ao inserir a magnitude da lesão causada, como fundamento para a prisão preventiva, tinha como escopo evitar “o colapso do Sistema Financeiro”¹⁹². Apesar de modificado no transcorrer do processo legislativo, denota-se com tal assertiva, que o fato gerador para adequar-se ao fundamento *magnitude da lesão*, apesar de não precisar desestabilizar o Sistema Financeiro pátrio, deve ser de grande monta¹⁹³.

A lei nº. 7492/86 almejou ofertar um “critério especificista” com o novo pressuposto, porque a jurisprudência já havia formado entendimento de buscar-se, na garantia da ordem pública, a supressão da liberdade, em virtude da gravidade do delito cometido, não ocorrendo um critério determinado a estabelecer o montante

endoprocessuais. A prisão com base naquela ordem de pressupostos atende, sem dúvida, a fins de prevenção geral ou defesa social. Calcada nos últimos, serve ao processo como cautela instrumental (oportuniza a formação adequada da prova) e final (garante a execução de provável sentença condenatória).

¹⁸⁹ Ibid., p. 243.

¹⁹⁰ PACHECO, 2008, p. 750.

¹⁹¹ PODVAL, Roberto. Crimes contra o sistema financeiro. In: FRANCO, Alberto Silva et al. (Orgs.). **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 2 v. p. 569.

¹⁹² Ibid., loc. cit. “A intenção do legislador, como originalmente constava do Projeto da Câmara dos Deputados, era possibilitar a prisão preventiva quando se constituísse ela em um meio de coibir o colapso do Sistema Financeiro, como explica Manoel Pedro Pimentel: ‘Este dispositivo originou-se do Projeto da Câmara dos Deputados, que no art. 30 assim dispôs: sem prejuízo do disposto no art. 312 do CPP, aprovado pelo Dec.-lei 3.689, de 31.10.41, a prisão preventiva do acusado da prática de crime previsto nesta lei poderá ser decretada quando, em razão da magnitude da lesão causada pelo fato ou do clamor público por ele provocado, esteja configurada situação em que a liberdade do mesmo comprometa a segurança ou a credibilidade do Sistema Financeiro Nacional”.

¹⁹³ PODVAL, 1997, p. 569.

ensejador da cautelar, com valores oscilando entre três milhões e meio e um bilhão e meio de Reais¹⁹⁴.

De forma diversa, valor pecuniários ínfimos no contexto do Sistema Financeiro Nacional, não podem ser considerados de vastidão suficiente para abarcarem o fundamento *magnitude da lesão causada*¹⁹⁵.

A conjuntura social clama pela necessidade de regramento que abarque situações de extrema gravidade a proteger a ordem econômica, não obstante, figura-se essencial preservar o princípio da legalidade através de normas claras e precisas que protejam o direito à liberdade do cidadão¹⁹⁶.

Entendimento pretoriano corrente é de utilizar o pressuposto da magnitude da lesão causada para garantir a ordem pública, demonstrando que o critério ensejador da cautelar trazido pela Lei nº 7.492/86 é desnecessário, pois se encontra abarcado pela ordem econômica¹⁹⁷.

Quando a lei nº 7.492/86 que trata dos crimes contra o sistema financeiro nacional, inseriu esta nova possibilidade de decretação da prisão preventiva, com base na magnitude da lesão causada, criou-se “mais uma circunstância autorizadora da medida odiosa. Circunstância também esdrúxula”¹⁹⁸.

¹⁹⁴ CÂMARA, 2006, p. 245: “Assim, no âmbito dos Tribunais Superiores, tem-se que a magnitude da lesão pode ser autorizativa da prisão em valores que oscilam de R\$ 3.500.000,00 (três milhões e quinhentos mil Reais) cf. STJ – HC 24.798-MS – Rel. Min. Felix Fischer – j. em 17.12.2002 – DJU de 11.03.2003, até R\$ 1.574.805.000,00 (um bilhão, quinhentos e setenta e quatro milhões, oitocentos e cinco mil Reais), conforme decisão proferida pelo Min. Carlos Velloso, então presidente do STF no HCPR 80.228/RJ. Caso Marka/FonteCindam”.

¹⁹⁵ PODVAL, loc. cit.: “Saída do país com US\$ 200.000 americanos: impossibilidade. [...] A posse pelo acusado, que se preparava para embarcar para o exterior, de quantia de ordem de US\$ 200.000,00 (duzentos mil dólares americanos), mais de noventa por cento em cheques de viagem, embora possa configurar tentativa do crime previsto no art. 22, parágrafo único, da Lei 7.492/86, não justifica a prisão preventiva com fundamento no art. 30 da mesma lei, posto que a magnitude da lesão, ali referida, não está configurada. Ordem de habeas corpus concedida (TRF – HC 511 – Rel. Juiz Hugo Machado – Lex 88:473)”.

¹⁹⁶ PACHECO, 2008, p. 750: “Talvez a legislação não deva eliminar qualquer possibilidade de enfrentamento dessas situações mais graves. A regra certamente é, na realidade (e deveria ser na legalidade), a possibilidade de o suposto agente voltar a delinquir, bem como de o suposto agente praticar condutas para evitar a possível punição penal, seja por meio de condutas interventivas sobre a investigação criminal ou o processo penal, seja por intermédio de condutas evasivas quanto à futura execução penal. Contudo, deve haver alguma previsão legal para abranger essas situações de extrema gravidade, vistas especificamente pela perspectiva social, ainda que não se disponha de dados individuais que nos levassem à probabilidade de voltar a delinquir”.

¹⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 80717. Rel. Sepúlveda Pertence UF: SP - São Paulo. DJ 05-03-2004. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/juris/>>. Acesso em: 29 abr. 2009. “Verificados os pressupostos estabelecidos pela norma processual (CPP, art. 312), coadjuvando-os ao disposto no art. 30 da Lei nº 7.492/86, que reforça os motivos de decretação da prisão preventiva em razão da **magnitude da lesão causada**, não há falar em revogação da medida acautelatória. A necessidade de se **resguardar a ordem pública** revela-se em conseqüência dos graves prejuízos causados à credibilidade das instituições públicas”. (grifo nosso)

¹⁹⁸ TOURINHO FILHO, 2005, p. 513.

Deve ficar claro que a decretação da prisão daquele acusado de gerar prejuízo de grande magnitude, não irá “minimizar os efeitos [...] carecendo de qualquer caráter instrumental”¹⁹⁹. Caso o objetivo fosse recuperar o prejuízo, outros meios mostram-se mais apropriados como o “bloqueio de contas bancárias, arresto ou indisponibilidade de bens”²⁰⁰, visto que as medidas – reais e pessoais - podem ser adotadas contemporaneamente.

No entender de Tourinho Filho²⁰¹:

A medida, aqui objetiva, apenas, retoricamente, satisfazer o delírio e o desvairamento do povo (ou do povão, como se costuma dizer) quando vê uma pessoa de certo prestígio social ser presa. Seu contentamento nesses casos torna-se indescritível, a cegueira popular atinge as raias de um regozijo imensurável. E há Juízes (minoría, mas há) que se comprazem em tomar essas medidas esdrúxulas com o desejo insopitável de sair do obscurantismo.

Eugênio Pacelli de Oliveira tece críticas nos seguintes termos²⁰²:

[...] a magnitude da lesão não seria amenizada nem diminuídos seus efeitos com a simples prisão preventiva de seu suposto autor. Se o risco é contra a ordem econômica, a medida cautelar que nos parece mais adequada é o seqüestro e a indisponibilidade dos bens dos possíveis responsáveis pela infração.

Podem estar presentes pressupostos cautelares que imponham a prisão e, também, se revelar necessária medida constritiva de bens. O que não se compreende é a utilização da prisão processual embasada na magnitude da lesão causada, quando medidas cautelares reais supram o escopo processual almejado.

Considerando que a intenção do legislador, de obstar a liberdade do acusado, tenha sido evitar a recidiva, evitando prejuízo ainda maior à ordem econômica pela magnitude da lesão já causada, “a questão poderia facilmente se deslocar para a proteção da ordem pública, já prevista antes da Lei nº 8.884/94²⁰³”.

Em virtude da amplitude conceitual, o termo *magnitude da lesão causada* pode ser denominado de “disposições de sentido instável, constituídas por normas com modulação variável, adaptáveis a momentos históricos e vontades comunitárias

¹⁹⁹ DALABRIDA, 2004, p. 99.

²⁰⁰ TOURINHO FILHO, op. cit., p. 514.

²⁰¹ Ibid., loc. cit.

²⁰² OLIVEIRA, 2008, p. 435.

²⁰³ OLIVEIRA, 2008, p. 436.

diversas”, que encontram óbice em sua utilização quando dirigidas a cercear o *jus libertatis*, posto repassar ao judiciário a possibilidade de adequação discricionária²⁰⁴.

Quando se trata do poder cautelar dever-se-á ater ao fato de que sua pretensão “é a de minimizar os efeitos do tempo sobre o processo” com caráter de provisoriedade, o que significa que sua continuidade depende da manutenção do fato gerador, incorrendo qualquer característica retributiva ou preventiva geral²⁰⁵.

A persecução penal nos crimes contra o sistema financeiro e, por conseguinte, na utilização do pressuposto cautelar *magnitude da lesão causada*, deve adequar-se a toda principiologia constitucional, o que a *praxis* tem demonstrado inoquer²⁰⁶.

Consciência deve-se ter de que se trata de preceitos de direito público, que regulam o *jus libertatis* do ser humano, em momento anterior ao exaurimento de um processo, com a concludente sentença transitada em julgado. Dessarte, todo desvelo é parco, sob pena de se migrar para as denominadas cláusulas gerais, verdadeiros tipos abertos com caracteres proteiformes²⁰⁷, que peregrinam pelo sistema jurídico, em constante metamorfose exegética, diferenciando-se de uma norma concreta, literal e casuística²⁰⁸.

²⁰⁴ CÂMARA, 2006, p. 244-245.

²⁰⁵ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 360-361: “Hoje, já não pode restar a menor dúvida de que a prisão provisória em nosso direito tem a natureza acautelatória, destinada a assegurar a eficácia da decisão a ser prolatada a final, bem como a possibilitar regular instrução probatória. Trata-se de tutelar os meios e os fins do processo de conhecimento, e, por isso mesmo, de tutela da tutela. [...] Características [...]: a) acessoriedade: em razão de o processo ou medida cautelar encontrar-se sempre vinculado ao resultado do processo principal; b) preventividade: vez que se destina a prevenir a ocorrência de danos enquanto o processo principal não chega ao fim; c) instrumentalidade hipotética: expressão usada pela primeira vez pelo grande Calamandrei em seu célebre livro *introduzione allo Studio Sistemático dei Provvedimenti Cautelari*, Padova, Cedam, 1936, p. 89. Isto porque a tutela cautelar pode incidir sem que o seu beneficiário, ao final do processo principal, tenha efetivamente reconhecido o direito alegado, que surge apenas como viável ou provável; d) provisoriedade: sua manutenção depende da persistência dos motivos que evidenciaram a urgência da medida necessária à tutela do processo”.

²⁰⁶ CÂMARA, op. cit., p. 231: “O processo penal adequado á investigação de tais condutas ilícitas não convencionais deve adequar-se às diferenciações impostas pelas condutas delitivas. Contudo, deve atender aos ditames constitucionais regentes do devido processo legal e das garantias a ele ligadas. Tal, entretanto, não ocorre nos crimes contra o sistema financeiro nacional, onde as medidas cautelares pessoais não obedecem as garantias constitucionais da ampla defesa, do contraditório e da presunção de inocência”.

²⁰⁷ Vide Judith Martins Costa quando trata das cláusulas gerais como proteiformes. (1999, p. 273.). “[...] lembra o mito da luta entre Menelau o deus marinho Proteu, cujo poder residia na circunstância de assumir, a cada momento uma diversa figura. São proteiformes as cláusulas gerais porque assumem, seja qual for o ângulo de análise do estudioso, uma diversa significação. São proteiformes, também, porque o exame de suas significações traz consigo uma longa lista de problemas nucleares à teoria do direito e a dogmática jurídica, afastando, assim, qualquer reducionismo ou simplificação na sua análise.

²⁰⁸ Ibid., p. 274: “As cláusulas gerais constituem o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de *standarts*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das

Denilson Feitoza Pacheco conclui seu entender da seguinte forma:

A situação, portanto, é de restrição e especificação quanto à generalidade das infrações penais. Entretanto, pensamos que também deva ocorrer uma ampliação das hipóteses legais, para abranger tais situações de extrema gravidade, por meio de uma previsão legal a mais clara e específica possível, de modo a preservar o princípio da legalidade.

Desta forma, para Denilson Feitoza Pacheco o cerne da questão envolvendo a magnitude da lesão, circunda o fato de sua imperfeita amplidão e, como tal, o ferimento do princípio da legalidade. Por outro lado, conclui, que a solução não se encontra em extinguir tal hipótese de prisão processual, mas delimitar sua abrangência ao extremo, adequando-se tão-somente a situações de gravidade máxima.

Conforme entendimento do STJ, deve-se considerar que a magnitude da lesão causada não configura motivo, por si só, para a decretação da prisão preventiva, quando incurrerem os demais requisitos do art. 312 do CPP. Não se pode, simplesmente, suprimir a liberdade do imputado pela vastidão pecuniária envolvida no caso concreto²⁰⁹.

Para o Superior Tribunal de Justiça²¹⁰:

A magnitude da lesão causada (prejuízo que ultrapassou a órbita de um bilhão e meio de reais aos cofres públicos), desde que aliada aos demais requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, é fator capaz de influenciar na decisão que examina o pedido de prisão preventiva do acusado. Inteligência do artigo 30 da Lei 7.492/1986.

Por outro lado, sem olvidar de uma análise cautelar garantista, em relação à magnitude da lesão causada como fundamento da prisão preventiva, deve-se estar atento para Sánchez Ríos quando informa acerca da necessária “prevenção da criminalidade econômica”, por seu resultado gravoso à sociedade, devendo haver

normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando sua sistematização no ordenamento positivo”.

²⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 772504/PR. Relator: Ministro Felix Fischer. 5ª T., j. 12-09-2006. DJ 20 de novembro de 2006: Ementa Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 mai. 2009. [...] I-A prisão preventiva deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de seu *jus libertatis* antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado. É por isso que tal medida constritiva só pode ser decretada se expressamente for justificada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal. [...] III- O art. 30 da Lei 7.492/86, **ao mencionar a magnitude da lesão supostamente causada pela prática, em tese, criminosa, não dispensa, para a imposição da custódia cautelar, os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal (Precedentes)**”. (grifo nosso).

²¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* Nº. 200801569208. Rel. Min. Jane silva. UF: Distrito Federal. Órgão Julgador: Terceira Seção Data da decisão: 22 de outubro de 2008. Documento: STJ000352914.

um direito penal econômico que enfrente tal escopo, apesar das barreiras advindas da “cultura permissiva” em relação aos delitos contra a ordem econômica²¹¹. Tal intento deve ancorar-se na fiel observância dos primados constitucionais, “no fiel respeito aos princípios penais de garantia²¹²”.

Diversamente dos tipos penais incriminadores inseridos na Lei nº 7.492/86, que não são objeto de análise neste estudo, conclui-se que a prisão preventiva com fundamento na magnitude da lesão causada, “é flagrantemente inconstitucional.²¹³”

5.2 A PRISÃO TEMPORÁRIA

A lei nº 7.960 de 21-12-1989, dispõe sobre a prisão temporária²¹⁴, tratando-se de uma “prisão provisória, de natureza cautelar e processual penal”, com o intuito de possibilitar a investigação no transcorrer do inquérito policial, para crimes considerados graves. Surgiu com a finalidade de garantir a persecução penal na fase inquisitorial com o fim da prisão para a averiguação, pós Constituição de 1988, quando passou a figurar crime de abuso de autoridade²¹⁵.

²¹¹ RÍOS, 2000, p. 447.

²¹² Ibid., p. 437-438.

²¹³ PODVAL, 1997, p. 569: “Concluir-se daí que o legislador, ao criar nova hipótese de prisão preventiva, não apenas extrapolou os limites da prisão cautelar (necessária para evitar maiores prejuízos), como exigiu do aplicador um juízo de culpabilidade, verdadeira antecipação dos efeitos da condenação, incompatível com o princípio da presunção de inocência. Este dispositivo do art. 30 é flagrantemente inconstitucional, sua aplicação virá a macular todos os atos processuais que se lhe seguirem”.

²¹⁴ Lei nº 7.960, de 21-12-1989: “Art. 1º. Caberá prisão temporária: I- quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II- quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; III- quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º); b) seqüestro e cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º); e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput e, parágrafo único); g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); h) rapto violento (art. 219, e sua combinação como o art. 223, caput, e parágrafo único); i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com o art. 285); l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956) em qualquer de suas formas típicas; n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976); crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

²¹⁵ PACHECO, 2008, p. 770.

No entender de Alberto Silva Franco²¹⁶, a Lei nº 7.960/89 “padece de vício de origem”:

[...] originou-se de uma medida provisória baixada pelo Presidente da República e, embora tenha sido convertida em lei, pelo Congresso Nacional, representou uma invasão na área da competência reservada ao Poder Legislativo. Pouco importa a aprovação pelo Congresso Nacional da medida provisória.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, instalou-se em nosso ordenamento “um regime de maximização dos direitos e garantias fundamentais”, que, logo em seguida, sofreu gravame pela aprovação da Lei nº. 7.960/89 que estabeleceu a prisão temporária, substituta da prisão para averiguação, em virtude de “cadeia reativa com o objetivo explícito de limitar direitos e garantias fundamentais”²¹⁷.

Sua origem tem característica autoritária, no dizer de Tourinho Filho²¹⁸:

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

Trata-se de uma prisão processual consecutória “de uma política criminal conhecida como Law and order”, para fazer frente à crescente criminalidade²¹⁹, que em desacordo com o texto constitucional recém posto, “se instalou de molde a restringir os direitos individuais”²²⁰, buscando a ampliação da prisão provisória “a um maior número de casos, como uma resposta imediata ao crime”²²¹.

²¹⁶ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**: notas sobre a Lei 8.072/90. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 112.

²¹⁷ CÂMARA, 2006, p. 233-234.

²¹⁸ TOURINHO FILHO, 2005, p. 513.

²¹⁹ LANFREDI, Luís Geraldo Sant’Ana. **Prisão temporária** – análises e perspectivas de uma releitura garantista da Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 104. No mesmo sentido, vide Luiz Antônio Câmara (2006, p. 234), para quem: “Pode-se afirmar que, tendo recém entrado em vigor a Constituição Democrática de 1988, essa foi a primeira vitória das forças nominadas conservadoras por alguns ou expressivas do movimento da lei e da ordem, por outros. Cuida-se de primeira manifestação reativa do legislador ordinário em oposição à materialização do Estado Democrático de Direito”.

²²⁰ CÂMARA, 1997, p. 158.

²²¹ PALHARES, Cinthia Rodrigues Menescal. **Crimes tributários**: uma visão perspectiva de sua despenalização. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 170: “O Movimento da Lei e da Ordem, cujas idéias básicas são: a pena funciona como retribuição; numa concepção antiquada, castigo e expiação, a exemplo daquela adotada no art. 59 do Código Penal (‘necessário’ para a ‘reprovação do crime’); os crimes hediondos ou atozes devem ser punidos com as mais severas e duradouras sanções, concepção que resultou na Lei 9.072/90 – Lei dos crimes hediondos; as penas privativas de liberdade, nos crimes violentos, devem ser cumpridas em estabelecimento de segurança máxima,

Apesar de sua produção legislativa estar “negativamente influenciada pelo rastro da política criminal conhecida como *law and order*”, sua utilização deverá cercar-se dos primados constitucionais que regem as cautelares pessoais para atingir sua finalidade nas investigações do inquérito policial²²².

Tal instituto cautelar cinge-se exclusivamente à fase inquisitorial, posto tutelar as investigações policiais em trâmite, não podendo ser utilizada na persecução penal *in judicio*²²³, configurando-se em medida subcautelar²²⁴, reduzida ao momento que restou imprescindível para as investigações do inquérito policial²²⁵, devendo a autoridade policial imediatamente colocar em liberdade o imputado quando vencido o prazo legal, independentemente de autorização judicial²²⁶.

O prazo da prisão temporária é de 5 (cinco) dias prorrogáveis por igual período e, no caso de crimes hediondos ou equiparados, 30 (trinta) dias prolongáveis por mais 30 (trinta). Exaurido o lapso temporal, deve o indiciado ser colocado imediatamente em liberdade, sob pena da prática de ilícito penal, pelo indevido encarceramento²²⁷.

Para a decretação da prisão temporária, necessário se faz presente os requisitos, do inciso I da Lei nº 7.960/89 (imprescindível para as investigações do inquérito), ou do inciso II (indiciado sem residência fixa ou identificação), sempre acrescidos da prática de um dos tipos penais elencados em *numerus clausus* no inciso III²²⁸.

Para Eugênio Pacelli de Oliveira a existência do inciso II da Lei nº 7.960/89 é desnecessária²²⁹:

A nosso juízo, o inc. II é absolutamente redundante, no ponto em que expressa uma das várias hipóteses enquadráveis no inc. I, no qual se afirma

submetendo-se o condenado a um regime do mais extremo rigor; **a prisão provisória deve ser ampliada a um maior número de casos, como uma resposta imediata ao crime**; o controle judiciário na individualização da pena, bem como o controle judicial de sua execução devem ser reduzidos”.

²²² LANFREDI, op. cit., p. 250.

²²³ MENDES, 2008, p. 669.

²²⁴ CÂMARA, op. cit., p. 148: “[...] dependem, para ter eficácia posterior, de convalidação pela autoridade judicial, ou melhor, de conversão para a condição de prisão preventiva.

²²⁵ Ibid., p. 159.

²²⁶ MARTINS, 2008, p. 85.

²²⁷ BRASIL. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7960.htm>. Acesso em: 05 mar. 2009. “Dispõe sobre a prisão temporária. Art. 4º. O art. 4º da Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, fica acrescido da alínea i, com a seguinte redação: Art. 4º [...] i) prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade;”

²²⁸ PACHECO, 2008, p. 770.

²²⁹ OLIVEIRA, 2008, p. 446.

a necessidade da prisão temporária com fundamento na imprescindibilidade da investigação policial.

Devemos nos ater ao fato de que o requisito legal, da “residência fixa”, não demanda a necessidade de um endereço determinado e único. Havendo, por algum meio, a possibilidade de encontrar o indiciado, ou seja, “sendo o indivíduo localizável, sua residência é fixa”²³⁰.

Atenção deve ser dada ao fato de que o Decreto 678/92²³¹ ao promulgar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)²³², revogou a segunda parte do inc. II do art. 1º da Lei n 7.960/89, que permitia a supressão da liberdade, quando o indiciado não fornecesse elementos para sua identificação²³³.

Para Carlos Kauffmann²³⁴:

Portanto, caso o indiciado se recuse a fornecer qualquer elemento necessário ao esclarecimento de sua identidade, ele não poderá ser compelido a fazê-lo pela prisão temporária.

A amplitude do direito ao silêncio, pode bem ser demonstrada no caso *Dickerson v. United States*, cuja decisão foi proferida pela Corte Federal de Apelações nos Estados Unidos, “aceitando a moção de supressão” para desconsiderar confissão ocorrida sem os “alertas de Miranda”, no caso de um réu acusado de roubos a bancos entre outros crimes de repercussão²³⁵.

²³⁰ KAUFFMANN, Carlos. **Prisão temporária**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 129.

²³¹ BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Art. 1º- A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, apensa por cópia ao presente decreto, deverá ser cumprida tão inteiramente como nela se contém. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao>>. Acesso em: 03 mar. 2009.

²³² Convenção Americana de Direitos Humanos de 22.11.1969 - Pacto de San José da Costa Rica. Ratificada pelo Brasil em 25.09.1992: “[...] Artigo 8º- Garantias judiciais – [...] §2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas. [...] §9. **Direito de não ser obrigada a depor contra si mesma**, nem a confessar-se culpada”. (grifo nosso)

²³³ KAUFFMANN, op. cit., p. 129.

²³⁴ Ibid., loc. cit.

²³⁵ RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de processo penal norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 279: “Alertado pela decisão proferida em *Miranda v. Arizona*, no qual a corte estabeleceu que certos alertas precisam ser feitos ao suspeito antes de ele dar declarações, enquanto preso, no âmbito de um interrogatório policial, para que essas declarações possam ser admitidas como evidência, o Congresso editou o 18USC § 305, o qual, essencialmente, estabelece que estas declarações são admissíveis como evidência, desde que fique claras que elas foram dadas voluntariamente. O requerente do *writ of certiorari*, indiciado pela prática de roubos a bancos e outros crimes federais conexos, pretendeu a supressão de declarações que deu ao Birô Federal de Investigações, baseado no argumento que não recebeu os “Alertas de Miranda”.

No ordenamento jurídico italiano, encontramos instituto similar ao da prisão temporária, que modificou-se por diversas vezes, encontrando barreiras na praxis forense, sofrendo constantes modificações nas últimas décadas²³⁶.

Depreende-se, na Itália, uma extremada preocupação com o *jus libertatis*, tanto que a Constituição é taxativa em estabelecer critérios rígidos, para a limitação da liberdade individual. A Lei Delegada de n. 32 e n. 34 trata do *fermo*, exclusivamente para crimes graves, impondo dever ao Ministério Público de devolver a liberdade ao imputado, quando não presentes os motivos para imposição deste, havendo juízo de convalidação da medida restritiva de liberdade, frente ao juiz²³⁷.

No direito pátrio, o escopo desta subcautelar é colocar o imputado à disposição da autoridade policial, gerando ampla possibilidade de produção probatória desfavorável àquele que teve a liberdade suprimida, ocorrendo o interrogatório, depoimentos e a reconstituição sob a pressão da manutenção do cárcere²³⁸.

Para a prisão temporária atingir seu real intento, preceitos constitucionais devem ser descumpridos, como do direito ao silêncio, cuja prática obtém anuência do judiciário, demonstrando que nesta fase da *persecutio criminis*, o imputado é colocado na situação de objeto e não de sujeito de direitos²³⁹.

Para Luiz Antonio Câmara²⁴⁰:

[...] a prisão temporária é antidemocrática e, talvez, sob essa ótica, inconstitucional, [...] se revelou compensatória do não exercício de direitos e garantias fundamentais, no sentido de possibilitar à autoridade investigante que maneje para fins de ampliação do prazo de sua duração.

Nos parâmetros apresentados, para manter-se sincronizada com o garantismo e, devidamente adequada ao texto constitucional, deverá atender a existência dos requisitos: *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*. Através deste último, ter com como objeto a “garantia do regular andamento das investigações criminais”²⁴¹.

²³⁶ CÂMARA, 2006, p. 237-238.

²³⁷ LANFREDI, 2009, p. 151-152: “Na audiência de convalidação, depois de ouvir o Ministério Público e promover o interrogatório do indiciado, o juiz decidirá sobre a legalidade da detenção, deliberando pela conversão da ordem em arresto ou pela imposição de alguma outra medida coercitiva, ou ainda restituindo a liberdade ao investigado (art. 391 do Codice de Procedura Penale)”.

²³⁸ CÂMARA, op. cit., p. 238-239.

²³⁹ CÂMARA, 2006, p.238-239.

²⁴⁰ Ibid. loc. cit.

²⁴¹ LANFREDI, 2009, p. 251-252.

Luis Geraldo Sant`Ana Lanfredi resume com proficiência o correto agir do hermeneuta²⁴²:

A preocupação do intérprete sintonizado com os princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito deve ser a de conferir à prisão temporária delineamento conforme a uma providência processual genuinamente cautelar.

Na atual conjuntura social, cabe ao Estado não efetivar-se em percursor da violência²⁴³. Pelo contrário, tem a obrigação e o dever de combater a “lógica do sofrimento” que vigora no sistema pátrio, quando se utilizam as prisões processuais com desvio de finalidade, de forma desnecessária e continuada, em caráter evidentemente retributivo, buscando demonstrar à comunidade, por meio destas cautelares, o combate à criminalidade²⁴⁴.

Conclui-se que a prisão temporária não possa ser mantida por ser marcadamente contrária à Constituição. Se ela somente atinge seus intentos quando são ignorados direitos individuais com redução exagerada de seu núcleo mínimo, é clara sua inconstitucionalidade.

5.2.1 Os Crimes Contra o Sistema Financeiro

A Constituição da República Federativa do Brasil dispõe acerca do Sistema Financeiro Nacional no art. 192²⁴⁵, tendo como finalidade fomentar o desenvolvimento do país de forma estável, intentando alcançar os interesses da

²⁴² Ibid., loc. cit.

²⁴³ CRUZ, 2006, p. 4

²⁴⁴ Ibid., p.12: “O que tem isso a ver com o tema da prisão cautelar? Tem tudo a ver, porque quando se recolhe alguém preso a uma delegacia ou a um estabelecimento prisional, não está a comunidade a indagar se se cuida de prisão-cautela ou prisão-pena; se o preso está cumprindo pena ou se tão somente sendo preso de modo provisório. Esses detalhes técnico-jurídicos não apenas são incompreensíveis à população, como também são irrelevantes. O que vale para o homem do povo é a visão do autor de um crime sendo privado de sua liberdade logo em seguida ao fato, o que, de algum modo, já lhe soa como uma punição. Mantê-lo solto implica não apenas a idéia da impunidade, mas, além disso, a idéia de que o crime não encontra qualquer resposta efetiva por parte do Estado. [...] Registre-se, então, que essa **lógica do sofrimento** é plenamente compatível com nossa cultura [...]”. (grifo nosso)

²⁴⁵ Vide a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 192, Capítulo IV, quando trata do Sistema Financeiro Nacional, em seu art. 192: “O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram. Redação dada ao artigo pela Emenda Constitucional nº 40, de 29.5.03”.

sociedade. Trata-se do primeiro texto constitucional a inserir, em capítulo próprio, tal dispositivo, o que não pode ser analisado de forma unitária, devendo adequar-se aos preceitos da ordem econômica, do art. 170, que dispõe, dentre outros primados, da livre iniciativa e a valorização do trabalho²⁴⁶.

Para Ali Mazloun²⁴⁷:

Pode-se afirmar que o Sistema Financeiro Nacional, patrimônio pertencente a toda coletividade, é o bem jurídico a ser tutelado pela Lei. 7.492/86. Trata-se de um bem jurídico supra-individual, cuja tutela interessa à coletividade.

Por sua vez, a prisão temporária regradada pela Lei. 7.960/89, insere no inciso III, rol de delitos cuja “indicação legal é taxativa e exaustiva”, não cabendo seu alargamento com outras condutas criminosas. Em havendo imprescindibilidade para as investigações do inquérito policial, poderá a autoridade policial ou o Ministério Público, valer-se deste instrumento para a abolição transitória da liberdade, cujo ínterim, em regra, é de cinco dias.

Entre os delitos elencados em *numerus clausus*, encontram-se os crimes contra o sistema financeiro, cujas descrições, capazes de restringir a liberdade, estão elencadas na Lei 7.492/86²⁴⁸, demonstrando uma mudança na política criminal pátria, posto ter “como marca o fato de apontar para uma sujeição ativa e forma de execução diferenciadas: a prática de crimes não violentos com elaborações sutis e utilização de meios sofisticados”²⁴⁹.

Tal regramento demonstra clara preocupação com uma recente criminalidade, denominada *crimes de colarinho branco*, procurando direcionar a persecução penal para a denominada “macrocriminalidade”, o que não encontrava ressonância no direito pátrio²⁵⁰. Por outro lado, no dizer de Roberto Podval, ocorre “a chamada fúria acusatória e punitiva que é tão ou mais negativa que a própria impunidade, pois viola os princípios constitucionais tão dificilmente conquistados”. Não se almeja com tal crítica, desconstituir a importância da criminalização de condutas que maculem a

²⁴⁶ MAZLOUM, 2007, p. 25-26.

²⁴⁷ Ibid., p. 43.

²⁴⁸ Vide lei 7.492, de 16 de junho de 1986, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional, descrevendo amplo rol de condutas delituosas, entre muitas outras, a de gerir fraudulentamente instituição financeira, com pena de 3 a 12 anos; imprimir, reproduzir ou fabricar irregularmente título mobiliário, com pena de 2 a 8 anos; divulgar informação falsa sobre instituição financeira, reclusão de 2 a 6 anos; operar sem autorização instituição financeira, com pena de 1 a 4 anos; obter mediante fraude, financiamento em instituição financeira, com pena de 2 a 6 anos; evasão de divisas mediante operação de câmbio não autorizada, com pena de 2 a 6 anos.

²⁴⁹ CÂMARA, 2006, p. 233.

²⁵⁰ PODVAL, 1997, p. 535.

ordem econômica, no entanto, o que não se admite é a corrente utilização de tipos penais abertos, crimes de perigo abstrato e como consectário a responsabilidade objetiva, ferindo com isso o princípio da legalidade²⁵¹.

A lei 7.492/86 é repleta de imperfeições, tanto que no momento da sua aprovação sofreu veementes críticas dos integrantes da Câmara Federal e, inclusive, do então Presidente da República que a promulgou demonstrando intento de modificá-la com celeridade, o que oportunamente não veio a ocorrer²⁵².

Não obstante tal fato, denota-se, também, o ferimento do princípio da proporcionalidade na utilização da cautelar pessoal trazida pela Lei. 7.960/89, visto que da análise dos tipos que estão inseridos na lei em apreço, constata-se a improbabilidade de um efetivo cerceamento da liberdade²⁵³.

Com exceção do crime gestão fraudulenta de instituição financeira, todos os demais delitos da lei de colarinho branco tem como pena mínima o limite de dois anos. Advindo disso, torna-se passível, em tese, de suspensão condicional da pena, quando aplicada no patamar menor²⁵⁴.

Destarte, para o não ferimento do princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, a prisão temporária embasada na prática de crime contra o sistema financeiro nacional, não poderá importar “execução antecipada da pena”, reclamando finalidade endoprocessual ou extraprocessual, nos limites principiológicos constitucionais²⁵⁵.

5.2.2 O Crime de Quadrilha ou Bando

²⁵¹ Ibid., p. 535-536.

²⁵² Ibid., loc. cit.: A Lei 7.492/86 foi aprovada com tantas imperfeições, que já, quando de sua aprovação, o Dep. João Gilberto ressaltou: “o projeto sai imperfeito e reclamará a curto prazo nova legislação para revisar alguns de seus pontos. Infelizmente, não nos é dada mais a possibilidade de correção pelo estágio que se encontra o processo legislativo”. O próprio Presidente da República, através da mensagem 252/86 ressaltou: ‘As críticas ao resultado dos trabalhos da Comissão de Juristas, feitas por quantos desejaram-lhe trazer aperfeiçoamento, estão em fase final de catalogação e avaliação, para eventual incorporação ao anteprojeto, o qual tão logo esteja em condições de ser apreciado pelo Congresso Nacional, encaminharei como projeto de lei à apreciação de VV. Exas. [...]’. Sem embargo da providência acima referida, entendi dar sanção ao projeto que o Congresso houve por bem aprovar’. (in Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, RT, 1997, Manoel Pedro Pimentel, p. 31). O saudoso Manoel Pedro Pimentel, após as críticas proferidas ao Presidente da República por sancionar uma lei sabidamente falha e defeituosa, antecipou o que estava por ocorrer, professando: ‘E, o que é mais preocupante, há o risco de tornar-se definitivo o que foi feito provisoriamente. (in obra ant. cit., p. 31)”

²⁵³ CÂMARA, 2006, p. 241.

²⁵⁴ Ibid., loc. cit.

²⁵⁵ CÂMARA, 1997, p. 44.

A lei que trata da prisão temporária, dispõe em seu art. 1º, III, 'I', a possibilidade da supressão da liberdade pela prática do delito de quadrilha ou bando²⁵⁶, sendo que o próprio texto legal remete ao art. 288 do Código Penal²⁵⁷ que criminaliza a união de mais de três pessoas para a prática de crimes.

O tipo foi inserido no ordenamento pátrio pelo Decreto-lei nº 2.848 de 1940, havendo em momento anterior a descrição delituosa “de ajustamento ilícito”, que consignava a “reunião eventual” para o cometimento de crimes²⁵⁸.

Da análise da descrição legal conclui-se que a simples união de mais de três pessoas com o fito de cometer ilícitos conforma um tipo penal autônomo, desde que presentes: um número de integrantes superior a três; o objetivo ilícito e a concepção de continuidade²⁵⁹.

Com exceção de atos imorais e contravenções, o crime de quadrilha possui amplitude tamanha que abrangem todo ordenamento penal, exigindo-se para a adequação típica número mínimo de integrantes e ânimo de continuidade (não perpetuidade)²⁶⁰. O bem juridicamente tutelado é a paz pública e a sujeição ativa não exige caracteres distintos, exigindo-se o dolo, ou seja, a vontade livre e consciente de reunir-se para a execução de ilícitos criminais, sendo considerado pela doutrina como “um crime de perigo comum e abstrato, de concurso necessário, comissivo e permanente”²⁶¹.

Como tipo penal independente, abarca a associação para a prática de qualquer crime previsto na legislação penal pátria, seja apenado com reclusão ou detenção, inserido no corpo do código penal ou em legislação esparsa. Compreende, como tal, a possibilidade da prisão temporária em crimes contra a ordem econômica, mesmo aqueles que não tenham como corolário o efetivo encarceramento final, visto que em alguns delitos o pagamento do tributo extingue a punibilidade²⁶² ou que dependem do exaurimento prévio da via administrativa²⁶³.

²⁵⁶ Vide Lei nº. 7.960, de 21 de dezembro de 1989 que dispõe: Art. 1º. Caberá prisão temporária: [...] III- quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: [...] I) **quadrilha ou bando**”. (grifo nosso)

²⁵⁷ Vide Código Penal, Art. 288 – Quadrilha ou bando - Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes: Pena - reclusão, de um a três anos. Parágrafo único - A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.

²⁵⁸ ESTELLITA, 2009, p. 15.

²⁵⁹ MACHADO, Hugo de Brito. **Crimes contra a ordem tributária**. São Paulo: Atlas, 2008. p 408.

²⁶⁰ BITENCOURT, 2007, p. 1027.

²⁶¹ Ibid., p. 1028.

²⁶² Sobre a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, vide Hugo de Brito Machado (2008, p. 405), para quem: “Extingue-se a punibilidade do crime de não-pagamento do tributo pelo pagamento

Do Velho Continente, o primeiro a definir o crime de quadrilha foi o ordenamento francês, seguido pelo italiano e mais tarde o alemão, estando hoje (1972) inserido por diversos outros ordenamentos, como belga, português, argentino, etc. Sua importância advém da proteção à paz pública, porque configura-se a quadrilha, ou bando, em “um câncer no organismo social”²⁶⁴.

A questão da configuração da quadrilha ou bando, advinda de crimes contra a ordem econômica, em especial crimes tributários, assume magnitude em virtude de que os contribuintes de maior importância são as empresas e estas são formadas, em geral, por quatro ou mais pessoas, atuando, continuamente, no exercício da atividade²⁶⁵.

Existe uma usual correlação entre a prática de delitos tributários e a atividade empresarial, de forma totalmente diversa da união, também ilícita, em quadrilha ou bando, para a prática de outros delitos, como o roubo de cargas, bancos, etc²⁶⁶. A mesma conexão ocorre nos delitos contra a ordem econômica que encontram ambiente comum no seio empresarial, como crimes contra as relações de consumo ou contra a ordem econômica, não se aproximando daquela situação em que deliberadamente se estabelece acordo de mais de três pessoas com o fito de praticar ilícitos, compreendido pelo art. 288 do Código Penal.

Mostra-se conforme tal entendimento Heloísa Estellita, para quem²⁶⁷:

Os crimes econômicos [...] são praticados, em sua maioria, no contexto de sociedades empresárias, por pessoas físicas atuando em seu contexto e em seu benefício, ou seja, no âmbito da criminalidade de empresa.

deste, a qualquer tempo. A nosso ver, mesmo depois de transitado em julgado a sentença penal condenatória. É o que se depreende da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”.

²⁶³ Sobre o prévio exaurimento da via administrativa para a denúncia, vide Hugo de Brito Machado (2008, p. 404), para quem: “A ação penal do crime de que se cuida é pública incondicionada. Depende, porém, a sua propositura de haver sido apurado o fato em processo administrativo. Tal como no crime de redução ou supressão de tributo, previsto no art. 1º da Lei 8.137/90, a conclusão do processo administrativo fiscal é condição objetiva de punibilidade, ou condição para o aperfeiçoamento do tipo penal”.

²⁶⁴ NORONHA, Magalhães E. **Direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 107: “O crime de bando ou quadrilha foi definido pelo Código Penal francês no art. 265: “Toute association de malfaiteurs envers les personnes ou les propriétés est un crime contre la paix publique”. Dito dispositivo foi mais tarde modificado, sendo hoje, sua redação: ‘toda associação formada, qualquer que seja sua duração ou o número de seus membros, todo acordo estabelecido com o fim de preparar ou cometer crimes contra as pessoas ou as propriedades constituem crime contra a paz pública”.

²⁶⁵ MACHADO, 2008, p. 406.

²⁶⁶ Ibid., p. 412.

²⁶⁷ ESTELLITA, 2009, p. 29.

Necessário se faz, então, diferenciar conceitos que compreendem: a empresa ilícita, a criminalidade de empresa e a criminalidade na empresa. Nesta ocorre a prática de ilícitos contra a empresa por seus integrantes. Nessa, a prática constante de ilícitos em um contexto regular, enquanto naquela sucede uma política dirigida a condutas ilícitas, ou seja, uma organização criminosa²⁶⁸.

A finalidade da formação de uma quadrilha ou bando é praticar ilícitos de forma reiterada, por isso a legislação penal tipifica uma pena de reclusão de um a três anos e possibilita a prisão temporária de seus integrantes. No caso da criminalidade de empresa, salvo a existência de uma organização criminosa (empresa criminosa) fundada com intuito ilícito, não ocorre tal situação²⁶⁹.

Trata-se em geral, de empresários que de forma reiterada, praticam, por exemplo, ilícitos como do art. 54 da lei 9605/98²⁷⁰, causando poluição que promova destruição significativa da flora. No caso exposto, já existe o apenamento do próprio tipo legal, que prevê a reclusão de um a quatro anos, inexistindo a concretização do art. 288 do Código Penal e a conseqüente possibilidade de decretar-se a prisão temporária.

De forma diversa da sociedade criminosa combatida com a criminalização, através da adequação típica de quadrilha ou bando, a sociedade empresarial, em regra, não possui tal escopo, mesmo quando ilícitos são praticados de forma reiterada, pois a finalidade é outra, contrariamente à formação do denominado bando²⁷¹.

Motivo pelo qual Hugo de Brito Machado tece crítica nos seguintes termos²⁷²:

²⁶⁸ Ibid., p. 25-26.

²⁶⁹ Ibid., p. 31: "O que se deve ter em mente, todavia, é que, *a priori*, a reunião de pessoas formando uma sociedade empresária para prática de atividades econômicas não se consubstancia em formação de quadrilha ou bando, ainda que tais pessoas venham a ser responsabilizadas pela prática de crimes econômicos no exercício da atividade econômica lícita; nestes casos, não há formação de quadrilha ou bando porque falta a esta união de pessoas (4 ou mais) a finalidade da prática de crimes".

²⁷⁰ Vide Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, em seu art. 54: "Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortalidade de animais ou a destruição significativa da flora: Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa".

²⁷¹ MACHADO, 2008, p. 414: "Na sociedade empresária não se vislumbra, ao menos em princípio, o desígnio de cometer crimes. Seu objetivo essencial é o exercício de uma atividade econômica. Nesta é que os integrantes da sociedade buscam lucrar. Mesmo quando existe naqueles que constituem uma sociedade empresária com intuito de praticar crime contra a ordem tributária, não se pode admitir que essa prática seja sempre secundária. Não será possível como prática isolada da atividade econômica que constitui objetivo da sociedade: a indústria, o comércio, a agricultura ou a prestação de serviços. Nunca o cometimento de crimes. Aliás, ao menos em princípio a prática de crime contra a ordem tributária é absolutamente impossível sem a prática de uma atividade econômica".

²⁷² Ibid., p. 407.

Como o poder busca sempre meios de contornar os limites jurídicos, as autoridades envolvidas no combate aos crimes contra a ordem tributária, [...] cuidaram de descobrir um meio para aplicar penas privativas de liberdade aos acusados de crimes contra a ordem tributária, mesmo quando paguem suas dívidas tributárias. E passaram a imputar aos acusados desses crimes também o crime de formação de quadrilha ou bando.

Em análise atenta, consegue-se claramente vislumbrar em decisões de nossas Cortes Superiores, a exigência de uma origem ilícita na associação, para a configuração do tipo do art. 288 do C.P, conforme depreende-se de acórdão do STJ: “para caracterização do crime de quadrilha, basta existir o propósito de associação, do agente ao grupo **criado com a finalidade da prática de crimes**, sendo desnecessário atribuir-lhe ações concretas”²⁷³. (grifo nosso)

Heloisa Estellita quando analisa a jurisprudência de nossa Corte Constitucional, constata a expressa necessidade da organização ter como fito a prática posterior de delitos, ocorrendo a condenação pelo crime de quadrilha ou bando, quando a união é firmada com intuito da “prática reiterada de crimes”²⁷⁴.

A análise do tipo objetivo do artigo 288 do Código Penal traz o núcleo delimitado pela “significação de ajuntarem-se, reunirem-se, aliarem-se, agregarem-se”, somado a número não menor que quatro integrantes, caráter que denote estabilidade ou permanência e “a finalidade de praticar crimes”, sendo necessário o dolo específico que perfaz-se no “especial fim de agir”²⁷⁵.

Destarte, sendo a associação firmada com fim lícito e a ocorrência de condutas típicas por mais de três integrantes, apesar de contínua, não denotar a atividade principal, não ocorrendo a união com o fito de perpetrar ilegalidades, incorre a adequação ao tipo objetivo do art. 288 do Código Penal.

Tal entendimento tem embasado frequentes decisões pretorianas para absolver integrantes do MST²⁷⁶, considerando que, apesar de ilícitos criminais serem

²⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC/RJ nº. 7.363, 6ª T. Rel. Anselmo Santiago, j. 7 de maio de 1998, DJ 15 de maio de 1998. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 16 mai. 2009.

²⁷⁴ ESTELITA, 2009, p. 32-36: “Na renovação do julgamento do Writ, em 19 de outubro de 2004, o relator reiterou o voto anteriormente prolatado, tendo sido acompanhado pelo Min. Carlos Britto. O Min. Cesar Peluso, todavia, pediu vista e, então, em 14 de agosto de 2007, votou deferindo “parcialmente a ordem para determinar o trancamento da ação penal contra os pacientes, quando a acusação de formação de quadrilha ou bando. Entendeu que a suposta prática de delitos econômicos por pessoas que se associaram, nos termos da lei, para o exercício de atividades lícitas, não pode justificar nem legitimar, por si só, imputação do crime previsto no art. 288 do C.P. Aduziu, então, que esse dispositivo só encontraria adequação típica na constituição de sociedades criadas com a finalidade específica de práticas delituosas [...]”.

²⁷⁵ DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 569-570.

²⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-corpus* nº 33204/PR. Relator: Ministro Paulo Gallotti, 6ªT, j. 25-05-2004, DJ. 11-12-2006: “Veja-se o teor da denúncia, no que interessa: [...] por longo período temporal, superior a um ano, neste Município e Comarca de Quedas do Iguaçu, os denunciados [...] associaram-se [...] em quadrilha com a finalidade de cometerem crimes como

praticados, de forma contínua, e, obviamente por mais de três integrantes, “este delito exige associação para o cometimento de crimes e não para outros fins” e a atividade fim do movimento, no juízo *in casu*, é social e lícita²⁷⁷.

De forma similar, sendo legal a atividade fim objetivada por aqueles que pratiquem crimes contra a ordem econômica, em especial no ambiente empresarial, cuja atividade fim não possua quaisquer resquícios de ilicitude criminal, terão como consequência os gravames tipificados nas leis ordinárias que criminalizam tais condutas²⁷⁸. O delito de quadrilha ou bando, como tipo autônomo previsto no art. 288 do Código Penal, não poderá ensejar a prisão processual regulada pela Lei nº 7.960/89 nos crimes contra a ordem econômica, quando não presente o dolo específico como, intento primário da atividade principal.

Conscientes da difícil constatação do dolo específico numa decisão estribada em conjunto probatório interino (provisório), partindo-se de uma exegese, necessariamente, *pro reo*, a imposição de prisão cautelar quando a união de pessoas se dá em torno de um objetivo lícito fica prejudicada.

Para Heloísa Estellita a utilização do tipo penal do art. 288 tem sido “a invocação mágica”, para a punição antecipada de crimes contra a ordem econômica, através da prisão temporária, abrindo as portas para esta que “é a forma mais odiosa de prisão ‘cautelar’ em nosso ordenamento jurídico”²⁷⁹.

Encontra-se embasamento para tal assertiva em Magalhães Noronha ao afirmar que: “deve a associação ter o fim de praticar delitos. Podem ser quaisquer – contra a vida, liberdade, fé pública, etc²⁸⁰.” ou ainda, “estabilidade ou permanência

esbulho possessório. [...] Voto: A acusação do cometimento do delito previsto no artigo 288 do Código Penal está calcada na existência de um numeroso grupo [...] que estariam se associando com intuito de praticarem esbulho possessório, agindo com violência e se distanciando dos ideais da justa bandeira da reforma agrária. [...] O MST tem por vezes, o que é público e notório, praticado atos com os quais a maioria da sociedade não concorda, mas não se pode dizer que seus integrantes constituem um bando de malfeitores, de bandidos e assaltantes [...] **não há como deixar de reconhecer a legitimidade da organização social dos trabalhadores rurais [...]. Assim, entendo não existir, no caso, elementos indispensáveis à tipificação da aludida conduta delituosa**, dentro do enfoque dado pelo representante do parquet, motivo pelo qual deve ser trancada a ação penal, no ponto, em relação a todos os denunciados por falta de justa causa.

²⁷⁷ DELMANTO, op. cit., p. 570: “Inexistindo prova de que os integrantes do MST **se associaram para cometerem crimes de furto e de dano, figuras que, corriqueiramente, ocorrem no curso das invasões**, não há se falar em quadrilha ou bando; este delito exige associação para o cometimento de crimes e não para outro fim, do qual resultem ou possam resultar na prática de delitos (TJSP, RT 787/594)”. (grifo nosso). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 18 mai. 2009.

²⁷⁸ Entre outras leis que tipificam condutas contra a ordem econômica, podemos mencionar a Lei 7.492/86 que trata dos crimes contra o sistema financeiro, a Lei 8078/90 que tipifica condutas contra a relação de consumo, Lei nº 8.137/90 que trata dos crimes contra a ordem tributária; Lei 9.605/98 que delimita crimes contra o meio ambiente e a Lei 9.613/98 que trata da lavagem de dinheiro.

²⁷⁹ ESTELITA, 2009, p. 41-42.

²⁸⁰ NORONHA, 1972, p. 111.

da reunião, **com o fim de cometer crimes**²⁸¹. Mais adiante reitera seu posicionamento: “devem os agentes ter vontade livre e consciente de se associarem de modo estável ou permanente, **com o desígnio de cometer crimes**”²⁸². (grifos nossos)

Sendo a livre iniciativa um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, “talvez a mais importante norma de nosso ordenamento”, o constituinte materializou escolha por “um modelo capitalista econômico”, que tem como base a denominada “liberdade de empresa”, cabendo ao Estado propiciar tal desiderato²⁸³.

Desta forma, a atividade empresarial que tenha por fim a produção lícita é objetivo de nossa Constituição econômica, impondo ao julgador que se valha de interpretação favorável ao investigado, para a configuração do crime de quadrilha ou bando, como alicerce da medida cautelar pessoal prevista na Lei 7.960/89.

Acresce-se a argumentação supra, o claro desvio de finalidade com que é utilizada a prisão temporária no direito pátrio, configurando-se em verdadeiro inferno de Dante²⁸⁴, em especial nos crimes contra a ordem econômica quando a sujeição ativa compreende os denominados delitos empresariais.

No entender de Heloísa Estellita²⁸⁵

A praxis da prisão temporária tornou-se também instrumento utilizado para arrancar confissões e delações premiadas, normalmente ‘segurando-se’ para o último momento antes do esgotamento do prazo a oitiva do investigado, como forma de pressão para que ‘colabore’ com as autoridades encarregadas da investigação ‘sob pena’ de se pedir a prorrogação da temporária ou uma prisão preventiva.

As condutas penais que autorizam a prisão temporária estão elencadas em rol taxativo no art. 1º, III, da Lei 7.960/89, inadmitindo sua extensão. Destarte, o tipo penal inserido na letra ‘l’, cujo *nomen juris*, é quadrilha ou bando, não adequa-se à conduta usual dos imputados por crimes contra a ordem econômica, salvo a situação de associações ou organizações criadas para o cometimento de crimes (empresa criminosa).

²⁸¹ Ibid., p. 110.

²⁸² Ibid., p. 113.

²⁸³ ARAUJO; NUNES JUNIOR, 2003, p. 414-415.

²⁸⁴ Vide Dante Alighieri quando, em obra histórica, define o inferno. (**A divina comédia** - o inferno. Tradução: José Pedro Xavier Pinheiro. São Paulo: Edigraf S.A, 1965. 1 v. p. 12 e 16.): “Quando ao valo eu já ia baquear-me, alguém fraco de voz diviso perto, que após largo silêncio quer falar-me. Tanto que o vejo nesse grão deserto. Tem compaixão de mim! – brandei transido – quem quer que sejas, sombra ou homem certo. **Homem não sou, mas hei sido.** (grifamos) [...] aonde estridentes gritos escutando, verás almas antigas em tortura, segunda morte a brados suplicando”.

²⁸⁵ ESTELITA, 2009, p.41-42.

5.3 A FUNDAMENTAÇÃO PARA O DEFERIMENTO DE UMA CAUTELAR

A necessidade de motivar decisões judiciais não é recente, ocorrendo resquícios na “eclesiástica Santa Inquisição e, mais ainda, naquela dos magistrados romanos”, sendo sua real efetivação uma conquista moderna²⁸⁶.

A Constituição da República Federativa do Brasil²⁸⁷, em seu art. 93, IX, impõe taxativamente a obrigação de fundamentação das decisões, sob pena de nulidade do ato. O Código de Processo penal, por sua vez, assevera a necessidade de fundamentação para a decretação ou denegação da prisão preventiva no art. 315²⁸⁸, similarmente ao regrado no art. 2º, § 2º da Lei nº 7.960/89²⁸⁹, que trata da prisão temporária.

Sob o argumento da livre apreciação da prova, inserido no art. 157 do Código de Processo Penal, decisões judiciais que suprimem cautelarmente o *jus libertatis*, quando não revestidas de fundamentação, impedem a real efetivação do contraditório e da ampla defesa, por coibir o exercício da contra-argumentação.

Jorge Henrique Schaefer Martins conceitua o que devemos compreender pela denominada “livre apreciação da prova”²⁹⁰:

Ao juiz é conferida a condição de livre apreciação da prova para a formação de seu convencimento, que consiste no raciocínio lógico empregado no afã de convencer-se de sua própria argumentação. O juiz deve sopesar as provas, sobre elas manifestar-se explicitamente, dizendo a razão pela qual as acolhe ou repele, enfim, expor o que o persuadiu a decidir.

No dizer de Jorge de Figueiredo Dias²⁹¹:

²⁸⁶ FERRAJOLI, 2006, p. 573: “[...] o princípio da obrigação de *reddere rationem* das decisões judiciárias, especificamente das sentenças, é francamente moderno. Apoiada por Francis Bacon e depois pelo pensamento iluminista, a obrigação foi sancionada pela primeira vez pela Pragmática de Fernando IV, de 27 de setembro de 1774; sucessivamente pelo art. 3 da *Ordonnance criminelle* de Luís XVI, de 1º de maio de 1788, depois pelas leis revolucionárias de 24 de agosto e 27 de novembro de 1790 e, por fim, recebida, através da codificação napoleônica, em quase todos os códigos oitocentistas europeus. Maiores resistências ela encontrou no sistema anglo-saxão de tradição acusatória, também por causa da discutível idéia da incompatibilidade entre a motivação técnica e veredicto dos jurados”.

²⁸⁷ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX – Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente estes”. (grifo nosso)

²⁸⁸ Código de processo penal: “Art. 315. O despacho que denegar ou decretar a prisão preventiva **será sempre fundamentado**”. (grifo nosso)

²⁸⁹ Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989: “Art. 2º. [...] §2º: O despacho que decretar a prisão temporária **deverá ser fundamentado**”. (grifo nosso)

²⁹⁰ MARTINS, 2008, p. 148.

Do mesmo modo, a <<livre>> ou a <<íntima>> convicção do juiz, de que se fala a este propósito, não poderá ser uma convicção puramente subjectiva, emocional e, portanto imotivável.

A motivação das decisões que impõe a constrição da liberdade impede as denominadas cláusulas de estilo, pois o juiz é coagido a explicitar o motivo do deferimento da cautelar, demonstrando onde se encontra materializada a cautela instrumental ou final²⁹². Trata-se de consectário do princípio do contraditório e da ampla defesa, por inviabilizá-los, em caso da não ocorrência de concreta motivação²⁹³.

No entender de Paulo Roberto da Silva Passos²⁹⁴:

Despacho mal fundamentado, que agrida sem razão de ser o status libertatis; que descumpra a natureza do art. 93, IX, da CF, em relação às prisões provisórias genericamente, bem como, também, o art. 315 do Código de Processo Penal, especificamente quanto a preventiva; que seja proferida sem o lastro jurídico-fático suficiente, demonstrando claramente a prepotência judicial, não pode prevalecer, devendo ser declarado nulo!

Para a validade da decretação de medida constritiva de liberdade, faz-se necessário que fiquem bem demonstrados os indícios de autoria e a materialidade, bem como, clara deve estar a necessidade da supressão do *jus libertatis*, não sendo suficiente mera argumentação retórica, “que haja prova segura da necessidade da medida extrema”²⁹⁵, sem olvidar que a legitimidade da cautelar repousa em assegurar o procedimento penal e sua execução, sem almejar “de objetivos penales materiales”²⁹⁶.

Para Tourinho Filho²⁹⁷:

É preciso que o demonstre com fatos, com elementos do processo. Assim, e. g., se o indiciado procura subornar ou ameaçar testemunhas, peritos, etc., comprometendo a averiguação da verdade, poderá ser preso preventivamente, se satisfeitos os pressupostos legais.

Entendimento similar é trazido por Júlio Fabbrini Mirabete²⁹⁸:

²⁹¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. 1 v. p. 203-204.

²⁹² CÂMARA, 1997, p. 59.

²⁹³ FREITAS, 2004, p. 128-129.

²⁹⁴ PASSOS, 2000, p. 67

²⁹⁵ TOURINHO FILHO, 2005, p. 518.

²⁹⁶ HASSEMER, 1998, p. 117. Tradução: “de objetivos penais materiais”.

²⁹⁷ TOURINHO FILHO, loc. cit.

²⁹⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Curso de processo penal interpretado**: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 802.

A medida excepcional de decretação da prisão preventiva não pode ser adotada se ausente o fundamento legal. Deve ela apoiar-se em fatos concretos que a embasem, e não apenas em hipóteses e conjecturas sem apoio nos autos.

A motivação propicia às partes a possibilidade de “verificar a atividade intelectual do julgador”, buscando conhecer o raciocínio que gerou determinada decisão. Desta forma, decisões de cunho genérico em cautelares são inaceitáveis, devendo vestir-se de “motivos concretos”, devidamente explicitados, o que se agrava quando infere sobre o “jus libertatis” do acusado²⁹⁹.

A ausência de efetiva motivação impede o contraditório e não permite a verificação do motivo do descumprimento do princípio da presunção de inocência no caso concreto, que vigora em favor do imputado. Em não constando expressa e claramente o motivo ensejador da decisão, a decisão judicial encontra-se deslegitimada, posto não presente o devido processo legal³⁰⁰.

Para Aury Lopes Jr.³⁰¹:

No sistema constitucional democrático, o poder não está auto-legitimado, não se basta por si próprio. Sua legitimação se dá pela estrita observância das regras do devido processo legal, entre elas o dever (garantia) da fundamentação dos atos decisórios.

Neste sentido, a súmula nº 32 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais determina que “A prisão preventiva deve ser, sempre, fundamentada com dados objetivos do processo”. Desta forma o julgador deve esclarecer “em que se consubstancia, faticamente o fundamento”, em virtude de a liberdade ser a regra e a prisão uma exceção, que resulta no direito do encarcerado conhecer cabalmente os motivos de sua não liberdade³⁰².

Merecem atenção, tanto a ausência de fundamentação, quanto aquela materializada sobre base estranha à imposição de prisão preventiva, como verifica-se nesta decisão do STF³⁰³ :

²⁹⁹ CRUZ, 2006, p. 89-91.

³⁰⁰ LOPES JUNIOR, 2007, p. 205: “O processo está destinado a comprovar se um determinado ato humano realmente ocorreu na realidade empírica. Com isso, o saber – enquanto obtenção de conhecimento – sobre o fato é o fim a que se destina o processo, que deverá ser um instrumento eficaz para sua obtenção”.

³⁰¹ Ibid., loc. cit.

³⁰² PACHECO, 2008, p. 754.

³⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em *Habeas-corpus* nº 89025. São Paulo Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação 09 de novembro

2. Credibilidade do Poder Judiciário e respeitabilidade das instituições públicas não justificam a prisão preventiva para garantia da ordem pública. Precedentes. 3. **Ausência de base empírica para a prisão cautelar visando à efetividade da aplicação da lei penal.** 4. Concessão de liminar para cassar o decreto de prisão preventiva. (grifo nosso)

Para Luiz Antonio Câmara³⁰⁴:

[...] a decisão deve ser convincentemente fundamentada. Para tal não basta que o juiz, simplesmente, se refira aos termos da lei. Deve, com circunspeção, demonstrar as razões do seu entendimento, fazendo-o de forma clara e objetiva, obrigando-se a, com logicidade, estabelecer os caminhos que o levaram a entender necessária a medida excepcional.

Além de propiciar o conhecimento dos motivos que levaram o juiz a decretar a medida cautelar, a “fundamentação suficiente” permite a efetivação do real duplo grau de jurisdição, ao possibilitar na instância superior a reanálise das razões embasadoras da cautelar³⁰⁵. A exigência da fundamentação de uma decisão, ultrapassa o direito das partes e atinge toda a sociedade, não se resumindo em asseverar as prerrogativas constitucionais do imputado, mas avaliar a própria jurisdição³⁰⁶.

Para Luigi Ferrajoli o dever de fundamentar³⁰⁷:

[...] exprime e ao mesmo tempo garante a natureza cognitiva em vez da natureza postestativa do juízo, vinculando-o, em direito, à estrita legalidade, e, de fato, à prova das hipóteses acusatórias. É por força da motivação que as decisões judiciais resultam apoiadas, e, portanto, legitimadas [...]

O devido fundamentar garante “o processo de controle” e a possibilidade de defesa. Presentes devem estar os “motivos fático-jurídicos determinantes”, o que adentra a toda decisão judicial, não apenas as definitivas³⁰⁸.

Para Gilmar Ferreira Mendes³⁰⁹:

A motivação é decisiva para aferir a legitimidade, ou não do decreto de prisão preventiva nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. Sobre a fundamentação da prisão preventiva, o Supremo Tribunal Federal

de 2007. Agravantes: Edemar Cid Ferreira. Advogado: Sérgio Bermudes e outros; Agravado: Superior Tribunal de Justiça.

³⁰⁴ CÂMARA, 1997, p. 60.

³⁰⁵ LANFREDI, 2009, p. 92.

³⁰⁶ KAUFFMANN, 2006, p. 149.

³⁰⁷ FERRAJOLI, 2006, p. 573.

³⁰⁸ MENDES, 2008, p. 515-516.

³⁰⁹ Ibid., loc. cit.

tem decidido que não precisa ser exaustiva, bastando que a decisão analise, ainda que de forma sucinta, os requisitos concretos ensejadores da custódia preventiva. Assim ficou decidido no HC 79.237.

Os aplicadores do direito, em especial, o delegado de polícia na fase inquisitorial, o Ministério Público e o juiz na persecução *in judicio*, devem ter consciência dos malefícios do encarceramento, principalmente no caso da prisão provisória, posto que se deve “repudiar o operador do direito que age como um autômato aplicador da lei penal”³¹⁰.

Walter P. Acosta, no ano de 1955, citando Galdino Siqueira em obra datada de 1924, já inseria valoração negativa acerca da utilização das cautelares, considerando que “a prisão preventiva é um sofrimento que, no interesse da descoberta da verdade, a sociedade se viu obrigada a infligir [...]”³¹¹.

Tratando-se de medida excepcional, posto que retira a liberdade de um ser humano sem uma sentença com trânsito em julgado, deve seu alcance ser perquirido à luz do princípio da não culpabilidade, pois, segundo entendimento pretoriano é “medida extrema e odiosa, por impor recolhimento à prisão, antes de se aferir a responsabilidade penal”³¹².

O direito à liberdade é princípio geral de direito e não pode ser subjugado por suposições e indícios desprovidos de racionalidade, exigindo-se para tanto, que reinante se mostre o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, que ao lado dos princípios norteadores, são a pedra de toque da prisão *ante processum*, não se aceitando a utilização da prisão processual, como meio de execução da futura/possível pena, sob risco de inversão da ordem natural das coisas.

A liberdade posta-se em situação de superioridade no ordenamento jurídico, somente “podendo considerá-la em condição inferior ao direito à vida”³¹³, sendo que o direito à liberdade é premissa constitucional máxima “proclamada partindo-se da perspectiva da pessoa humana”³¹⁴.

Para Gilmar Ferreira Mendes³¹⁵:

As liberdades são proclamadas partindo-se da perspectiva da pessoa humana como ser em busca da auto-realização [...]. O Estado Democrático de Direito se justifica como meio para que essas liberdades sejam

³¹⁰ CRUZ, 2006, p. 13.

³¹¹ ACOSTA, 1955, p. 82.

³¹² SAO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. 1ª C. *Habeas corpus* nº. 452.209.3/7-00. Relator: Pericles Piza, j. 08 de março 2004 – DJE 16.04.2004.

³¹³ MARTINS, 2008, p. 42.

³¹⁴ MENDES, 2008, p. 359.

³¹⁵ *Ibid.*, loc. cit.

guarnecidas e estimuladas [...] O Estado Democrático se justifica, também, como instância de solução de conflitos entre pretensões colidentes [...].

Vislumbra-se claramente no contexto social, a sociedade disciplinar de Foucault³¹⁶, a exasperação do poder através do medo, intensificando a força soberana, sendo que:

O suplício penal não corresponde a qualquer punição corporal: é uma produção diferenciada de sofrimentos, um ritual organizado para a marcação das vítimas e manifestação do poder que pune: não é exatamente a exasperação de uma justiça que, esquecendo seus princípios, perdesse todo o controle. Nos “excessos” dos suplícios, se investe toda a economia do poder.

A ostentação dos suplícios de Foucault, faz-se presente no direito pátrio, quando acolhe a mácula corporal nas prisões cautelares, perfazendo-se em finalidade espúria, qual seja: instrumento de manipulação através do medo, a maximizar a força estatal.

O encarceramento de um cidadão, mormente o cautelar, reveste-se de “particular angustia” em virtude da inexistência de uma sentença condenatória que justifique ao próprio imputado o castigo que está-lhe sendo infligido³¹⁷. O cumprimento das cautelares pessoais, principalmente nos crimes contra a ordem econômica, com característica pecuniária e bens supra-individuais, verifica-se o acompanhamento da imprensa televisiva, que transmite os acontecimentos nos jornais escritos e falados, intensificando e relatando à sociedade que não se faz presente, o desmedido poder Estatal.

Trata-se de um ritual público de dominação dos súditos, com prisões processuais desnecessárias, busca e apreensões desmesuradas e a utilização de algemas em réus que não expõem periculosidade alguma. De forma similar aos espetáculos vigentes no século XVIII, bem descritos por Michel Foucault em sua obra *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*, verificando-se na atualidade a busca incessante desta maximização de poder³¹⁸.

A hermenêutica cautelar de um Estado Democrático de Direito, deve manter-se apartada do molde de julgador trazido por Cesare Beccaria, para quem³¹⁹:

³¹⁶ FOUCAULT, 2007, p. 32.

³¹⁷ CRUZ, 2006, p. 16.

³¹⁸ FOUCAULT, 2007, p. 90.

³¹⁹ BECCARIA, 2007, p. 101.

O magistrado, no exercício de suas funções, não é senão o inimigo do culpado, isto é, de um desgraçado curvado ao peso dos grilhões, minado pela dor, que os tormentos aguardam e que o futuro mais terrível rodeia de horror e de assombro.

Cabe a dogmática jurídica pátria objetar à indagação do Marquês de Beccaria quando prescreveu³²⁰:

O magistrado pode determinar porque indícios se pode prender um cidadão. É declarar que esse cidadão é culpado antes de poder provar que é inocente. Tal informação não é parecida a um procedimento ofensivo?

Do exercício intelectual da motivação, exprime-se a ilação de que as medidas cautelares pessoais não devem ser impostas como “execução antecipada em matéria penal”, porque nesta situação atentam contra a própria dignidade humana, por não haver pena estabelecida, não podendo “constituir um castigo àquele que sequer possui condenação contra si”³²¹, sendo que “a maior garantia de defesa está na própria acusação”³²².

Quando o julgador deixa de expor o nexos causal que originou sua decisão, não está a causar danos apenas ao imputado ou ao sistema jurídico pátrio. Está ele, enodoando o Poder Judiciário como um todo, dando azo àqueles que postulam a redução dos poderes jurisdicionais aos juízes, para outorgá-los ao legislador³²³.

³²⁰ Ibid., loc. cit.

³²¹ Ibid., p. 639.

³²² SAAD, Marta. Denúncia nos crimes societários. In: TANGERINO, Davi de Paiva Costa; GARCIA, Denise Nunes (Coords.). **Direito penal tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 221.

³²³ CRUZ, 2006, p. 94: “Faltando com o dever de motivação suficiente e clara, a magistratura não apenas fere de morte o direito à liberdade do indivíduo, mas também se expõe àqueles que postulam a redução dos poderes jurisdicionais aos juízes, para outorgá-los ao legislador, na linha do aforisma atribuído a Bacon: a melhor lei é a que deixa ao juiz o menor arbítrio. (optima est lex quae minimum relinquit arbitrio iudicis)”.

5.4 A LIBERDADE PROVISÓRIA

A liberdade provisória é medida acautelatória, visto introduzir certa limitação do direito de ir e vir, conforme dispõe os arts. 327 e 328³²⁴ do CPP, que obrigam ao comparecimento dos atos processuais, a inalteração de residência e a comunicação de saída do domicílio, conforme critérios estabelecidos, sob pena de revogação da medida³²⁵.

Para Luiz Antônio Câmara³²⁶:

A liberdade provisória não é medida que negue uma cautela, sendo-a ela mesma. No caso posto, entrando em cena a liberdade provisória, o que se verifica é a simples substituição de uma por outra medida cautelar: à prisão (que no sentido do aqui salientado somente pode ser preventiva) sucede a liberdade provisória.

Figuram entre as espécies previstas em lei: a liberdade plena que é a prevista no art. 321 do CPP³²⁷, também nominada de “sem vinculação”, quando o tipo ilícito não tiver apenamento que preveja perda da liberdade ou não exceda a três meses. A liberdade com fiança, dos arts. 323 a 349³²⁸, por adequar-se às imposições legais do art. 323 e 324 do CPP, devendo-se atentar para os delitos que taxativamente a lei considera inafiançáveis, “assim, as hipóteses de fiança em nosso ordenamento processual devem ser buscadas por via de exclusão”³²⁹.

Para Luiz Antônio Câmara³³⁰:

³²⁴ Vide Código de Processo Penal: “Art. 327. A fiança tomada por termo obrigará o afiançado a comparecer perante a autoridade, todas as vezes que for intimado para atos do inquérito e da instrução criminal e para o julgamento. Quando o réu não comparecer, a fiança será havida como quebrada. Art. 328. O réu afiançado não poderá, sob pena de quebramento da fiança, mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, ou ausentar-se por mais de 8 (oito) dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado”.

³²⁵ CÂMARA, 1997, p.134.

³²⁶ Ibid., loc. cit.

³²⁷ Código de Processo Penal. Art. 321: “Ressalvado o disposto no art. 323, III e IV, o réu livrar-se-á solto, independentemente de fiança: I - no caso de infração, a que não for, isolada, cumulativa ou alternativamente, cominada pena privativa de liberdade; II - quando o máximo da pena privativa de liberdade, isolada, cumulativa ou alternativamente cominada, não exceder a três meses”.

³²⁸ Código de Processo Penal art. 321: “Ressalvado o disposto no art. 323, III e IV, o réu livrar-se-á solto, independentemente de fiança: I - no caso de infração, a que não for, isolada, cumulativa ou alternativamente, cominada pena privativa de liberdade; II - quando o máximo da pena privativa de liberdade, isolada, cumulativa ou alternativamente cominada, não exceder a três meses”.

³²⁹ CÂMARA, op. cit., p.138-141.

³³⁰ CÂMARA, 1997, p.140.

A liberdade provisória com fiança tem por objetivo evitar que se cause dano ao *jus libertatis* do acusado e assegurar sua presença no processo e o pagamento de custas, do dano e da pena de multa.

A liberdade provisória sem fiança, entre as hipóteses legais, pode ocorrer em virtude da incapacidade econômica do réu, sujeitando-se, então, às demais obrigações sem a ocorrência do ônus pecuniário, conforme preceitua o art. 150 do CPP³³¹.

Também é hipótese de liberdade provisória sem fiança, aquela advinda do art. 310, *caput*, do CPP, que impõe o *jus libertatis*, quando tiver o réu agido em excludente de antijuridicidade.

Por derradeiro e demais importante, é o direito subjetivo do réu à liberdade, com embase no art. 310, Parágrafo Único³³², por encontrarem-se ausentes os motivos autorizativos da prisão preventiva.

Conforme Luiz Antônio Câmara³³³:

Para que o indiciado/acusado obtenha o direito de ver-se processado em liberdade provisória, é suficiente apenas que, no caso concreto não se vislumbrem as hipóteses que autorizem a decretação da prisão preventiva.

A presença do *fumus comissi delicti*, através dos indícios de autoria e materialidade, não se fazem suficientes para a manutenção do cárcere, e por conseguinte, o indeferimento do pedido de liberdade provisória. Indispensável é, também, a ocorrência do *periculum libertatis*, que estudar-se-á com maior profundidade nos pontos vindouros³³⁴.

³³¹ Conforme Código de Processo Penal, art. 350: “Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando ser impossível ao réu prestá-la, por motivo de pobreza, poderá conceder-lhe a liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328. Se o réu infringir, sem motivo justo, qualquer dessas obrigações ou praticar outra infração penal, será revogado o benefício”.

³³² Conforme Código de Processo Penal, Art. 310, Parágrafo único: “Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inoccorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312). (Incluído pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)”.

³³³ CÂMARA, op. cit., p.146.

³³⁴ Vide crítica de Luiz Antônio Câmara. (1997, p.147). “Aqui (como de resto em todas as espécies de liberdade provisória, embora a autoridade judicial use do seu poder discricionário na apreciação da manutenção ou não da prisão em flagrante, inexistentes os motivos ensejadores da prisão preventiva, não pode ela, de forma alguma, manter a medida constritiva menos favorável. Mais uma vez aqui encontram-se reflexos da nominada discricionariedade cognitiva, através da qual o juiz exerce a função cognitiva e não potestativa: verifica o caso concreto e concede ou não a liberdade nos exatos moldes que a lei indica. Refuta-se a existência de poder mais amplo pelo aplicador da lei. Em terreno da liberdade pessoal a maior fatia do poder é conferido ao legislador. Ao juiz nega-se o exercício de juízo de oportunidade e conveniência da aplicação de uma ou de outra cautela: tomada a situação evidenciada pelo caso posto cabe-lhes, apenas, aplicar a lei. Não se pode negar que sobejam decisões em sentido contrário”.

Nem toda medida que restitui o direito de ir e vir é abarcada pela liberdade provisória³³⁵, servindo esta, apenas, para o caso de flagrante delito. Em havendo prisão ilegal, conforme dispõe o art. 5º, inciso LXV³³⁶, da Constituição Federal, consolida-se o caso de relaxamento da medida constritiva, sendo que “relaxar a prisão significa reconhecer a ilegalidade da restrição da liberdade imposta a alguém”³³⁷.

Para Denilson Feitoza Pacheco, em sentido estrito, a liberdade provisória substitui apenas a prisão em flagrante e, em sentido amplo, abrange as demais prisões provisórias, com exceção da prisão preventiva e temporária, que são revogadas, restituindo-se a “liberdade plena”³³⁸.

Para Carlos Kauffmann³³⁹:

A liberdade provisória, na verdade, é medida de substituição da prisão em flagrante por outra providência que assegure a presença do acusado aos termos do processo sem o sacrifício do encarceramento.

Tratando-se de supressão da liberdade advinda de prisão preventiva e, até mesmo por analogia, da prisão temporária, consubstancia-se caso de revogação, conforme expressa determinação legal do art. 316 do CPP, “assim, a legislação vigente prevê que cessado o motivo que lhe deu ensejo, o juiz poderá revogar a prisão preventiva”³⁴⁰.

Deve-se atentar ao fato de que a interpretação sistemática dos arts. 310, Parágrafo Único e 316 do CPP levam, necessariamente, à demonstração de dupla possibilidade: revogação ou substituição por medida menos gravosa. Nada impede que o juiz substitua uma medida cautelar mais drástica - prisão preventiva – por uma menos violenta (liberdade provisória).

³³⁵ BRASIL. Art. 5º, LXVI: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

³³⁶ Ibid., Art. 5º. LXV: “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”.

³³⁷ KAUFFMANN, 2006, p. 103-104. “Inúmeras são as causas de relaxamento da prisão. Ousaremos, aqui, indicar as mais comuns: prisão por fato atípico; inobservância dos requisitos essenciais ao mandato de prisão (CPP, art. 285, parágrafo único); inexistência do estado de flagrância (art. 302 do CPP); [...] Excesso de prazo na formação da culpa; inobservâncias dos pressupostos que autorizam a prisão preventiva: prova da materialidade e indícios suficientes de autoria; [...]”

³³⁸ PACHECO, 2008, p. 784: “A liberdade provisória não substitui a prisão preventiva, nem a prisão temporária; a revogação (por não estarem mais presentes os motivos da prisão preventiva ou por ter terminado o prazo da prisão temporária) e a anulação (pela ilegalidade) dessas prisões acarretam o retorno ao status quo ante, que é o de liberdade plena. A rigor, a liberdade provisória não é, propriamente, liberdade, mas uma medida cautelar pessoal”.

³³⁹ KAUFFMANN, op. cit., p. 106.

³⁴⁰ Ibid., p. 112.

O vocábulo *provisório*, utilizado para designar o instituto em questão, sofre críticas doutrinárias, devendo ser substituída, unicamente, pela nomenclatura *liberdade*. O termo *provisório* utilizado para definir esta medida acautelatória, fere o princípio da presunção de inocência, porque o réu, em estado de inocência, poderá sofrer apenamento tão-somente finda a persecução. Sua liberdade, nesse caso, não é provisória, sendo que “não foi feliz o legislador ao estabelecer expressão ‘liberdade provisória’”³⁴¹.

Em relação aos crimes contra a ordem tributária (Lei. 8.137/90) e contra a economia popular (Lei 1521/51), o recrudescimento legislativo é claro, ao verificar-se o teor da Lei 8.035/90³⁴² que inibiu a liberdade provisória sem o pagamento de fiança³⁴³.

Também possui vedação expressa de liberdade provisória, consoante art. 3º da Lei 9.613/98³⁴⁴, os crimes de lavagem ou ocultação de bens direito e valores³⁴⁵, o que para Tigre Maia não acarreta desconformidade com o princípio da não culpabilidade, porque “não veicula qualquer idéia de sanção”³⁴⁶.

No entender de Tigre Maia³⁴⁷:

O fundamento deste preceptivo processual de natureza cautelar, que veda peremptoriamente, quer ao acusado preso em flagrante, desde que obviamente não se trate de prisão ilegal, quer ao arrestado preventivamente, a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, encontra-se no art. 5º, LXVI, da Constituição Federal.

Tal raciocínio remete ao texto constitucional que determina: ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória. No

³⁴¹ PASSOS, 2000, p. 96.

³⁴² Lei 8.035 de 27 de abril de 1990, em seu art. 2º: “O art. 325 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), passa a vigorar com as seguintes alterações: “[...] § 2º Nos casos de prisão em flagrante pela prática de crime contra a economia popular ou de crime de sonegação fiscal, não se aplica o disposto no artigo 310 e parágrafo único deste código, devendo ser observados os seguintes procedimentos: I - a liberdade provisória somente poderá ser concedida mediante fiança, por decisão do juiz competente e após a lavratura do auto de prisão em flagrante; II - o valor da fiança será fixado pelo juiz que a conceder, nos limites de dez mil a cem mil vezes o valor do Bônus do Tesouro Nacional - BTN, da data da prática do crime; III - se assim o recomendar a situação econômica do réu, o limite mínimo ou máximo do valor da fiança poderá ser reduzido em até nove décimos ou aumentado até o décuplo.”

³⁴³ CÂMARA, 2006, p. 235.

³⁴⁴ Lei 9.613 de 03 de março de 1998: “Art. 3º Os crimes disciplinados nesta lei são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória e, em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente e o réu poderá apelar em liberdade”.

³⁴⁵ A Lei 9.613/98 elenca em *numerus clausus*, rol de delitos cuja ocultação/lavagem acarretam pena de 3 a 10 anos de reclusão: tráfico; terrorismo; contrabando; tráfico de armas; extorsão mediante seqüestro; crimes contra a Administração pública; Sistema Financeiro Nacional; praticado por organização criminosa; de particular contra Administração pública estrangeira).

³⁴⁶ MAIA, 2007, p. 126.

³⁴⁷ *Ibid.*, p. 125-126.

entanto, deseja-se crer que o embate contra o crime organizado não deve se dar às custas da corrosão dos direitos e garantias.

Deve-se pensar em Luigi Ferrajoli quando trata da prisão anterior a uma sentença condenatória³⁴⁸:

ante iudicium, qualquer que seja o fim que lhe queira associar, contradiz no princípio a raiz de submissão à jurisdição, que não consiste na possibilidade de detenção apenas por ordem de um juiz, mas na possibilidade de sê-lo só com base em um julgamento

A manutenção do encarceramento provisório para aqueles acusados de lavagem de capitais, mesmo quando ausentes os motivos ensejadores da prisão preventiva, na exegese literal do art. 3º da Lei 9.613/98, desrespeita a ordem constitucional, que estabelece limites à persecução penal, com princípios como o da presunção de inocência, proporcionalidade e necessidade entre outros. Para Ricardo Ribeiro Velloso “legislar ferindo essa equivalência de forças é atentar diretamente contra o Estado Democrático de Direito”³⁴⁹.

Inocorrendo a concessão da liberdade provisória quando presentes seus requisitos, O *habeas corpus*, cuja origem perde-se na história³⁵⁰, é a medida legal prevista para o cerceamento ilegal do direito de ir e vir oriundo de ação estatal³⁵¹, com intuito de “garantir a liberdade e evitar a ilegalidade ou abuso de poder”³⁵².

³⁴⁸ FERRAJOLI, 2006, p. 511.

³⁴⁹ VELLOSO, 2007, p. 269.

³⁵⁰ NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 540: “Historiadores e juristas apontam a origem do *habeas corpus* na Magna Carta de João-Sem-Terra, obrigado a outorgá-la sob pressão dos ‘barões de ferro’, em 19 de junho de 1215, nos campos de Runnymede. [...] Outros dizem que, verdadeiramente, ele surgiu em 1679, na Espanha no Reinado de Carlos II”.

³⁵¹ MENDES, 2008, p. 522. “O *habeas corpus* destina-se a proteger o indivíduo contra qualquer medida restritiva do Poder Público à sua liberdade de ir e vir. A jurisprudência prevalente no STF é dominante no sentido de que não terá seguimento *habeas corpus* que não afete diretamente a liberdade de locomoção do paciente”.

³⁵² KAUFFMANN, 2006, p. 114.

6 POR UMA EXEGESE GARANTISTA

Almeja-se para o direito pátrio, um modelo garantista, que tenha como base o apregoado por Luigi Ferrajoli, consistente em um conjunto principiológico, que insira a legalidade estrita, a materialidade, o princípio da lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o contraditório e a presunção de inocência, como limitantes “do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade” do Estado³⁵³.

Buscar uma hermenêutica constitucional principiológica, que garanta os direitos do imputado, é por demais difícil em nosso país, pela não concretude na aplicação dos direitos e garantias individuais na *praxis*, sobrepujando-se o “aparelho repressivo do Estado” frente ao cidadão, ocorrendo “rotineiramente um juízo condenatório antecipado”³⁵⁴.

O Direito Processual Penal não encontra tão-somente amparo no Decreto-lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941, pois as mudanças trazidas pela nova ordem constitucional, decididamente limitaram a aplicabilidade deste conjunto de regras de origem fascista produzidas na década de 30 (Código Rocco).

A exposição de motivos do Código de Processo Penal, nas palavras do então Ministro Francisco Campos, define claramente sua característica autoritária quando afirma: “os dispositivos do projeto tendem a fortalecer e prestigiar a atividade do Estado na sua função repressiva”.

O regramento ordinário que trata das cautelares pessoais no direito pátrio perfaz-se ultrapassado, “obsoleto e antiquado – senão arbitrário”, necessitando urgentes mudanças³⁵⁵, principalmente pela origem anti-democrática da Constituição de 1937³⁵⁶.

O número de cautelares posto à disposição do julgador era bastante reduzido, similarmente ao modelo italiano, sendo que a liberdade plena ou vinculada configurava-se em exceções, salvo a presença de excludente de antijuridicidade ou

³⁵³ Sobre o garantismo, vide Luigi Ferrajoli (2006, p. 36-37): “A epistemologia garantista – o direito penal dos ordenamentos desenvolvidos é produto predominantemente moderno. Os princípios sobre os quais se funda seu modelo garantista clássico – a legalidade estrita, a materialidade e lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o contraditório entre as partes, a presunção de inocência – são, em grande parte, como se sabe, fruto da tradição jurídica do iluminismo e do liberalismo”.

³⁵⁴ CÂMARA, 1997, p. 22.

³⁵⁵ Ibid., p. 23.

³⁵⁶ Ibid., p. 24.

de hipótese afiançável, a manutenção do cárcere procrastinava-se durante todo o trâmite persecutório³⁵⁷.

O regramento cautelar sofreu mutação “ironicamente [...] nos anos de chumbo do governo ditatorial implantado em 1964”, sendo que no ano de 1967, através da Lei 5.347/67, deixou de vigor a prisão preventiva obrigatória e, dez anos após, possibilitou-se a liberdade provisória independente de fiança a quaisquer delitos³⁵⁸.

Originalmente, em seu texto primeiro, na redação do art. 312 e 596, nas infrações com pena igual ou superior a oito anos, a prisão era obrigatória e não dependia de fundamentação, ocorrendo a continuidade da privação de liberdade, mesmo quando da sentença absolutória, desde que a pena cominada abstratamente atingisse o patamar de 12 anos³⁵⁹.

Almejava-se com a supressão de direitos do cidadão e a majoração do poder estatal, a busca uma “maior eficiência do sistema punitivo”, advindo da errônea concepção que a premissa da máxima liberdade é limitante da segurança pública³⁶⁰.

Walter P. Acosta³⁶¹, em obra datada de 1955, explica acerca da prisão compulsória:

Pelo texto original do Código de Processo a prisão preventiva podia ser compulsória (ou obrigatória) e facultativa. Entretanto, a lei 5.439, de 03-11-1967, dando nova redação ao capítulo compreendido pelos arts. 311 a 316, ab-rogou as disposições do primitivo art. 312. [...] A prisão preventiva compulsória era imposta, salvo exceções, nos crimes de maior gravidade [...].

Aury Lopes Jr. trata com maestria a questão nos seguintes termos³⁶²:

Quando se está diante de uma lei processual penal como a nossa, que remonta a uma racionalidade do final do século XIX, início do século XX, e que possui uma inspiração assumidamente fascista, além de exalar um ranço autoritário, os princípios constitucionais são imprescindíveis para, através de uma (re)leitura pelo foco constitucional, tentar compatibilizá-la com as exigências atuais.

³⁵⁷ CÂMARA, 1997, p. 232.

³⁵⁸ Ibid., p. 233.

³⁵⁹ OLIVEIRA, 2008, p. 422.

³⁶⁰ CRUZ, 2006, p.57: “Em regimes mais voltados para a defesa social, em detrimento das liberdades públicas, minimize-se a proteção do indivíduo em nome de uma maior eficiência do sistema punitivo, sob a falsa idéia que esses dois objetivos são incompatíveis entre si. Semelhante concepção de política criminal do Estado, típica dos regimes nacional-socialistas da primeira metade do século XX, implicou, aqui e alhures, a adoção de uma legislação penal e processual penal mais extremada, a exemplo da norma inserida no ar. 311, que previa a prisão preventiva obrigatória, cabível automaticamente, para acusados de crimes punidos com pena igual ou superior a 10 anos de prisão”.

³⁶¹ ACOSTA, Walter P. **O processo penal**. Rio de Janeiro: Editora do Autor, 1955. p. 82.

³⁶² LOPES JUNIOR, 2007, p. 515.

Com o advento da Carta Magna de 1988, extensa gama principiológica inseriu-se expressamente no ordenamento jurídico, gerando a necessidade de “redefinição de diversos institutos jurídicos” referentes à prisão, readequando-os às “garantias individuais previstas na Constituição Republicana de 1988³⁶³”. Deve-se enfatizar que, em tempo algum, outra Carta Constitucional brasileira consignou tantos direitos e garantias ao cidadão, sendo que “a legislação pátria demonstrou-se tomada de ventos democráticos”³⁶⁴.

Com a promulgação da Carta constitucional de 1988, que inseriu a República Federativa do Brasil com um Estado Democrático de Direito, ocorreu profunda modificação nos direitos e garantias do cidadão, destacando-se o direito à liberdade em momento anterior à sentença condenatória³⁶⁵.

Quando se trata de interpretação, ou seja, da forma pelo qual o juiz extrai da lei seu entendimento para julgar o caso concreto inserido nos autos, importa mencionar Luiz Antônio Câmara, citando Giovanni Fiandaca e Enzo Musco, que verificam na Itália as denominadas “prejudiciais político-ideológicas”, quando se repassa ao julgador o poder, em virtude da inépcia estatal, exurgindo um direito penal de caráter jurisprudencial³⁶⁶.

A sociedade clama pela proteção de valores supraindividuais que adentram a esfera econômica, cabendo ao direito penal desempenhar esta função de proteção e prevenção, devendo, para tanto, adequar-se estritamente aos princípios e garantias encetados no ordenamento pátrio.

Para Sánchez Ríos³⁶⁷:

³⁶³ OLIVEIRA, 2008, p. 413.

³⁶⁴ CÂMARA, 1997, p. 24.

³⁶⁵ Id., 2006, p. 233: “Em 1988, com a edição da nova Carta Constitucional e a instalação do Estado Democrático de Direito, pronunciou-se um regime de maximização dos direitos e garantias fundamentais. Entre estes, também, os chamados direitos civis ou à liberdade, categoria na qual se inserem os direitos do criminalmente acusado, especialmente a liberdade de locomoção antes da prolação de juízo condenatório com trânsito em julgado. Ao imputado, na nova Carta, foram oferecidos direitos e garantias vários e vigorosos, dentre os quais convém destacar: o princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, inciso LIV), o princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, inc. LVII), os princípios da ampla defesa e do contraditório (CF, art. 5º, inc. LV) e o princípio do juiz natural (CF, art. 5º, inc. LIII). No âmbito do legislador constituinte consagrou também a regra da liberdade provisória (CF, art. 5º, inc. LVI)”.

³⁶⁶ Ibid., p. 247: “A postura denunciada indubitavelmente pavimentou o caminho para uma já presente e densa atuação judicial dirigida, manifesta na que os autores peninsulares referidos chamam de prejudiciais político-ideológicas da atividade interpretativa, freqüentemente incidentes e de fácil visibilidade na Itália nos últimos anos, particularmente onde se dá a tutela de bens-interesses supraindividuais. Consistem as prejudiciais político-ideológicas da atividade interpretativa em uma atuação supletiva do juiz em relação aos outros poderes do Estado, vistos como incapazes e insuficientes, o que faz emergir um <<direito penal jurisprudencial>>, que tende a superar os limites de tutela legislativamente demarcados. Isso demonstra, de forma macroscópica, um componente criativo de uma atividade interpretativa politicamente orientada.

³⁶⁷ RÍOS, 2000, p. 6-7.

[...] esta função de efetivação dos valores impregnados na CF de 1988, e do ideal de justiça a ser cumprido pelo Direito Penal num Estado de Direito democrático e social, deve ser alcançada dentro - e no fiel respeito - **dos princípios penais de garantia**. (grifo nosso)

Para o doutor em *Diritto Penale e Criminologia* pela *Università degli studi di Roma*, os crimes contra a ordem econômica demandam uma investigação acerca da propriedade em utilizar-se a principiologia dirigida aos delitos convencionais pela “complexidade do bem jurídico supraindividual”³⁶⁸.

No entanto, constata-se um intento criminalizador direcionado às classes sociais mais abastadas, em especial nos denominados crimes empresariais que centram-se em uma sujeição ativa diversa, quando o legislador pátrio impôs no sistema pátrio a possibilidade prisional temporária para os crimes contra o sistema financeiro³⁶⁹.

Para Luiz Antônio Câmara³⁷⁰:

Tal previsão mostra um redirecionamento da atuação do legislador infraconstitucional, buscando demonstrar que o aparelho repressivo do Estado aponta sua bateria também para os economicamente privilegiados.

Corroborando este recrudescimento penal a Lei. 7492/86, através do art. 30, quando estabelece como pressuposto a magnitude da lesão causada. No mesmo diploma legal, através do art. 31, a impossibilidade de apelar sem ser recolhido à prisão e também prestar fiança quando presente algum dos requisitos da prisão preventiva. Na seqüência, através da Lei 8.035/90 proibiu-se a concessão da liberdade provisória sem fiança em caso de sonegação fiscal e contra a economia popular³⁷¹.

O discurso do temor é patente, “o medo é um inimigo mais poderoso do que todos os outros” e configura-se em campo promissor para a consecução de “um direito penal simbólico”, fortalecido pelos meios de comunicação que propalam informes errôneos e deturpados sobre a “explosão da criminalidade”. Procura-se

³⁶⁸ Ibid., p. 16: “Entendemos que o ponto crucial está em se descobrir a dimensão da dependência das novas espécies delitivas econômicas em relação aos princípios gerais de imputação norteadores do Direito Penal comum. Em outras palavras, deve-se indagar e analisar se estas novas figuras típicas não demandam, talvez, a formulação de nova estrutura de imputação atinente e exclusiva a elas.

³⁶⁹ CÂMARA, 2006, p. 234-235.

³⁷⁰ Ibid., loc. cit.

³⁷¹ Ibid., loc. cit.

agregar a sociedade “contra o inimigo”, demonstrando a necessidade do uso da força, como recurso essencial para conter esta barbárie³⁷².

Para Leonardo Sica³⁷³:

[...] ante a escalada do crime, todos sentem-se vulneráveis, vítimas em potencial. Esse estado de cartasse psicossocial, fruto da proliferação da idéia de violência, põe todos em estado de beligerância. Todos contra o “inimigo”. O quadro de pânico, de fobia, vitimiza a sociedade: a expectativa do perigo iminente faz com que as vítimas potenciais, aceitem facilmente a sugestão ou a prática da punição ou do extermínio preventivo dos supostos agressores potenciais. Notem: supostos agressores potenciais.

Vê-se claramente a busca por meios de contenção do inimigo, através da Medida Provisória 153, que intentava estabelecer punição antecipada nos crimes de abuso do poder econômico, para o réu que tivesse a liberdade cerceada provisoriamente por flagrante delito. A constrição da liberdade advinda do estado de flagrância deveria permanecer durante todo o trâmite processual, mesmo que presente alguma excludente de antijuridicidade³⁷⁴.

Olvida-se que as prisões processuais não tem a finalidade de anteceder a pena, submetendo-se “ao princípio da necessidade estrita”, não objetivando infligir gravame aquele cuja ação ou omissão adequou-se a uma conduta típica prevista na legislação penal, devendo ajustar-se a uma das seguintes premissas: garantir a execução ou a instrução criminal³⁷⁵.

Cesare Beccaria em *Dei Delitti e Delle Pene*, em 1764, já pugnava pela impossibilidade “de vedar a liberdade ao inimigo sob pretextos frívolos”³⁷⁶, o que claramente buscou-se inserir no ordenamento brasileiro com a vedação da liberdade provisória nos crimes de abuso de poder econômico.

O inimigo imaginado inexistente, é utopia produzida, sendo que em realidade o “verdadeiro inimigo do direito penal é o Estado de Polícia, que, por sua essência,

³⁷² SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 77-78

³⁷³ Ibid., loc. cit.

³⁷⁴ CÂMARA, 2006, p. 235: “Não se pode esquecer que, pouco antes, na inauguração de um período político bastante turbulento, o Executivo emitira medida provisória da qual constata-se norma impeditiva da concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, aos crimes de abuso do poder econômico, tendo recuado após forte pressão da comunidade jurídica”. Em nota de rodapé: “Medida Provisória 153 (definindo os crimes de abuso do poder econômico) de autoria do então presidente Collor de Mello que recém assumira a Presidência da República. O art. 13 da referida medida provisória previa expressamente: “Nas prisões em flagrante efetuadas pela prática de condutas aqui definidas como crime, não será admitida fiança nem se aplicará o disposto no art. 310 e seu parágrafo único do Código de Processo Penal”.

³⁷⁵ MENDES, 2008, p. 663-664.

³⁷⁶ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Título original: *Dei delitti e Delle Pene*. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 14.

não pode deixar de buscar o absolutismo”. A este veraz antagonista, não é possível permitir superfície, qualquer espaço, posto que seria por demais inocente acreditar que este oponente comportar-se-ia dentro dos limites pré-acordados. O embate ao Estado de Polícia deve ser cotidiano, para que o poder jurídico perfaça-se vencedor, sem olvidar da luta daqueles que sempre labutaram pelo direito³⁷⁷.

A história nos demonstra que os seres humanos sempre foram prostrados à condição sub-humana pela política criminal estatal, inserindo-os como “entes perigosos ou daninhos”. Tal constatação verifica-se, não só faticamente, mas, também, materialmente pelo tratamento diferenciado dado pelo ordenamento jurídico às pessoas, que é inerente ao “Estado absoluto”³⁷⁸.

Para Eugênio Raul Zaffaroni³⁷⁹:

Visto que, na realidade, o poder punitivo atua tratando alguns seres humanos como se não fossem pessoas e que a legislação o autoriza a agir assim, a doutrina conseqüentemente com o princípio do Estado de Direito dever tratar de limitar e reduzir, ou, ao menos, delimitar o fenômeno para que o Estado de direito não desapareça.

Quaisquer designações que introduzam discrimen, estendendo linha divisória entre os cidadãos é inaceitável, impróprio de um Estado Democrático de Direito calcado na igualdade, por diferenciar aqueles que deveriam obter tratamento isonômico em momento persecutório.

O princípio isonômico inserido no art. 5º, caput da Constituição Federal iguala os cidadãos diante da norma, direcionada tanto para o aplicador quanto para o legislador, porque “a lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social”³⁸⁰.

Legislações emergenciais tem crepitado nos ordenamentos europeus colocando barreiras ao direito penal de garantias, com apenamentos

³⁷⁷ ZAFFARONI, 2007, p. 176: “Os tempos de autoritarismo não são de resignação nem de pessimismo, mas sim de prova para o direito penal. Não esqueçamos que nossos próceres não tiveram vidas tranqüilas e, justamente por isso, se correu o risco de acabar na fogueira, Beccaria publicou seu livro anônimo, Pagano foi fuzilado, Marat morreu apunhalado na banheira, Rossi esfaqueado, circulou a lenda que Feuerbach foi morto por envenenamento (o que não parece verdade), Romagnosi foi processado, Carmignani condenado ao desterro, Mello Freire denunciado à inquisição, Lardizabal defenestrado e ignorado. Nada disso foi gratuito, mas deveu-se ao fato de que nenhum deles, embora esqueça injustamente outros, mas por outro lado, não conhecemos nenhuma universidade, departamento ou instituto que leve o nome de Torquemada”.

³⁷⁸ Ibid., p. 11.

³⁷⁹ Ibid., p. 12.

³⁸⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 9-10.

desproporcionais aos bens jurídicos protegidos e com a “antecipação de barreiras de punição (até os atos preparatórios)”³⁸¹.

Estratagemas dogmáticos diversos tem sido utilizados para a implementação desta nova política criminal, com o “debilitamento do direito penal de garantias”, impondo um regramento gravoso ao imputado que tem como conseqüência, entre outras, maculas ao princípio da legalidade através de tipos vagos e leis penais em branco³⁸².

Com a subtração do direito da vítima à vingança contra o agressor, através do “confisco do conflito”³⁸³, repassando grande “capacidade de decisão (não de solução)”³⁸⁴ e por conseguinte de “arbitrariedade”³⁸⁵, o Estado tende a buscar novos inimigos que legitimem seu atuar, tendo “na primeira etapa da planetarização do poder”³⁸⁶, através do discurso religioso, respaldando-se na figura do demônio, posteriormente na bruxaria e como conseqüência aqueles que se aliavam a estes inimigos ou desacreditavam no discurso, eram igualmente punidos, seja por feitiçaria³⁸⁷ ou por heresia³⁸⁸.

Com o “seqüestro de Deus”³⁸⁹ o Estado obtém a legitimidade e fica autorizado a usar a violência, pois todo óbice a este poder passa a representar o mal, ou seja, o inimigo a ser combatido³⁹⁰.

³⁸¹ ZAFFARONI, 2007, p. 14.

³⁸² Ibid., loc. cit.

³⁸³ Ibid., p. 30.

³⁸⁴ Ibid., p. 31.

³⁸⁵ Ibid., loc. cit.

³⁸⁶ Ibid., p. 33-34.

³⁸⁷ Sobre instrumentos de tortura para hereges e bruxas, vide Franco Gentili (**Instrumentos de tortura usados pela inquisição e pelos tribunais da idade média**. Tradução: Fabíola Guedes Rapassi. 10. ed. São Paulo: Imprensa Alvorada, 1996. pp. 41, 43 e 48): “CADEIRA DAS BRUXAS: O condenado era preso de cabeça para baixo em uma grande cadeira. Tal posição criava atrozes dores nas costas, desorientava e aterrorizava a vítima. Além disso possibilitava a fácil imposição de uma interminável gama de tormentos. A esta tortura eram submetidas principalmente as mulheres acusadas de bruxaria. E foi usada de 1500 a 1800 em todos os países da Europa. Depois da confissão, as bruxas eram queimadas em auto-de-fé e as suas cinzas eram atiradas aos rios ou ao mar. CADEIRA INQUISITÓRIA: Instrumento ‘essencial’ empregado pelo inquisidor na Europa Central [...] o réu sentava-se nu e com o mínimo movimento as agulhas penetravam no corpo [...] A cadeira tem 1606 pontas de madeira e 23 de ferro. FORQUILHA DO HEREGE: [...] era encaixada abaixo do queixo e sobre a parte alta do tórax e presa com um colar no pescoço. As pontas penetravam na carne com tormentos muito fortes [...]”.

³⁸⁸ ZAFFARONI, op. cit., p. 33-34.

³⁸⁹ Ibid., p. 38: “É impossível compreender a operatividade deste poder punitivo como instrumento indispensável para se organizar as estruturas sociais, colonizadoras primeiro e colonizadas depois, sem levar em conta a enorme transformação cultural que seu surgimento provocou, associado ao modelo inquisitorial que o acompanhava. O poder punitivo havia desaparecido em grande medida com o ocaso de Roma e a generalização do feudalismo, remanescentes nos séculos XII e XIII. Até então a conflitividade era resolvida mediante a luta, como ordália ou presença direta de Deus na tomada de decisões. [...] Com o surgimento do poder punitivo, abandonou-se a luta e a verdade passou a ser estabelecida através do interrogatório ou *inquisitio*. O sujeito de conhecimento – inquisidor (interrogador ou investigador) pergunta ao objeto de conhecimento – inquirido (interrogado

Pôr fim, assenta-se posicionamento acerca do tema: “pensador, na verdade, é quem pratica a reflexão”³⁹¹, motivo pelo qual a interpretação é por demais importante na aplicação da lei ao caso concreto, vez que, “o significado da norma é produzido pelo intérprete”³⁹², e este não pode prestar “vassalagem à norma”³⁹³, sendo que “a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação”,³⁹⁴ cabendo ao exegeta “encarnar a condição de protetor dos princípios constitucionais”³⁹⁵, impondo, desta forma, limites a regramentos que importem máculas aos primados constitucionais, protegendo o cidadão contra os abusos estatais.

ou investigado) – e deste modo obtém a verdade. Se o objeto não responde o suficiente ou o faz sem a clareza ou precisão demandada pelo sujeito, é violentado até a obtenção da resposta (mediante tortura). [...] a virtude está a seu lado porque exerce o poder do soberano, dado que este se considera vítima (usurpa ou confisca o poder da vítima). Deus já não decide entre dois iguais como partes, mas sim está seqüestrado pelo senhor, pelo *dominus*”.

³⁹⁰ ZAFFARONI, 2007, p. 41.

³⁹¹ FREITAS, Juarez. **Interpretação sistemática do direito**. 4. ed. Malheiros Editores, 2004. p. 9.

³⁹² *Ibid.*, p. 13.

³⁹³ *Ibid.*, p. 68.

³⁹⁴ *Ibid.*, p. 74.

³⁹⁵ *Ibid.*, p. 242.

7 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INCIDENTES

O complexo principiológico positivado que tem como escopo o *jus libertatis*, não tem conseguido garantir a liberdade ao cidadão, visto que “a realidade operativa do sistema punitivo demonstra que freqüentemente a intervenção punitiva se realiza de forma perversa e irracional”, sendo que o regramento penal nada mais é do que apenas mais um dos meios de que dispõe o Estado para inibir a criminalidade, perfazendo-se o direito penal na última *ratio*³⁹⁶.

Aqui ganham magnitude os princípios constitucionais quando vivificados no momento do deferimento de uma cautelar pessoal, por tratar-se de um meio “de garantir a utilidade final do processo, mesmo com o sacrifício de valores essenciais à realização da justiça”³⁹⁷.

Considerando o caráter emergencial, que presente deve estar na adoção de tão séria medida coercitiva, quando suprime-se a liberdade de alguém sem uma sentença com trânsito em julgado, os princípios tornam-se os principais instrumentos de garantia do cidadão contra os arbítrios estatais.

Erigem-se dúvidas acerca da existência de outro ramo do direito que materialize tantos reflexos da Constituição quanto o Processo Penal, quando trata das medidas cautelares. Tal premissa é explicada pela situação de estar o acusado à mercê do Estado, e, em desproporção de forças³⁹⁸. Visando dirimir tamanha desigualdade, exsurtem princípios constitucionais específicos a ostentar garantias, que permitem atenuar a vulnerabilidade do acusado, quando no exercício do *jus libertatis*, bem como, na segregação provisória em ergástulos públicos.

A importância dos princípios na aplicação da lei ao caso concreto é bem explicada por Vicente Ráo, pois a sua não utilização “quando não induz a erro, leva à criação de *rábulas* em lugar de juristas”³⁹⁹.

Gilmar Mendes, prefaciando a obra *Direito Penal Libertário*, de Winfried Hassemer⁴⁰⁰, destaca que os direitos fundamentais alcançam o fito de comedir o *jus*

³⁹⁶ DALABRIDA, 2004, p. 19-21.

³⁹⁷ Ibid., p. 53-54.

³⁹⁸ CÂMARA, 1997. p. 27.

³⁹⁹ RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 981.

⁴⁰⁰ HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Tradução: Regina Greve. Coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Gilmar Ferreira Mendes prefaciando. p. xiv.

puniendi estatal, importando verdadeiro *munus* ao aplicador do direito que deverá efetivar tal desiderato:

O jurista – especialmente aquele especializado nas questões penais – comprometido com a consolidação do Estado Democrático de Direito não pode transigir com a violação dos direitos fundamentais. Pelo contrário, deverão tais direitos funcionar como limite ao poder de punição do Estado.

O *jus libertatis* adquiriu enorme importância no ordenamento jurídico pátrio, como percebe-se pelo amplo rol de direitos e garantias que foram expressamente inseridos em nossa Lei Maior, determinando, em *numerus clausus*, as situações em que a liberdade pode ser cerceada, como nas cautelares pessoais.

O aplicador do direito deve postar-se na condição de intérprete, exegeta do ordenamento jurídico nos moldes de um Estado Democrático de Direito, não subsumindo-se à situação de buscar na legislação ordinária norma que aparentemente melhor adéque ao caso concreto. O exercício hermenêutico correto não aceita “passivamente horrendas omissões que impedem a tutela inadiável do aludido núcleo dos direitos em suas múltiplas facetas⁴⁰¹”.

Para Juarez Freitas a interpretação sistemática⁴⁰² como instrumento hermenêutico a perquirir no sistema jurídico⁴⁰³ a solução do litígio na busca da tão almejada paz social em caso de antinomias, transita obrigatoriamente pelos princípios constitucionais⁴⁰⁴.

Toda e qualquer constrição de liberdade ou direito, precedente a uma sentença, devem guardar harmonia como o Estado Democrático de Direito vigente, possuir caráter de exceção, e, ter sua utilização vinculada estritamente aos princípios constitucionais⁴⁰⁵.

Desta forma, todo o princípio deve ser analisado pelo exegeta com a devida amplitude, erigindo-o no ápice do ordenamento jurídico, como⁴⁰⁶:

⁴⁰¹ FREITAS, 2004, p. 68.

⁴⁰² Ibid., p. 99: “[...] Neste compasso, deve-se, por oportuno lembrar, como premissa associada, que por interpretação sistemática, na ótica preconizada, entende-se a operação que consiste em atribuir, hierarquicamente, a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às regras ou normas estritas e aos valores jurídicos, fixando-lhes o alcance e superando antinomias e sentido amplo, tendo em vista solucionar casos de conflito (objetiva ou subjetivamente considerados)”.

⁴⁰³ Ibid., p. 54: “[...] entende-se apropriado conceituar o sistema jurídico como uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição”.

⁴⁰⁴ SARLET, 2007, p. 63.

⁴⁰⁵ FREITAS, op. cit., p. 26.

⁴⁰⁶ MELLO, 1994, p. 450-451.

o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Walter Claudius Rothenburg⁴⁰⁷ define os princípios nos seguintes termos:

Se os princípios têm suas propriedades, diferenciando-se por sua natureza (qualitativamente) dos demais preceitos jurídicos, a distinção está em que constituem eles expressão primeira dos valores fundamentais expressos pelo ordenamento jurídico, informando materialmente as demais normas (fornecendo-lhes a inspiração para o recheio).

Com base no primado da universalidade, todas as pessoas, pelo simples fato de existirem, são titulares dos direitos que emanam dos princípios, “são sujeitos constitucionais de direitos e deveres⁴⁰⁸”. O direito processual penal, por sua vez, “não pode mais ser aplicado com base na estrutura ainda vigente do Código de Processo penal”, estando este vinculado as normas constitucionais que modificaram seu conteúdo⁴⁰⁹.

No entanto, tanto o direito pátrio como outros sistemas jurídicos, têm atribuído “um caráter meramente retórico” a muitos direitos inseridos no texto constitucional, apesar da expressa determinação do art. 5º, §1º que determina a aplicabilidade imediata dos preceitos constitucionais⁴¹⁰.

Todas as normas constitucionais possuem superioridade hierárquica sobre os demais preceitos normativos ordinários do sistema jurídico nacional, revogando por completo aquelas que contenham antinomias com o regramento maior. Considerando que aplicabilidade é o caractere da norma que origina resultados

⁴⁰⁷ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 2003, p. 16.

⁴⁰⁸ CANOTILHO, 2007, p. 327.

⁴⁰⁹ OLIVEIRA, 2008, p. 26.

⁴¹⁰ CÂMARA, 1997, p. 34-36: Citando Christian Starck, Câmara nos traz que: “Tal espécie de previsão constitucional faz necessário o reconhecimento de que: 1º) Os direitos fundamentais impõem-se imediatamente perante quaisquer poderes estatais, mesmo que não haja uma mediação legislativa concretizadora. 2º) Hoje não são os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei, mas é a lei que deve manter-se no âmbito dos direitos fundamentais, explicando-se assim a força vinculativa imediata dos direitos fundamentais em relação ao próprio Poder Legislativo, subordinando-se este aos direitos fundamentais. Isto que dizer que os direitos fundamentais não podem se manifestar apenas como frases programáticas face ao legislador (Christian Starck, La jurisprudence de la cour constitutionnelle fédérale concernant les droits fondamentaux, in *Revue de Droit Public*, nº 5 – 1988 (set-out/88) p. 1265”.

jurídicos, todas as normas jurídicas inseridas no texto constitucional “são dotadas de eficácia jurídica e imediatamente aplicáveis, nos limites desta eficácia”⁴¹¹.

Somente haverá legitimidade na atuação estatal, no momento em que os valores que embasam o Estado Democrático de Direito, estiverem presentes na persecução penal, transformando a *persecutio criminis in iudicio* em instrumento de garantia do cidadão⁴¹².

7.1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COM SUPRA-PRINCÍPIO

Compreende-se o primado da dignidade da pessoa humana, sob a égide de fundamento maior da República Federativa do Brasil, posto ter sido introduzido expressamente a essa condição pelo legislador constituinte, conforme depreende-se do art. 1º, III de nossa Carta Magna, devendo estar presente em qualquer exegese cautelar pessoal.

Apesar de recente em nosso texto constitucional, sua origem nos demais ordenamentos se protraí no tempo, obtendo inequívoco reconhecimento constitucional nos Estados democráticos, tão-somente, após o advento da segunda guerra mundial, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem proclamada pela resolução 217 A (III), da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948⁴¹³.

Cumprindo função de fundamento de nosso ordenamento, o preceito da dignidade se impõe como garantia do cidadão e limite ao Estado no advento da persecução penal, destituindo o cidadão da condição de “mero objeto da lide”, quando o Estado possuía o direito de “extrair a ‘verdade’ dos fatos”, empossando-o como destinatário maior da proteção estatal⁴¹⁴.

⁴¹¹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 13, 261-263: “Nossa análise permite enunciar, sinteticamente, as conclusões seguintes: I- todas as disposições de uma constituição rígida são constitucionais, em virtude do instrumento a que aderem; II- Todas as normas que integram uma constituição tem natureza jurídica, sendo de repelir a tese que sustenta o contrário; III- Todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia jurídica e imediatamente aplicáveis nos limites desta eficácia. [...] XII- As normas constitucionais, sem distinção, são dotadas, enfim de uma eficácia superior a todas as demais normas que compõem a ordem jurídica nacional. Trata-se de uma eficácia ab-rogativa das normas inferiores incompatíveis, e construtiva da ordem jurídica sucessiva”.

⁴¹² PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. 3. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003. p. 74.

⁴¹³ CRUZ, 2006, p. 59-60.

⁴¹⁴ CRUZ, 2006, p. 60.

7.1.1 Por Um Conceito de Dignidade Humana

Derivado do latim *dignitate*⁴¹⁵, o termo *dignidade* tem uma amplitude conceitual bastante expressiva que pode ser bem visualizado quando, despretensiosamente, procuramos aferir o conceito literal em dicionários de língua portuguesa.

Esta amplitude origina uma quase impossibilidade material de elencar todas as situações de adequação pela incoerência de uma real perspectiva de sintetização⁴¹⁶, o que não inviabiliza sua aplicação, posto tratar-se de direito intrínseco ao ser humano que não poderá ser objeto de cerceamento por seu caráter de irrenunciabilidade e inalienabilidade⁴¹⁷.

De acordo com Ingo Sarlet⁴¹⁸:

[...] a dignidade da pessoa humana [...] não poderá ser conceituada de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas.

Para Lênio Streck, o conteúdo das normas é dotado naturalmente de “ambiguidades”, com uma amplitude conceitual aberta, incorrendo real possibilidade de se elencarem taxativamente todas as hipóteses pretendidas para adequar ao caso concreto. O ideário “neopositivista” não alcançou seu intento de produzir conceitos fechados que operam em desarmonia com o destinatário do ordenamento. Segundo Streck o paradigma a seguir é Wittgensteiniano, que superando o derrocado positivismo exacerbado, alcança o contexto regulado pela norma⁴¹⁹.

⁴¹⁵ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI**. O Dicionário da Língua Portuguesa. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 1999. p. 682.

⁴¹⁶ SARLET, 2007, p. 42.

⁴¹⁷ ROTHENBURG, Walter Claudius. Direito constitucional. **Revista de Direito Constitucional**. São Paulo, Revista dos Tribunais, a.8, p. 146-157, jan-mar. 2000. Apud Baracat Eduardo Milléo. Controle do Empregado pelo Empregador. Curitiba: Juruá. 2008. Texto: Direitos Fundamentais. Autoras: Patrícia Meri Driessel e Sandra Geara Cardoso. “Os direitos fundamentais apresentam, dentre outras características, a universalidade, a historicidade, **a inalienabilidade**, a imprescritibilidade, **a irrenunciabilidade**, a interdependência, a efetividade, a relatividade e a unidade”. (grifos nossos)

⁴¹⁸ SARLET, loc. cit.

⁴¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004. p. 260: “I- As palavras da lei

Estando os princípios caracterizados por “generalidade” e “vagueza”, decorre daí sua possibilidade de adequação ao meio social em constante mutação, “amoldando-se às diferentes situações”, permitindo sua aplicação ao caso concreto⁴²⁰.

Condiz expor, nas palavras de Hassemer⁴²¹, a ilação acerca do tema em questão, advinda do texto constitucional alemão:

[...] - os direitos fundamentais dos homens e dos cidadãos devem ser bem definidos, garantidos e protegidos; - Os Poderes do Estado devem existir não apenas em uma organização estável, mas também libertária. E, acima de tudo, determina o art. 1º da Lei Fundamental que a dignidade humana é inviolável, estando sob proteção e observância de todo e qualquer poder estatal.

Conhecido o obstáculo em estabelecer um conceito fechado de dignidade, importante será coletar na doutrina alguns entendimentos acerca do primado. Para Rizzato Nunes, compreende-se a dignidade como “um conceito que foi sendo elaborado no decorrer da história e chega ao início do século XXI repleto de si mesmo como um valor supremo, construído pela razão jurídica⁴²²”.

Ingo Wolfgang Sarlet atento à dificuldade em definir o primado da dignidade humana, consigna clara ressalva ao fazê-lo, “ousando formular proposta de conceituação⁴²³”, perfazendo o nosso fundamento maior em uma:

[...] qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

são constituídas de vaguezas, ambigüidades, enfim, de incertezas significativas. São, pois, plurívocas. Não há possibilidade de buscar/recolher o sentido fundante, originário, primeiro, objetificante, unívoco ou correto de um texto jurídico. Basta, para tanto, ler a Constituição Federal ou qualquer dispositivo de um código para perceber as múltiplas possibilidades interpretativas que se abrem ao usuário/operador do direito. II- Na medida em que o projeto neopositivista fracassou em sua tentativa de construir uma linguagem rigorosa/técnica/lógica, a semiótica (ou a semiologia), a partir de sua vertente pragmática (filosofia pragmática ou filosofia da linguagem ordinária), trabalha com os múltiplos usos ou jogos que regem o linguajar, privilegiando o terceiro nível da semiótica, é dizer, a relação dos signos com seus usuários. Como já se viu anteriormente, a matriz se encontra em Wittgeintein, que substitui a anterior ênfase no rigor e na pureza do discurso por análises que passam a privilegiar os contextos e as funções das incertezas significativas dos discursos”.

⁴²⁰ ROTHENBURG, 2003, p. 21.

⁴²¹ HASSEMER, 2007, p. 24.

⁴²² NUNES, Luis Antonio Rizzato apud COSTA, Tailson Pires. **Dignidade da pessoa humana diante da sanção penal**. São Paulo: Fiuza Editores, 2004. p. 14.

⁴²³ SARLET, 2007, p. 62.

Para Tailson Pires Costa⁴²⁴ a dignidade perfaz-se na “reunião de elementos inerentes ao ser humano, que simbolizam o respeito merecido por todas as pessoas. Respeitar seres humanos é preservar a sua essência, a sua razão, e também a sua existência.”

No entender de Flávia Piovesan⁴²⁵, o simples existir humano origina o direito à dignidade:

A condição humana é requisito único e exclusivo, reitere-se para a titularidade de direitos. Isto porque todo o ser humano tem uma dignidade que lhe é inerente, sendo incondicionada, não dependendo de nenhum outro critério, senão ser humano. O valor da dignidade, humana, se projeta, assim, por todo o sistema internacional de projeção. Todos os tratados internacionais, ainda que assumam a roupagem do positivismo jurídico, incorporam o valor da dignidade da pessoa humana.

Em recente decisão de nossa Corte Constitucional, o presidente da Casa, Min. Gilmar Mendes, citando Maunz-Düring, esclarece o liame necessário entre o cumprimento das garantias constitucionais e o princípio da dignidade humana, nos seguintes termos⁴²⁶:

[...] não se pode perder de vista que a boa aplicação dessas garantias configura elemento essencial de realização do princípio da dignidade humana na ordem jurídica. Como amplamente reconhecido, o princípio da dignidade da pessoa humana impede que o homem seja convertido em objeto dos processos estatais.

Na mesma esteira de pensamento de Ingo W. Sarlet, demonstrando a complexidade em conceituar⁴²⁷ tão importante primado, Schaeffer Martins elenca o que deve abranger tal conteúdo⁴²⁸:

A dignidade da pessoa humana é de difícil conceituação, mas direcionando-se o raciocínio para a elaboração de um conceito, deve-se pressupor a existência de respeito à vida e a integridade física do ser humano, como a presença de condições mínimas para a existência digna, resguardadas a intimidade e a identidade do indivíduo, com a garantia de igualdade para com outrem, sem que se possa excluir também sua condição psicofísica.

⁴²⁴ COSTA, 2004, p. 92.

⁴²⁵ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. São Paulo, **Revista dos Advogados**. Ano 23. n. 70. Julho/2003. p. 38

⁴²⁶ Ibid., Relator: Ministro Gilmar Mendes – J. 16 de maio de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 mai. 2009.

⁴²⁷ Vide Manoel Jorge e Silva Neto (2008, p. 253), quando também afirma a dificuldade em conceituar a dignidade humana: “Dignidade da pessoa humana não é passível de conceituação, se bem que o juiz possa – ou melhor, deva – decidir se tal ou qual conduta ofende o referido princípio conformador do Estado brasileiro”.

⁴²⁸ MARTINS, 2008, p. 40.

Côncios de que contendas acerca do alcance conceitual da dignidade humana remontam ao período pré-socrático, sem obtenção de termo concludente, entretanto, apesar de descrer-se em conceito unívoco, aventura-se em sintetizar entendimento compreendendo a *dignitate* como: caractere inalienável, indisponível e intrínseco ao ser humano, inserindo-o no cume do sistema jurídico, como sujeito - jamais objeto - de toda e qualquer ação pública, postando-o como legitimador do existir estatal e seu desiderato maior.

7.1.2 A Dignidade da Pessoa Humana no Passado

Em célere e descompromissado retrospecto histórico, verifica-se na antiguidade clássica a dignidade variando de acordo com o *status quo* do grupo a que pertence o indivíduo, ocorrendo, por conseguinte, a existência de pessoas com mais dignidade em confronto com outras possuidoras de menos dignidade⁴²⁹. Salienta-se o modelo percebido pelo estoicismo como “qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas”, colocando todos os homens em igualdade⁴³⁰, erigindo a virtude como fim supremo e como tal superior ao prazer e à própria felicidade.

Denota-se a existência teórica da premissa da dignidade humana no Antigo e, também no Novo Testamento, no contexto de Deus criar o homem a sua imagem e semelhança com o intuito de comandar e se sobrepor aos demais seres vivos, apesar da prática diversa, notadamente por meio da inquisição⁴³¹, posto que aqueles que “não confessavam a heresia eram terrivelmente torturados correndo o risco de ir para a fogueira⁴³²”.

São Tomás de Aquino, precursor da escolástica, filosofia que abarcou o pensamento aristotélico à teologia cristã, declarado santo aos quarenta e nove anos, consignou a dignidade humana de forma similar àquela já prevista no Antigo e Novo

⁴²⁹ SARLET, 2007, p. 30.

⁴³⁰ Ibid., loc. cit.

⁴³¹ Ibid., loc. cit.

⁴³² OLIVER, Martyn. **História da filosofia**. Texto original: Hamlyn History of Philosophy. Tradução: Adriano Toledo Piza. Barueri: Manole Ltda, 1998. p. 45.

Testamento, acrescentando o caractere que “radica na capacidade de autodeterminação⁴³³”.

Para Kant, autor de *a Crítica da Razão Pura*, em meados do século XVIII, o conceito de dignidade parte “da autonomia ética do ser humano”, ou seja, da autodeterminação que é inerente, tão-somente ao homem, impedindo o tratamento desumano mesmo por parte dele próprio, ocorrendo a secularização da dignidade⁴³⁴.

Immanuel Kant⁴³⁵ coloca a dignidade como valor intrínseco ao homem, nos seguintes moldes:

Agora eu afirmo: o homem – e, de uma maneira geral, todo o ser racional – existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade. Em todas as suas ações, pelo contrário, tanto nas direcionadas a ele mesmo como nas que o são a outros seres racionais, deve ser ele sempre considerado simultaneamente como fim.

O pensar kantiano é por demais importante no desenvolvimento do tema, ao aferir à dignidade um conceito de valor maior e, por conseguinte infungível, indisponível e como corolário impossível de ser cedido pelo titular ou cerceado por quaisquer argumentações ou interesses, sejam de natureza particular ou estatal, apesar das críticas de Schopenhauer que considera tal entendimento de extrema vagueza e, como tal, problemático⁴³⁶.

No entendimento do filósofo alemão, criador do método dialético, Wilhelm Friederich Hegel, a dignidade configura-se como “uma qualidade a ser conquistada”, posicionado entendimento contrário a um conceito ontológico, do ser enquanto ser. Perfaz conceituar a dignidade “centrada na idéia de eticidade”, advinda de uma forma específica de ser e agir que lhe garante tal direito⁴³⁷.

Do jusnaturalismo advém o entendimento da dignidade como benefício/valor intrínseco à pessoa⁴³⁸, como tal, anterior e superior ao direito positivado pelos homens. O direito à dignidade do ser humano enquanto ser humano, ou seja, a

⁴³³ SARLET, 2007, p. 31.

⁴³⁴ Ibid., p. 32-34.

⁴³⁵ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução: Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 58

⁴³⁶ SARLET, op. cit., p. 36.

⁴³⁷ SARLET, 2007, p. 37: “Na condição de um dos expoentes (se não o expoente) do idealismo filosófico alemão do século XIX, Hegel – aqui na interpretação outorgada pro Carlos Ruiz Miguel – acabou por sustentar uma noção de dignidade centrada na idéia de eticidade (instância que sintetiza o concreto e o universal, assim como o individual e o comunitário), de tal sorte que o ser humano não nasce digno – já que Hegel refuta uma concepção estritamente ontológica da dignidade -, mas torna-se digno a partir do momento que assume sua condição de cidadão”.

⁴³⁸ Ibid., p. 39.

simples condição de indivíduo inserido em um sistema jurídico, independentemente de quaisquer fatores, garante-se via *lex naturalis*.

Como direito natural, a dignidade passa a ter caráter intrínseco à vida, à pessoa humana, não podendo ser outorgada pelo sistema jurídico, pois já nasce com o indivíduo independentemente da vontade estatal⁴³⁹. Corolário lógico da premissa supra, aquilo que não se concede não fica sujeito à supressão, não podendo o ser humano ter sua dignidade maculada ou restringida pelo Estado por motivo algum.

Na Declaração dos Direitos do Homem de 26 de agosto de 1789, documento consecratório ao abuso do absolutismo monárquico à dignidade humana, os representantes do povo francês, constituídos em recém-fundada assembléia nacional, externaram em seu preâmbulo que “a ignorância, o esquecimento ou o desprezo por direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos [...]”, inserindo como decorrência a dignidade do ser humano como bem jurídico maior, posto configurar-se na gênese do direito natural⁴⁴⁰.

Nesta histórica codificação francesa de direitos fundamentais, consigna-se no art.16 o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como requisito para a existência de uma Constituição, incorrendo verdadeira Carta Constitucional em caso de ausência do primado maior do respeito ao ser humano⁴⁴¹.

Diversas legislações alienígenas, entre as quais a da Alemanha, Espanha, Grécia, Irlanda, Portugal e Itália, contemplam a dignidade da pessoa humana, ao lado da França, que tem a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 como parte integrante de sua Lei Maior⁴⁴².

Sob o impacto da catástrofe humana advinda da Segunda Guerra mundial, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Assembléia Geral

⁴³⁹ Ibid., p. 71-72.

⁴⁴⁰ FRANÇA. Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em: 20 ago. 2008. ‘França, 26 de agosto de 1789: Os representantes do povo francês, reunidos em Assembléia Nacional, tendo em vista que **a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos** e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral’. (grifos nossos).

⁴⁴¹ FRANÇA, 2008: França, 26 de agosto de 1789: Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição’.

⁴⁴² SARLET, 2007, p. 64-65.

das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, elencou direitos basilares de todos os seres humanos, justificando em seu preâmbulo que “o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da humanidade”, impondo em seu art. I o direito à dignidade como consectário da igualdade entre os homens⁴⁴³.

Diversos regramentos surgidos no pós-guerra, abarcam o princípio da dignidade da pessoa humana, como a Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre direitos Cíveis e Políticos e o Estatuto da Unesco, advindos de “reação aos horrores e violações perpetrados na Segunda Guerra Mundial, contém uma dimensão prospectiva que aponta para a configuração de um futuro compatível com a dignidade da pessoa humana⁴⁴⁴”.

Para Maria Garcia⁴⁴⁵ uma análise mais ampla do princípio da dignidade da pessoa humana repousa nos estudos de Günther Dürig:

Deve-se à Günther Dürig o estudo mais profundo sobre a intangibilidade da dignidade humana que “abre” a Constituição Alemã, afirmando-se na ciência e na jurisprudência do pós-guerra.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem ratificou, globalmente, a importância do princípio da dignidade da pessoa humana, como fundamento preambular de qualquer nação, com o fito de alcançar a liberdade, justiça e paz no mundo, cujo conteúdo integra expressamente diversos ordenamentos alienígenas⁴⁴⁶. Inseriu-se em nosso sistema jurídico pela Proclamação de Teerã, resultado da Conferência de Direitos Humanos ocorrida em 13 de Maio de 1968, que vinculou juridicamente o Brasil por ser membro da Organização dos Estados Americanos⁴⁴⁷.

⁴⁴³ DECLARAÇÃO Universal dos Direitos do Homem de 1789. Disponível em: <<http://www.onu-brasil.org.br>>. Acesso em: 02 ago. 2008. ‘Art. I: Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos’.

⁴⁴⁴ MENDES, 2008, p. 153.

⁴⁴⁵ GARCIA, Maria. **Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 199.

⁴⁴⁶ ESPANHA. Constituição da Espanha. Disponível em: <<http://www.direito.adv.br/constitu.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2008. Constitución Española - Don Juan Carlos I, Rey de España, A Todos Los Que la Presente Vieren Y Entendieren, Sabed: Que Las Cortes Han Aprobado Y El Pueblo Español Ratificado la Siguiente Constitución: [...] De lhos derrickos y deveres fundamentales: [...] Artículo 10 - 2. Lás normas relativas a lhos derrickos fundamentales y a lás libertares que lá Constitucional reconhece se interpretaram **de conformidade com la Declaración Universal de Derechos Humanos** y los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias ratificados por España.’ (grifos nossos)

⁴⁴⁷ ZAFFARONI; PIARENGELI, 2006, p. 120: “[...] é reconhecida sua obrigação jurídica por todos os países, seus membros, tal como ficou estabelecido pela Declaração de Teerã de 1968. O Brasil só tardiamente ratificou os Pactos das Nações Unidas e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mas já se encontrava juridicamente vinculado à Declaração Universal, como também à Declaração Americana dos Direitos e deveres do Homem de 1948, aprovada pela IX Conferência

O Decreto Federal Nº 1904, de 13 de maio de 1996⁴⁴⁸, instituiu o programa nacional de direitos humanos coordenado pelo Ministério da Justiça, configurando-se em expressa manifestação do Estado em tornar efetivamente exequível os preceitos entabulados na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Para Paulo Bonavides trata-se de um documento de “convergência” e “síntese” das aspirações da população mundial⁴⁴⁹:

Trata-se de um documento de convergência e ao mesmo passo de síntese. Convergência de anseios e esperanças, porquanto tem sido, desde sua promulgação, uma espécie de carta de alforria para os povos que a subscreveram, após a guerra de extermínio dos anos 30 e 40, sem dúvida o mais grave duelo da liberdade com a servidão de todos os tempos. Síntese, também, porque no bronze daquele monumento se estamparam de forma lapidar direitos e garantias que nenhuma constituição isoladamente lograra ainda congregar ao redor de um consenso universal.

Configurou-se em instrumento a erigir os valores maiores de uma sociedade, com o fito de preservá-los, como nos explica Guilherme de Assis Almeida⁴⁵⁰:

A Declaração de 1948 foi a forma jurídica encontrada pela comunidade internacional para eleger os direitos essenciais para a preservação da dignidade do ser humano. Em sua real dimensão, este documento deve ser visto como um libelo contra toda e qualquer forma de totalitarismo.

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira de nossas Cartas a consignar o primado da dignidade humana em seu conteúdo, e o fez justamente em seu título primeiro, inserindo-o expressamente como fundamento do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil, ao lado de preceitos máximos como a

Interamericana, reunida em Bogotá, como membro que é da Organização dos Estados Americanos (OEA)”.

⁴⁴⁸ BRASIL. Decreto Federal nº 1.904, de 13 de maio de 1996. Institui o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH. O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição DECRETA: Art. 1º - Fica instituído o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH, contendo diagnóstico da situação desses direitos no País e medidas para a sua defesa e promoção, na forma do Anexo deste Decreto. Art. 2º - O PNDH objetiva: I - a identificação dos principais obstáculos à promoção e defesa dos direitos humanos no País; II - a execução, a curto, médio e longo prazos, de medidas de promoção e defesa desses direitos; **III - a implementação de atos e declarações internacionais, com a adesão brasileira, relacionados com direitos humanos**; IV - a redução de condutas e atos de violência, intolerância e discriminação, com reflexos na diminuição das desigualdades sociais; V - a observância dos direitos e deveres previstos na Constituição, especialmente os dispostos em seu Art. 5º; VI - a plena realização da cidadania. (grifos nossos)

⁴⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. Liberdade de comunicação e dignidade humana. In: ROCHA, Fernando Luis Ximenes; MORAES, Filomeno; BONAVIDES, Paulo (Coords.). **Direito constitucional contemporâneo: homenagem ao professor Paulo Bonavides**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 574.

⁴⁵⁰ ALMEIDA, Guilherme Assis; MOISÉS, Cláudia Perrone (Coords.). **Direito internacional dos direitos humanos de 1948: instrumentos básicos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 2.

soberania e cidadania entre outros⁴⁵¹. Sendo fundamento, a dignidade da pessoa humana, como direito do cidadão, deverá “ser viabilizada para se tornar realidade”⁴⁵², interagindo com todo o sistema normativo, de forma a efetivamente, integrar o ordenamento jurídico.

Denota-se, da antiguidade clássica até os dias atuais, incessante debate acerca do tema, ocorrendo paulatinamente mudança paradigmática a erigir o preceito da dignidade humana como fundamento maior de qualquer sociedade democrática. Restando efetivamente acolhido pela doutrina e positivado em lugar sublime por nossa Lei Maior, o supra-princípio deve, agora, prosperar do mundo do dever ser, para o mundo do ser, onde realmente encontra-se o cidadão, razão de existir do Estado.

⁴⁵¹ BRASIL. Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: I- a soberania; II- a cidadania; **III- a dignidade da pessoa humana**; IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V- o pluralismo político. (grifos nossos)

⁴⁵² COSTA, 2004, p. 13

7.1.3 A Dignidade Como Limite Estatal

A Constituição portuguesa insere a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental⁴⁵³, perfazendo na base da República ao lado da vontade popular, como “fundamento e limite do Estado democrático⁴⁵⁴”. Como consectário desta inserção a pessoa é colocada acima da organização política, deixando de ser objeto para atingir a condição de “fim e não meio de relações jurídico-sociais⁴⁵⁵”. Proclamado como “núcleo essencial” de sua Lei Maior, no momento que elege a *dignitas-hominis* como desiderato mais elevado do Estado em seu art. 2º, caracteriza a supremacia do cidadão em relação aos interesses estatais⁴⁵⁶.

Para Canotilho configura-se em “fronteira” de inequívoca importância a estabelecer óbice aos abusos estatais, “valor limite” a coibir toda e qualquer conduta estatal, sob as mais variadas argumentações, que imponham condição de objeto ao cidadão⁴⁵⁷. A importância da dignidade exsurge com o objetivo de legitimar a própria República como forma de governo adotada no país lusitano⁴⁵⁸.

Como fundamento de nossa Carta Constitucional, a dignidade humana conforma-se em valor inseparável da pessoa e, como tal, congênito, independentemente sua existência de quaisquer fatores externos. Tem como caractere intrínseco a oposição de limites ao Estado em relação aos primados maiores do indivíduo⁴⁵⁹.

Vista como valor eleito à categoria máxima do ordenamento jurídico, encontra-se, também, presente em outras passagens do texto constitucional pátrio,

⁴⁵³ PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <<http://www.portugal.gov.pt>>. Acesso em: 20 ago. 2008: ‘Princípios Fundamentais: Art. 1º. Portugal é uma república soberana, **baseada na dignidade da pessoa humana** e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária’. (grifo nosso)

⁴⁵⁴ CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 198.

⁴⁵⁵ Ibid., loc. cit.: “[...] Com este sentido, a dignidade da pessoa humana ergue-se como linha decisiva de fronteira (valor limite) contra totalitarismos (políticos, sociais, religiosos) e contra experiências históricas de aniquilação existencial do ser humano e negadoras da dignidade da pessoa humana (escravatura, inquisição, nazismo, estalinismo, polpotismo, genocídios étnicos)”.

⁴⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional de teoria da constituição**. 5 ed. Coimbra-PT: Livraria Almedina. 2002. p. 225: “[...] a dignidade da pessoa humana como base da república significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do homo noumenon, ou seja, o indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve ao homem, não é o homem que serve aos aparelhos político-organizacionais”.

⁴⁵⁷ CANOTILHO; MOREIRA, op. cit., p. 198.

⁴⁵⁸ Ibid., p. 199: “A dignidade da pessoa humana constitui um ‘dado prévio’ (a precondição) da legitimação da República como forma de domínio político, mas não se trata de um dado fixista, invariável e abstrato”.

⁴⁵⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 16: “Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas do Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa [...]”.

como no art. 227, caput⁴⁶⁰, quando garante à criança o direito à dignidade e também na regulação da atividade econômica no art. 170, caput⁴⁶¹, almejando assegurar a todos uma existência digna.

Deve-se estar atento que os fundamentos da República Federativa do Brasil, bem como, seus princípios norteadores, por sua concepção aberta, perfazem-se em cláusulas gerais em sentido amplo, apesar de abalizada opinião doutrinária divergente⁴⁶², abrangendo todas as relações entre os indivíduos, configurando-se a dignidade da pessoa humana em um supra-princípio obrigatoriamente presente em todos os momentos do cotidiano social, impondo-se hierarquicamente sobre qualquer norma ordinária ou preceito constitucional, posto tratar de fundamento da República Federativa do Brasil.

A intenção do legislador constituinte restou clara ao elevar determinados valores à categoria de princípios fundamentais, erigindo-os a uma hierarquia superior em comparação aos demais mandamentos constitucionais⁴⁶³. Ao inserir geograficamente a dignidade da pessoa humana no título primeiro da Carta Magna, constituindo-a como fundamento maior de nosso Estado Democrático de Direito, o legislador produziu uma categoria de supra-princípio que passa a reger todo o ordenamento jurídico.

Alçada à condição de “princípio normativo fundamental⁴⁶⁴” e “fundamento de nossa ordem constitucional⁴⁶⁵”, o cidadão que é o titular do direito à dignidade, passa a ocupar situação privilegiada no sistema jurídico, visto que o alavanca à condição suprema, acima do próprio Estado e seus interesses⁴⁶⁶. O conhecido maniqueísmo do interesse público contrapondo o interesse individual encontra-se

⁴⁶⁰ BRASIL. **Constituição (1988)**: Art. 227, caput: “É dever da família assegurar a criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à **dignidade**, ao respeito [...]”. (grifos nossos)

⁴⁶¹ Ibid., Art. 170, caput: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, **tem por fim assegurar a todos existência digna**, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]”. (grifos nossos)

⁴⁶² COSTA, 1999, p. 324. “Em suma, não se pode afirmar que cláusulas gerais e princípios são o mesmo, se tomarmos a expressão princípio jurídico em toda a sua extensibilidade que lhe é própria. É certo que, tanto as cláusulas gerais, aos princípios pode ser atribuída a vagueza semântica, mas esta, como se viu, pode ser observada em qualquer termo ou expressão, constituindo antes uma questão de grau do que de característica”.

⁴⁶³ SARLET, 2007, p. 63: “[...] mediante tal expediente, o Constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive (e especialmente) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais [...]”.

⁴⁶⁴ Ibid., p. 67.

⁴⁶⁵ Ibid., p. 63.

⁴⁶⁶ SARLET, 2007, p. 68: “[...] reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.”

superado, por tratar-se de discurso manipulado a justificar o descumprimento dos direitos do cidadão⁴⁶⁷, estando o Estado limitado, com uma “soberania mitigada”, por ter como premissa garantir o cumprimento dos direitos fundamentais, mais especificamente da dignidade da pessoa humana⁴⁶⁸.

Somente haverá legitimidade na atuação estatal, no momento em que os valores fundamentais, entre os quais o primado da dignidade humana estiverem presentes na persecução penal, transformando a *persecutio criminis in iudicio* em instrumento de garantia do cidadão⁴⁶⁹.

Na obra *Direito Penal Libertário* de Hassemer, no prefácio de Gilmar Mendes, resta consignado, que os direitos fundamentais alcançam o fito de comedir o *jus puniendi* estatal, importando verdadeiro *munus* ao aplicador do direito que deverá efetivar tal desiderato:

Quando se fazem imputações vagas ou denúncias infundadas, dando ensejo a persecução penal injusta, está a se violar o princípio da dignidade da pessoa humana que, entre nós, tem base positiva no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988.

A utilização de subterfúgios retóricos, como aqueles materializados pela Delegacia de Repressão a Crimes Financeiros, na operação Satiagraha⁴⁷⁰, que confrontando o *bem* ao *mal*, produziu eloquente discurso com intuito único de suprimir garantias fundamentais, encontra limite no fundamento basilar de todo o

⁴⁶⁷ LOPES JUNIOR, 2007. p. 12.

⁴⁶⁸ GOLDSCHMIDT, apud LOPES JUNIOR, 2007, p.12. la ciência de la justicia. p. 12: ‘Os **direitos fundamentais**, como tais, dirigem-se contra o Estado, e pertencem, por conseguinte a seção que trata do **amparo do indivíduo contra o Estado**. O processo penal constitui um ramo do direito público, e, como tal, implica autolimitação ao Estado, uma soberania mitigada.’ (grifos do autor)

⁴⁶⁹ PASSOLD, apud DALABRIDA, 2004, p. 128: “A legitimidade da atividade persecutória, deste modo, encontra-se vinculada à preservação dos valores que fundamentam um Estado Democrático de Direito, como a liberdade e a igualdade, verdadeiros pressupostos para uma existência humana digna. O processo penal, neste viés, designa fundamentalmente um estatuto de garantia de proteção da liberdade e da igualdade dos indivíduos, valores indissociáveis que estão enraizados na concepção do homem como pessoa.”

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 95009. São Paulo. Relator: Ministro Eros Grau, j. 11 de julho de 2008. Publicado em 05 de agosto de 2008. Paciente(s): Daniel Valente Dantas [...]. Liminar concedida pelo Ministro Gilmar Mendes, constando do *habeas corpus* relatório da Delegacia de Repressão a Crimes Financeiros – DRCOR – assinado pelo delegado da polícia federal, Protógenes Queiroz, na data de 23 de junho de 2008: “[...] poderíamos diante de tal assertiva legislativa, afirmar que devido ao que já foi cotejado e cruzado com os dados existentes, que D. Dantas, **utiliza sua inteligência para praticar o mal**, prejudicando o país e uma legião de investidores, aplicadores e pessoas a ele ligadas profissionalmente [...] Ante a ameaça dos **corsários saqueadores das riquezas do nosso país**, deixo aqui registrado que o ‘amauense’ que ora subscreve a presente peça, e por cautela alerta aos incautos, seja de forma individual ou organizados criminosamente para tal finalidade, que **estarei de prontidão comparado a um integrante das brigadas dos tigres** [...] A conduta dos três (Guga, Guiga e Gomes) soa com figuras lendárias **dos três mosqueteiros desempenhando atividades a serviço do rei**, qual seja, identificamos naquele festejado grito de guerra ‘um por todos e todos por Daniel Dantas [...]’ (grifos nossos)

ordenamento jurídico pátrio, que é a dignidade humana, inserida no cume de nossa *Lex Matter*. O Estado não pode manipular o discurso do medo como forma de manutenção do poder, exteriorizando ações espetaculosas de demonstração de força, suprimindo direitos constitucionais, esquecendo que a existência digna do indivíduo é o fim do Estado, seu objetivo primeiro e fundamento.

Olvida-se dos ensinamentos de Foucault, para quem “a execução pública é vista então como uma fornalha em que se acende a violência”, sendo que a conduta estatal deveria estruturar-se no entendimento de que a “certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime e não mais o abominável teatro⁴⁷¹”.

Instada como o fim precípua do Estado, a *dignidade* passa a configurar-se um supra-princípio a reger toda e qualquer relação de exercício do *jus puniendi*, perfazendo óbice ao corrente abuso de autoridade. Inocorrendo verdadeiro conflito ou incompatibilidade entre normas⁴⁷² quando presente de um lado este valor máximo do direito pátrio.

Sendo todas as antinomias de natureza axiológica, havendo contradição entre interesses, Norberto Bobbio⁴⁷³ somente entende presente antinomia quando as normas pertencerem ao mesmo sistema jurídico e com “o mesmo âmbito de validade”, o que, invariavelmente, ocorre quando tratar-se da existência do princípio da dignidade da pessoa humana, por estar inserido como valor primeiro do sistema jurídico pátrio, fundamento primordial da República, inserida no art. 1º, III da Constituição Federal.

Como instrumento limitante do *jus puniendi* para proteção do indivíduo, o primado da dignidade da pessoa humana, deslegítima, constitucionalmente, qualquer ação ou omissão estatal que importe menoscabar a supremacia do cidadão frente ao Estado. Estabelece trincheira em favor da cidadania, cuja responsabilidade operativa imputada aos operadores do direito é de suma magnitude, verdadeiro *munus* público, cujo fito é efetivamente alcançar a materialização dos preceitos de um verdadeiro Estado Democrático de Direito na *praxis* forense, através do cerceamento dos abusos estatais na persecução penal.

⁴⁷¹ FOUCALT, 2007, p. 13.

⁴⁷² FREITAS, 2004, p. 102: “convém gizar que por antinomias jurídicas entendem-se incompatibilidades possíveis ou instauradas, entre regras, valores ou princípios jurídicos, pertencentes validamente ao mesmo sistema jurídico, tendo de ser vencidas para a preservação da unidade e da coerência sistemática e para que se alcance a efetividade máxima da pluralista teleologia constitucional”.

⁴⁷³ Ibid., p. 89 apud BOBBIO.

Deve-se buscar em Günter Dürig, no entender de Maria Garcia, a amplitude de merece este fundamento maior, que reclama a “intangibilidade humana”, definindo-a através de conceitos como “espírito”, ‘consciência’, ‘autodeterminação”, sendo a “suprema grandeza da relação constitucional”, configurando-se “em um valor absoluto que não pode ser trocado com nenhum outro”⁴⁷⁴.

7.1. 4 A Dignidade Como Referencial Hermenêutico

Postar-se como verdadeiro exegeta de um ordenamento jurídico nos moldes de um Estado Democrático de Direito, não se restringe à situação de buscar, na legislação ordinária, norma que aparentemente melhor adequa-se ao caso concreto. O exercício hermenêutico correto “não presta vassalagem a normas, nem aceita, passivamente, horrendas omissões que impedem a tutela inadiável do aludido núcleo dos direitos em suas múltiplas facetas”⁴⁷⁵.

As normas estritas ou regras devem adequar-se e “dar concretude” aos princípios fundamentais, principalmente quando se trata da dignidade da pessoa humana, que juntamente com os demais fundamentos da República Federativa do Brasil, possuem “diferença substancial de grau hierárquico”⁴⁷⁶.

Para Rothenburg os princípios constitucionais têm aplicação imediata, apesar da marcante abstração, o que não impede sua perfeita determinação, obrigando o exegeta a fazê-lo em consonância com regras já existentes ou, até mesmo, isoladamente, vindo a integrar o sistema jurídico⁴⁷⁷.

⁴⁷⁴ GARCIA, Maria. **Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 199: “A dignidade humana é, para Günter Dürig [...] a suprema grandeza da relação constitucional, no sentido de um ‘ordenamento de valores’. Esta colocação deriva, segundo Dürig, da dupla consideração de que existem ‘valores objetivos’ (cognoscíveis e co-divisíveis) e que a força normativa da Consituição pode fundar-se unicamente sobre tais valores ‘objetivos’ p. 89-90). (Tradução livre da autora). “A filosofia prática de Kant é notoriamente o principal ponto de relacionamento cultural, para a interpretação da dignidade da pessoa humana dada por Dürig, [...] Um valor que não pode ser trocado com nenhum outro, aquele que não tem preço, não sendo equivalente a nada, é o valor absoluto (ou, antes, interior) de alguma coisa [...]”.

⁴⁷⁵ FREITAS, 2004, p. 68.

⁴⁷⁶ FREITAS, 2004, p. 292.

⁴⁷⁷ ROTHENBURG, 2003, p. 17-18: “[...] os princípios são dotados de um elevado grau de abstração o que não significa impossibilidade de determinação – e, conseqüentemente, de baixa densidade semântico-normativa (mas podendo ser integrados por meio de interpretação/aplicação, sobremodo através de outras normas e até mesmo em relação a situações específicas, como decisões judiciais e atos administrativos), ao passo que as demais normas (regras) possuem um menor grau de abstração e mais alta densidade normativa”.

Em recente decisão de nossa Corte Constitucional em sede de *Habeas Corpus*⁴⁷⁸, o Supremo Tribunal Federal anulou Julgamento Popular de um réu acusado de homicídio qualificado, por ter permanecido durante todo o percurso do júri algemado, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana.

A decisão da Suprema Corte mostrou-se clarificadora à sociedade, demonstrando o entendimento do Pretório Máximo no sentido de inserir-se o princípio da dignidade da pessoa humana, na interpretação de qualquer norma, como no caso concreto, quando foi pauta a necessidade, ou não, do uso de algema, e a extensão deste direito a qualquer pessoa, mesmo em se tratando de réu acusado de homicídio qualificado. Para Fernanda Herbella, “A finalidade precípua da adoção das algemas não deve ser a de atentar contra a dignidade humana⁴⁷⁹” quando explica que “as algemas são meramente instrumentais não tendo o escopo de pena, castigo ou humilhação⁴⁸⁰”.

Deixa-se consignado que a gravidade do delito não retira a dignidade do réu, tratando-se de direito irrenunciável e inalienável, posto tratar-se de um princípio e como tal do “mandamento nuclear de um sistema⁴⁸¹”.

Na mesma decisão, o Ministro relatou fato histórico datado de 23 de maio de 1821, referente ao período imperial, quando o príncipe regente por meio de decreto proibiu a utilização do cárcere para martirizar e afligir o preso, impedindo gravame diverso do cerceamento da liberdade, garantindo o direito à dignidade de qualquer detento⁴⁸².

⁴⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 91952-9. Relator: Min. Marco Aurélio. J 07 de agosto de 2008 “[...] Em primeiro lugar, levem em conta o princípio da não culpabilidade. É certo que foi submetida ao veredicto dos jurados pessoa acusada da prática de crime doloso contra a vida, mas **que merecia o tratamento devido aos humanos**, ao que vivem em um Estado Democrático de Direito. Segundo o art. 1º da Carta Federal, a própria república tem como fundamento **a dignidade da pessoa humana**. Da leitura do rol das garantias constitucionais – art. 5º -, depreende-se a preocupação em resguardar a figura do preso. A ele é assegurado o respeito à integridade física e moral – inciso XLIX”. (grifos nossos)

⁴⁷⁹ HERBELLA, Fernanda. **Algemas e a dignidade da peça humana**: fundamentos jurídicos do uso das algemas. São Paulo: Lex Editora, 2008. p. 134.

⁴⁸⁰ Ibid., loc. cit.

⁴⁸¹ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 81.

⁴⁸² BRASIL, 2008. “[...] que em caso nenhum possa alguém ser lançado em segredo, em masmorra estreita, escura ou infecta, pois que a prisão deve só servir para guardar as pessoas e nunca para as adoecer e flagelar; ficando implicitamente abolido para sempre o uso de correntes, algemas, grilhões e outros quaisquer ferros, inventados para martirizar homens, ainda não julgados, a sofrer qualquer pena aflitiva, por sentença final; entendendo-se, todavia, que os Juizes e Magistrados Criminais poderão conservar por algum tempo, em casos gravíssimos, incomunicáveis os delinquentes, contanto que seja em casas arejadas e cômodas e nunca manietados ou sofrendo qualquer espécie de tormento. (em “Coleção das Leis do Brasil de 1921”, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1889, Parte II. p. 88 e 89)”.

Tal entendimento se mostra conforme os ensinamentos de Paulo Bonavides quando insere o princípio da dignidade da pessoa humana no ápice do sistema jurídico, ao mencionar que:

[...] sua densidade jurídica no sistema constitucional há de ser portanto máxima e se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados [...] ⁴⁸³.

Sendo fundamento da República Federativa do Brasil, como valor capital, a conferir “unidade de sentido ao texto político”, o primado da dignidade da pessoa humana “há de perpassar todo o sistema constitucional vigente”, impondo-se sobre as normas ordinárias e, igualmente, sobre os demais princípios constitucionais ⁴⁸⁴.

Para Manoel Jorge Silva Neto ⁴⁸⁵:

A dignidade da pessoa humana é o fim supremo de todo o direito; logo, expande os seus efeitos nos mais distintos domínios normativos para fundamentar toda e qualquer interpretação. É o fundamento maior do Estado brasileiro”.

Exemplo da utilização do primado da dignidade da pessoa humana na *praxis*, é a concessão da liberdade ao imputado pela autoridade policial, apesar da ausência de previsão legal, quando verificar que a prisão temporária já exauriu seu intento, mesmo antes de vencido o prazo legal da medida constritiva ⁴⁸⁶. Não mantendo o imputado enclausurado, mesmo respaldado em mandado judicial, a autoridade policial imprime, no contexto policial, o fundamento da República, inserindo a dignidade na persecução penal ainda na fase inquisitorial, colocando o cidadão como escopo estatal e o desconstitui da situação de objeto.

O descumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana é corrente na *praxis* policial, quando se realiza a condução de presos no denominado camburão, destinado, segundo Art. 230 do Código de Trânsito Brasileiro ⁴⁸⁷, ao transporte exclusivo de carga.

⁴⁸³ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 77.

⁴⁸⁴ *Ibid.*, 2005, p. 164.

⁴⁸⁵ SILVA NETO, 2008, p. 252.

⁴⁸⁶ FREITAS, 2004, p. 159.

⁴⁸⁷ BRASIL. Lei nº 9.503 de 23 de setembro de 1997. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9503.htm>>. Acesso em 08 de agosto de 2009. “Art. 230. Conduzir o veículo: [...] II - transportando passageiros em compartimento de carga, salvo por motivo de força maior, com permissão da autoridade competente e na forma estabelecida pelo CONTRAN; [...] Infração - gravíssima; Penalidade - multa e apreensão do veículo; Medida administrativa - remoção do veículo”.

O momento histórico vivenciado reclama o primado da dignidade da pessoa humana, como abrigo do cidadão frente ao abuso estatal, porque “se opõe a todo tipo de violação ao direito do ser humano [...] um valor absoluto, não possibilitando qualquer questionamento⁴⁸⁸”, em nosso país que adotou os moldes de um Estado Democrático de Direito e, tem, na dignidade, um de seus fundamentos magnânimos, dotada de “eficácia plena e aplicabilidade imediata”⁴⁸⁹.

As pessoas têm um lugar garantido na sociedade em que vivem, não podendo ser excluídas, ou terem seus direitos limitados sem legítima motivação, perfazendo a noção de dignidade nessa prerrogativa a todos ofertada, de inserir-se e participar da coletividade⁴⁹⁰.

O postulado supremo da dignidade da pessoa humana, inserido no cimo de nosso ordenamento jurídico, fundamento máximo de nossa Carta Magna, é sustentáculo do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil. Qualquer ação estatal, somente encontrará legitimidade, quando respaldada em tal alicerce, vinculando, obrigatoriamente, as ações persecutórias estatais e, por conseguinte, a exegese pretoriana ao seu cumprimento, sob pena de suprimir-se o vigente Estado Democrático de Direito.

⁴⁸⁸ COSTA, 2004, p. 14.

⁴⁸⁹ FREITAS, 2004, p. 3.

⁴⁹⁰ ARAÚJO; NUNES JUNIOR, 2003, p. 73.

7.1.5 O Uso De Algemas Em Descompasso Com A Dignidade da Pessoa Humana

No cumprimento das medidas cautelares pessoais em crimes contra a ordem econômica, seja prisão temporária ou preventiva, a *praxis* demonstra a constante utilização de algemas pela polícia judiciária. Motivo pelo qual, nesta pesquisa acerca das cautelares pessoais nos crimes contra a ordem econômica, torna-se indispensável adentrarmos ao tema, demonstrando a desnecessidade de tal instrumento persecutório, salvo a ocorrência de situações excepcionais.

Inserimos tal análise no contexto do princípio da dignidade da pessoa humana, como igualmente poderia sê-lo sob a égide da presunção de inocência, o qual também encontra respaldo doutrinário⁴⁹¹.

No entender de Fernanda Herbella⁴⁹²:

A finalidade precípua da adoção das algemas não deve ser a de atentar contra a dignidade da pessoa humana. [...] Lembre-se que as algemas são meramente instrumentais, não tem escopo de pena, castigo ou fonte de humilhação”

A restrição do direito de ir e vir é histórica e imanente à civilização humana, como depreende-se da Lei das XII Tábuas⁴⁹³, de 450 a.C. que determina:

Tábua I – Do chamamento a Juízo – 1. Se alguém for chamado a juízo, compareça. 2. Se não comparecer, aquele que o citou tome testemunhas e o **prenda**. 3. Se procurar enganar ou fugir, o que o citou **poderá lançar mão sobre o citado**. (grifo nosso)

Tratando da proveniência da utilização de algemas, Fernanda Herbella⁴⁹⁴ nos traz:

⁴⁹¹ Vide Rogerio Schiatti Machado Cruz, quando trata do princípio da presunção de inocência e comenta acerca do uso de algemas (Rogerio Schiatti Machado Cruz, 2006, p. 69-70). O STF utiliza os dois princípios, da presunção de inocência e dignidade da pessoa humana para respaldar a ilegalidade no abuso da utilização de algemas, como veremos no decorrer do estudo. Para o relator do *Habeas corpus* nº 91.952 (Relator: Ministro Marco Aurélio. Paciente: Antonio Sérgio da Silva. Autoridade Coatora: STJ. J. 07 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.org.br>>, p. 4.), “É certo que foi submetida ao veredicto dos jurados pessoa acusada da prática de crime doloso contra a vida, mas que merecia tratamento dado aos humanos, ao que vivem em um Estado Democrático de Direito. Segundo o artigo 1º da Carta Federal, a própria República tem como fundamento a dignidade da pessoa humana”.

⁴⁹² HERBELLA, 2008, p. 134.

⁴⁹³ GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (Org.). **Código de Hamurabi**: o manual dos inquisidores; A Lei das XII Tábuas. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2006, p. 79.

⁴⁹⁴ HERBELLA, 2008, p. 23.

A prática de se limitar os movimentos de alguém através da contenção de suas mãos e de seus pés perde-se nas brumas do tempo. Relevos mesopotâmicos já mostravam, 4.000 anos atrás, prisioneiros com mãos atadas.

Encontramos no texto bíblico, inúmeras passagens, onde descreve-se a utilização de instrumentos de restrição de liberdade, produzidos em metal, com o fito de imobilizar os membros superiores⁴⁹⁵. No antigo Egito, utilizavam-se as algemas com a finalidade de possibilitar o trânsito de escravos e condenados sem risco de fuga, e, também, com o objetivo de imobilizar e castigar fisicamente o detido⁴⁹⁶.

Decreto do império brasileiro, de 23 de maio de 1821⁴⁹⁷, regravava a utilização de algemas nos seguintes termos:

[...] ficando implicitamente abolido para sempre o uso de correntes, algemas, grilhões e outros quaisquer ferros, inventados para martirizar homens, ainda não julgados, a sofrer qualquer pena aflitiva, por sentença final.

Ainda no período imperial, quando vigoravam as ordenações filipinas e leis avulsas, o Decreto nº 4.824, de 22-11-1871, consignava expressamente apenamento aquele representante estatal que utilizasse desnecessariamente, na condução do preso, instrumentos como cordas, algemas ou ferros⁴⁹⁸.

Em obra datada de 1955, Walter P. Acosta⁴⁹⁹ prescreve a utilização da coerção física para a prisão:

É vedado o emprego de força na efetivação da prisão, salvo o indispensável para conjurar a resistência ou a tentativa de fuga do preso (art. 284). Havendo resistência à prisão em flagrante ou a determinada por autoridade competente, ainda que por parte de terceiros, **usarão, o executor e quem o auxiliar os meios necessários para defender-se ou para vencê-la [...]**. (grifo nosso)

Destarte, conclui-se que a utilização de instrumentos para a imobilização do indivíduo é fato corriqueiro na história da humanidade, comprovada por inúmeros

⁴⁹⁵ Ibid., p. 25.

⁴⁹⁶ GENTILI, Franco. **Tortura, instrumentos medievais**. Tradução: Fabíola Guedes Rapassi. 10. ed. São Paulo: Imprensa Alvorada, 1996. p. 25: "As algemas da época dos antigos egípcios, eram instrumentos usados para agrilhoar escravos e condenados. As de madeira serviam para a transferência de prisioneiros, impedindo, assim que fugissem. As de ferro, além do uso acima, eram também utilizadas para pendurar as vítimas nos muros das prisões, criando condições de imobilidade que levavam, muitas vezes, à loucura".

⁴⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 91952-9. Relator: Ministro Marco Aurélio. J 07 de agosto de 2008. (em Coleção das Leis do Brasil de 1921, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1889, Parte II. p. 88 e 89). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 08 jun. 2009.

⁴⁹⁸ MIRABETE, 2004, p. 834.

⁴⁹⁹ ACOSTA, 1955, p. 93.

documentos relevantes, caracterizando-se, algumas vezes, como meio de restringir a liberdade e em outras, como gravame por conduta ilícita.

A competência para regular o uso de algemas no direito pátrio é deferida à União, por imposição estabelecida no art. 22, I, do texto constitucional, que dita: “Compete privativamente à União legislar sobre: [...] I- civil, comercial, penal, [...]”.

Também se encontra inserida em nossa Lei Maior, art. 144, § 7º, a determinação expressa de que: “A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades”.

O Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969, Código de Processo Penal Militar, em seu art. 234 determina a utilização do emprego de força somente quando imprescindível, na situação da ocorrência de:

desobediência, resistência ou tentativa de fuga. Se houver resistência da parte de terceiros, poderão ser usados os meios necessários para vencê-la ou para defesa do executor e auxiliares seus, inclusive a prisão do ofensor.

Mais adiante, no §1º deste artigo, o diploma processual penal militar, trata da utilização de algemas nos seguintes moldes: “O emprego de algemas deve ser evitado, desde que não haja perigo de fuga ou de agressão da parte do preso [...]”.

Verifica-se na legislação militar a determinação clara que a utilização das algemas tem um caráter excepcional, devendo ser obstada quando possível, salvo em caso de violência do preso ou possibilidade de evasão. O estatuto que rege as execuções penais no direito pátrio, Lei nº 7.210, de 11/07/1984, estabelece taxativamente em seu art. 199: “O emprego de algemas será disciplinado por Decreto Federal”.

Na ausência de uma Lei Federal ou de um Decreto Federal, resta buscar-se no Código de Processo Penal, art. 284, quando trata da prisão e da liberdade provisória, a imposição legislativa de que, para a efetivação da prisão, “não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso”.

Compreende-se, então, que inexistente norma específica a regular a utilização de algemas no direito pátrio, o que explica o motivo que nos cursos de formação policial, muito se trata de “como se algemar” e muito pouco de “quando se algemar”,

possibilitando “por completo desconhecimento do direito, haver irreparáveis abusos no momento em que se aprisiona um ser humano⁵⁰⁰”

Meios diversos sempre foram utilizados para gerar a imobilização do detido, tais como ferros, correntes e cordas, muitas vezes olvidando a finalidade originária que seria a condução em segurança e passando a ser utilizado como fim em si mesmo, ou seja, uma forma de execração pública.

Júlio Fabbrini Mirabete⁵⁰¹ explica a finalidade desta medida extrema:

Há, porém, necessidade do emprego de algemas como instrumentos de constrição física nas hipóteses de resistência à prisão, de tentativa de fuga, de condução de pessoa presa, condenada ou custodiada, à presença de alguma autoridade ou no transporte para estabelecimento penal ou qualquer lugar.

No entanto, verifica-se no cotidiano forense, a utilização de algemas com finalidade diversa daquela prevista, perfazendo-se em verdadeira “ostentação dos suplícios”, no dizer de Michel Foucault⁵⁰²:

E pelo lado da justiça que o impõe, o suplício deve ser ostentoso, deve ser constatado por todos, um pouco como seu triunfo. O próprio excesso das violências cometidas é uma das peças de sua glória: o fato do culpado gemer ou gritar com os golpes não constitui algo de acessório e vergonhoso, mas é o próprio cerimonial da justiça que se manifesta em sua força.

A utilização de força deve restringir-se àquela necessária para suprimir a resistência, no caso de prisão, ou evitar a fuga do detento⁵⁰³. Para Júlio Fabbrini Mirabete⁵⁰⁴, a utilização de algemas sempre ocorreu em caráter excepcional:

Mesmo na época anterior a Beccaria, já se restringia o uso de algemas (ferros), permitindo apenas na hipótese de constituírem a própria sanção penal ou serem necessárias à segurança pública.

Não se admite a utilização da força além da necessária para efetivar a prisão ou conduzir o detento, sendo que “não se concebe, por exemplo, que, em caso de resistência passiva, o soldado faça uso do *casse-tête*. O que passar do indispensável, sujeita o infrator às penas da lei⁵⁰⁵”.

⁵⁰⁰ HERBELLA, 2008, p. 18.

⁵⁰¹ MIRABETE, 2004, p. 835.

⁵⁰² FOUCAULT, 2007, p. 32.

⁵⁰³ JESUS, Damásio. **Código de processo penal anotado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 200.

⁵⁰⁴ MIRABETE, op. cit., p. 834.

⁵⁰⁵ TOURINHO FILHO, 2005, p. 422.

O direito à intimidade, a vida privada, a honra e a imagem configuram direitos de personalidade, protegidos por força constitucional, gerando o dever de indenizar pelo dano moral e material advindo de seu descumprimento, como verifica-se claramente em ações espetaculosas promovidas pela polícia federal, especialmente nos crimes contra a ordem econômica⁵⁰⁶.

O Supremo Tribunal Federal, na data de 13/08/08, aprovou a 11^a Súmula Vinculante⁵⁰⁷, assentando entendimento de que a utilização de algemas está restrita a situações excepcionais, com apenamento aquele que, por abuso, descumprir tal regramento, nos seguintes termos:

Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Apesar de outros precedentes jurisprudenciais⁵⁰⁸, o nascedouro da 11^a Súmula Vinculante, remonta o *Habeas Corpus* nº 91.952⁵⁰⁹, que julgou o pedreiro Antônio S. da Silva, pelo Tribunal do Júri de Laranjal Paulista. O plenário do STF, considerou ilegal a permanência do réu algemado durante todo o trâmite processual no julgamento popular, sem motivo justificável.

A utilização de algemas em ações policiais sempre figurou-se como regra, o que, com o advento da Súmula Vinculante nº 11, transmutou-se para exceção, passando a necessitar de justificação expressa, “restringindo-se as hipóteses nas

⁵⁰⁶ Vide Fernanda Herbella, quando nos expõe a seguinte situação: “[...] o ex-prefeito de São Paulo, Celso Pitta, estampou a capa do Jornal “O Estado de São Paulo”, em 9 de julho de 2008, escondendo as algemas, através de uma malha de lã jogada sobre elas, quando de sua prisão pela polícia federal. Para completar, foi exposto quando ainda vestia pijamas. (HERBELLA, 2008, p. 103)

⁵⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. “Fonte de Publicação: DJe nº 157/2008, p. 1, em 22 de agosto de 2008 e DO de 22 de agosto de 2008, p. 1. Legislação: Constituição Federal de 1988, art. 1º, III, art. 5º, III, X e XLIX. Código Penal, art. 350, Código de Processo Penal, art. 284, Código de Processo Penal Militar, art. 234, § 1º e Lei nº 4898/1965, art. 4º, a”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante>>.

⁵⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante>>. “Súmula Vinculante 11 [...] Precedentes: RHC 56465, HC 71195, HC 89429 e o HC 91952”.

⁵⁰⁹ Ibid., *Habeas corpus* nº 91.952. Relator: Ministro Marco Aurélio. Paciente: Antonio Sérgio da Silva. Autoridade Coatora: Supremo Tribunal de Justiça J. 07 de agosto de 2008. “EMENTA: ALGEMAS – UTILIZAÇÃO. O uso de algemas surge excepcional somente restando justificado ante a periculosidade do agente ou risco concreto de fuga. JULGAMENTO – ACUSADO ALGEMADO – TRIBUNAL DO JURI. Implica prejuízo à defesa a manutenção do réu algemado na sessão de julgamento no Tribunal do Júri, resultando o fato na insubsistência do veredicto condenatório”.

quais a autoridade, mediante fundamentação escrita, considerar que tenha havido resistência [...] ”.⁵¹⁰

No entender do Ministro Gilmar Mendes, a súmula objetiva evitar a exposição difamatória daquele que ainda não foi condenado, pois fere o princípio da presunção de inocência, sendo que muitas vezes a finalidade é “algemar e colocar na TV ”.⁵¹¹

A súmula vinculante, criada pela Emenda Constitucional 45/04, tem como fulcro pacificar decisões e entendimentos dos tribunais inferiores do Poder Judiciário, diminuindo o número de recursos e clarificando aos aplicadores o entendimento da Corte Suprema, de forma a resgatar a dignidade humana como desiderato estatal, coibindo a utilização desenfreada de algemas por parte da polícia judiciária e ostensiva.

A prática de um ato ilícito, por mais gravoso que seja, não despe o autor de sua dignidade enquanto ser humano, importando tratamento respeitoso por parte do Estado que deve garantir-lhe sua integridade física e moral⁵¹².

Essa mudança paradigmática, no momento primeiro da persecução, quando o indiciado perde sua liberdade cautelarmente e passa a ser considerado sujeito de direitos e, não mais, objeto da persecução penal, estabelece o cidadão como desiderato estatal e reafirma um modelo de Estado Democrático de Direito, quando preserva o princípio da dignidade da pessoa humana.

7.2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito⁵¹³, o que remete ao entendimento que “todo o restante do texto constitucional pode ser entendido como uma explicitação do conteúdo dessa fórmula política⁵¹⁴”. Tal

⁵¹⁰ HERBELLA, 2008, p. 93.

⁵¹¹ Ibid., Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante>> . Acesso em: 06 mar. 2009.

⁵¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus* nº 91.952. Relator: Ministro Marco Aurélio. Paciente: Antonio Sérgio da Silva. Autoridade Coatora: Supremo Tribunal de Justiça. J. 07 de agosto de 2008. p. 4.

⁵¹³ BRASIL. TÍTULO I - Dos Princípios Fundamentais Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

⁵¹⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001, p. 19.

denominação não se circunscreve à mera opção terminológica, posto que o termo democrático exsurge a evitar uma exegese a-democrática, como ocorrido em Cartas anteriores⁵¹⁵.

Não se trata, simplesmente, de uma união formal entre o estado de democracia e de direito, mas a criação de um novo conceito que impõe ao ordenamento jurídico o cumprimento de seu conteúdo, abrangendo “o Estado de Direito e a Justiça Social”⁵¹⁶.

A influência de tal primado alastra-se pela exegese da lei, através da maior efetividade possível dos direitos fundamentais e da proibição do excesso, o que, para os doutrinadores alemães são desdobramentos do princípio da proporcionalidade⁵¹⁷, que será tratado em capítulo próprio, dada a sua importância no contexto de uma cautelar pessoal.

Para Jayme Walmer de Freitas⁵¹⁸:

O Estado Democrático de Direito é norma-síntese ou norma-matriz, cuja relevância consiste essencialmente na integração das normas de que são súmulas ou que as desenvolvem, tendo eficácia plena e aplicabilidade imediata, proclamando que a Constituição fundou um novo tipo de Estado e indicando objetivos concretos, embora programáticos.

Para Canotilho, tratando do direito lusitano, a designação Estado Democrático de Direito deve ser interpretada na realização de uma democracia que abranja a economia, o social e a cultura. Importa estabelecer o entendimento de “sujeição do poder a princípios e regras jurídicas, garantindo aos cidadãos liberdade, igualdade e segurança”⁵¹⁹.

Maior importância do que estabelecer um parâmetro de comportamento, o Estado Democrático de Direito configura-se em um unificador, um “conglobador” dos demais princípios e regramentos constitucionais inseridos nos Sistema Jurídico, como garantia da sociedade e do cidadão, em especial quando se tratar de conteúdo penal⁵²⁰.

Constituir-se em um Estado Democrático de Direito, tem como consequência reger-se por normas democráticas e o dever de obediência aos direitos e garantias

⁵¹⁵ CÂMARA, 1997, p. 29.

⁵¹⁶ SILVA NETO, 2008, p. 244.

⁵¹⁷ OLIVEIRA, 2008, p. 24.

⁵¹⁸ FREITAS, 2004, p. 3.

⁵¹⁹ CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 204.

⁵²⁰ CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 204.

individuais⁵²¹. Sendo a dignidade humana “uma das colunas de sustentação do Estado Democrático de Direito”, a partir desta inserção no Ordenamento Maior, irradia-se para todo o direito penal e processo penal, prescrevendo limites à atuação estatal⁵²².

O termo *democracia* perfaz-se em conceito histórico, que traz, em si, forma de materialização dos valores primordiais de convivência que personificam os direitos fundamentais do homem. A lei deve ser vislumbrada de forma diversa daquela inserida no estado de direito clássico, deixando de ser exclusivamente normativa e “caracterizando-se como desdobramento necessário do conteúdo da Constituição⁵²³”.

Os princípios concernentes ao Estado Democrático de Direito abarcam a constitucionalidade, o princípio democrático, os direitos fundamentais, a justiça social, o princípio da igualdade, a divisão dos poderes, a legalidade e a segurança jurídica⁵²⁴. Para Nicolau Abrão Filho, o primado, em questão, alcança a necessária atuação do advogado, concomitantemente ao dever do Judiciário corresponder aos anseios da sociedade, o que denota a amplitude do preceito⁵²⁵.

Os direitos e garantias do cidadão devem alcançar concretude, não se resumindo em um simples existir, mas “evoluir da retórica dos direitos individuais para a adoção efetiva de preceitos garantidores de tais direitos”, ocorrendo um dever do Estado de não se omitir⁵²⁶.

O constitucionalismo contemporâneo abrangeu, categoricamente, um amplo rol de direitos e garantias que devem ser materializadas no cotidiano forense, não podendo se limitar à exposição no texto constitucional. No entanto a *praxis* vivifica, como prática comum o descumprimento destes preceitos, com claro desvio de

⁵²¹ MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 148.

⁵²² FREITAS, 2004, p. 5.

⁵²³ DA SILVA, 1996, p. 118.

⁵²⁴ *Ibid.*, p. 119.

⁵²⁵ Disponível em: <<http://www.latinoamericana.edu.br>. Acesso em: 20 abr. 2009: “para a efetiva manutenção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, além do advogado ser indispensável para a manutenção da justiça, o Poder Judiciário deve estar atento aos desejos da sociedade, satisfazendo e solucionando seus litígios, e apontando com celeridade e economia os novos caminhos a seguir”.

⁵²⁶ CÂMARA, 1997, p. 29-30.

finalidade nas prisões processuais⁵²⁷, verificando, comumente, a perpetração de ações estatais em desacordo com os direitos inseridos na Carta Magna⁵²⁸.

Para Luiz Antônio Câmara⁵²⁹:

É evidente que, pela imprescindibilidade de materialização da democracia, o Estado Democrático de Direito não pode ficar circunscrito ao texto constitucional. A elaboração das normas infraconstitucionais e a posterior aplicação destas é que demonstram a efetividade da transição ou, distintamente, a resistência em aceitá-la.

A análise dos pressupostos normativos das cautelares, obrigatoriamente, transita em primeiro plano pela exegese do Estado Democrático de Direito e seus princípios basilares inseridos em nossa Lei Superior, conforme entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça⁵³⁰.

A apreciação de uma cautelar pessoal, que restringe o direito de liberdade de um ser humano, exige uma interpretação garantista por parte do juiz, considerando-a adequada e necessária, tão somente, quando houver contínua e completa recepção pelas garantias e direitos impostos pelo texto constitucional. Almeja-se, por conseguinte, um modelo penal garantista “como um parâmetro de racionalidade, de justiça e de legitimidade da intervenção punitiva⁵³¹”.

Para Luigi Ferrajoli, a *praxis* italiana demonstra o descumprimento do modelo garantista, “seja ao se considerar a legislação penal ordinária, seja ao se considerar a jurisdição, ou ainda, as práticas administrativas e policiais⁵³²”.

Deve-se pensar em um “modelo normativo do direito” que impõe um direito penal mínimo, respaldado na lei (princípio da legalidade) a cercear o *jus puniendi* estatal “como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a

⁵²⁷ KAUFMANN, 2006, p. 15: “No momento em que a prisão temporária vem sendo fanaticamente utilizada pelas autoridades policiais como instrumento de pressão para obtenção de confissões, tantas e tantas vezes extorquidas psicologicamente e divorciadas da verdade [...]”.

⁵²⁸ CÂMARA, op. cit., p. 33: “Merecem destaque as seguintes situações: a tortura nas Delegacias de Polícia continuam sendo rotina, como demonstrou recente relatório da Anistia Internacional; quanto ao direito à assistência por advogado, criou-se verdadeira cláusula de estilo, constando quase sempre do auto de prisão em flagrante (ou do termo de oitiva do detido) que o preso abdicou da prerrogativa, embora tenha sido cientificado de seus direitos constitucionais”.

⁵²⁹ Ibid., p. 32.

⁵³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Hábeas corpus* nº 2006/0006767-3. J. 17 de agosto de 2006. Relator: Ministro Hamilton Carvalhito: “A excepcionalidade da prisão cautelar, no sistema de direito positivo pátrio, é necessária consequência da presunção de não-culpabilidade, insculpida como garantia individual na Constituição da República, somente se a admitindo nos casos legais de sua necessidade, quando certas a autoria e a existência do crime (Código de Processo Penal, artigo 312). 2. Tal necessidade, por certo, sem ofensa aos princípios regentes do Estado Democrático e Social de Direito [...]”.

⁵³¹ FERRAJOLI, 2006. p. 785.

⁵³² Ibid., loc. cit.

liberdade”, devendo, para tanto, ter eficaz aplicabilidade. Tal fato erige o direito italiano a um alto grau de garantismo considerando seus princípios e diminuto em relação à prática forense⁵³³.

Para Claus Roxin um Estado Democrático de Direito almeja através de suas normas “jurídico-penais [...] assegurar a coexistência pacífica e livre, sob garantia de todos os direitos humanos”, ficando a cargo do Estado, propiciar as “condições individuais necessárias para uma coexistência”, respaldadas por “instituições estatais adequadas⁵³⁴”.

Entende-se que a utilização de cautelares pessoais nos crimes contra a ordem econômica, em desacordo com os preceitos constitucionais vigentes, obstaculiza a existência real de um Estado Democrático de Direito em nosso país, nestas abusivas coerções à liberdade individual.

Para Claus Roxin “as fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do direito penal. O que está além desta função não deve ser objeto do Direito Penal”. Tal premissa tem origem no contrato social, quando transfere-se ao Estado o poder de intervir, tão-somente, quando medidas de menor gravame não obtiverem eficácia⁵³⁵.

Sinteticamente, o professor de Munique erige assertiva, da qual a dogmática deveria se auto-questionar, indagando-se acerca da utilização de cautelares pessoais e sua real finalidade, a nosso ver, em total desconformidade com o bem, em tese, juridicamente protegido. A perfeita correlação entre a medida cerceadora do *jus libertatis* e o ordenamento jurídico, advêm no momento em que as providências cautelares e subcautelares obedeçam aos objetivos processuais, estando a prisão provisória, amparada no rol principiológico materializado em nossa Carta Magna.

Claro deve estar, conforme ensina Aury Lopes Jr., que a característica instrumental do processo não almeja alcançar a penalização do acusado, intuito comum do órgão acusador, pelo contrário, possui uma finalidade “constitucional-garantista da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais, em especial a liberdade individual⁵³⁶”.

⁵³³ FERRAJOLI, 2006, p. 785.

⁵³⁴ ROXIN, 2006, p. 18.

⁵³⁵ Ibid., loc. cit.

⁵³⁶ LOPES JUNIOR, 2007, p. 26.

Com proficiência JJ. Canotilho sintetiza o que se deve compreender por esse primado fundamental de qualquer ordenamento jurídico⁵³⁷:

[...] constitui o cerne do Estado de direito democrático, a saber, a protecção dos cidadãos contra a prepotência, o arbítrio e a injustiça (especialmente por parte do Estado), [...] o direito de ser ouvido [...] o direito de defesa [...] o direito de contraditório [...] o direito de recurso aos tribunais [...] a proibição de leis restritivas e de intervenções restritivas de direitos, liberdades e garantias desnecessárias, desadequadas e desproporcionadas [...].

Desta forma, o aplicador do direito, em especial o julgador, tem o dever de alicerçar sua interpretação no modelo pátrio vigente de um Estado Democrático de Direito. É certo que “o juiz deve ser o ‘garante’ dos direitos humanos”, julgando a partir de parâmetros de protecção do cidadão contra os abusos estatais, operando concretamente a incidência dos princípios constitucionais⁵³⁸, adquirindo ápice importância quando carrear a supressão cautelar do direito à liberdade⁵³⁹ de um cidadão.

7.3 O DIREITO AO SILÊNCIO

A Constituição Federal em seu art. 5º, LXIII⁵⁴⁰, assegura ao preso o direito de permanecer calado, o que claramente revogou disposições do Código de Processo Penal que dispunham gravame na utilização deste direito, conforme depreende-se da análise dos artigos 186 e 198⁵⁴¹, que foram objeto de *abrogatio* pela Lei 10.792

⁵³⁷ CANOTILHO, 2007, p. 206.

⁵³⁸ SCHEID, Carlos Eduardo. **A motivação das decisões penais a partir da teoria garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 59-62: “O papel do juiz no Estado Democrático de Direito: [...] O juiz deve ser o ‘garante’ dos direitos humanos, trata-se, pois, de um imperativo revestido de uma vigência e de uma validade indiscutíveis, posto que o exercício individual dos direitos fundamentais ‘realiza um processo de liberdade que é elemento essencial da democracia. [...] Dessarte, o discurso garantista alcança aos magistrados a possibilidade de criticarem as leis inválidas por intermédio de sua (re)interpretação em sentido constitucional, denunciando assim, a sua inconstitucionalidade, o que os coloca na posição de garantidores, dos direitos fundamentais”.

⁵³⁹ Sobre a importância da liberdade como princípio constitucional, vide Jorge Henrique Schaefer, para quem “A liberdade do indivíduo está, sem qualquer dúvida, em patamar superior no que tange aos direitos do ser humano, somente se podendo considerá-la em condição inferior ao direito à vida” (2008, p. 42).

⁵⁴⁰ BRASIL. **Constituição (1988)**. Art. 5º, LXIII: “O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado [...]”.

⁵⁴¹ De acordo com o Código de Processo Penal, na redação anterior à Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, que dispunha: “Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder as perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio será

de 1º de dezembro de 2003. O Pacto de San José da Costa Rica de 1969⁵⁴², que passou a integrar o sistema jurídico pátrio através do Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992, impôs à ordem jurídica em seu art. 8º, a possibilidade de não auto-incriminação⁵⁴³.

No entender de Gilmar Ferreira Mendes⁵⁴⁴:

O direito do preso – a rigor o direito do acusado – de permanecer em silêncio é expressão do princípio da não auto-incriminação, que outorga ao preso ou ao acusado em geral o direito de não produzir provas contra si mesmo.

O direito ao silêncio é consectário do princípio da não-auto-incriminação (*nemo tenetur se detegere*), ocorrendo no sistema jurídico pátrio inversão de conceitos. Dever-se-ia prever o primeiro para, por conseguinte, abranger o segundo⁵⁴⁵. Advindo de tal princípio, qualquer medida administrativa ou judicial que tenha por intento a coerção para a confissão é de todo inválida, como se apercebe no caso do réu, conduzido coercitivamente para o interrogatório (art. 260 do CPP)⁵⁴⁶.

Acerca do tema, Aury Lopes Jr. assim se manifesta⁵⁴⁷:

O direito ao silêncio é apenas a manifestação de uma garantia muito maior, insculpida no princípio *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório.

Verifica-se comumente a utilização da segregação processual com finalidade, única e exclusiva, de gerar coação psicológica ao preso e alcançar a produção de provas, em ofensa ao princípio constitucional da não auto-incriminação. Infere-se que a prisão temporária “somente cumpre seus verdadeiros objetivos quando inobservados direitos e garantias constitucionais mínimos colocados à disposição do preso”⁵⁴⁸.

interpretado em prejuízo da própria defesa”. Art. 198: “O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz”.

⁵⁴² CONVENÇÃO Americana sobre Direitos Humanos. Pacto de San José da Costa Rica de 1969. Artigo 8 – “Garantias judiciais. 2. Toda a pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda a pessoa tem direito, em plena igualdade às seguintes garantias mínimas: g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem declarar-se culpada;”

⁵⁴³ OLIVEIRA, 2008, p. 30.

⁵⁴⁴ MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 674.

⁵⁴⁵ PACHECO, 2008, p. 137.

⁵⁴⁶ OLIVEIRA, loc. cit.

⁵⁴⁷ LOPES JUNIOR, 2007, p. 204.

⁵⁴⁸ CÂMARA, 2006, p. 239.

As cautelares – especialmente a prisão temporária - são utilizadas, precipuamente, com intuito de persuadir o preso a produzir prova contra si ou contra outras pessoas⁵⁴⁹. Havendo confissão ou delação por parte do encarcerado, obtém como prêmio a liberdade. Do contrário, pede-se a renovação da prisão temporária, ou até, a transformação em preventiva, como verdadeiro castigo, por não abjurar ao seu direito constitucional de não formar prova contra si.

O direito de permanecer silente materializa-se em qualquer fase da persecução penal, seja no trâmite administrativo de um inquérito policial ou em processo judicial, não podendo a utilização deste direito ser gerador de ameaça direta ou indireta à liberdade de qualquer pessoa. O exercício do direito de permanecer calado “de não produzir prova contra si mesmo, por outro lado, não acarreta uma presunção de culpabilidade⁵⁵⁰”

O princípios advindos da 5ª Emenda da Constituição norte-americana, impedem a coação do imputado à confissão, consistindo “o privilégio contra a auto-incriminação forçada”, importando a não validade da confissão, quando presente qualquer tipo de constrangimento⁵⁵¹.

Nos EUA pode-se elencar alguns casos clássicos de coerção psicológica que levaram a invalidade da confissão do imputado: uma moça que confessou a prática de furto com base em uma promessa inverídica de recompensa; um réu, acusado de matar os pais, foi enganado por um policial que se passou por psiquiatra e induziu à confissão para a cura de seus males físicos e psicológicos; um acusado de homicídio foi interrogado por mais de 8 horas, sendo convencido a confessar, por um policial, que era seu conhecido e lhe informou que, caso não resolvesse esta investigação, iria perder o emprego de que tanto precisava para alimentar os filhos⁵⁵².

Também vigora nos EUA, o direito ao silêncio no momento da prisão, quando se exige o cumprimento dos denominados alertas de Miranda, sem os quais considera-se inválida a prisão e as provas advindas da irregular manifestação do imputado⁵⁵³.

⁵⁴⁹ KAUFFMANN, 2006, p. 93-94.

⁵⁵⁰ PACHECO, 2008, p. 136.

⁵⁵¹ RAMOS, 2006, p.135.

⁵⁵² Ibid., p.136.

⁵⁵³ RAMOS, 2006, p.279: “Alertado pela decisão proferida em *Miranda v. Arizona*, no qual a corte estabeleceu que certos alertas precisam ser feitos ao suspeito antes de ele dar declarações, enquanto preso, no âmbito de um interrogatório policial, para que essas declarações possam ser admitidas como evidência, o Congresso editou o 18 USC § 308, o qual, essencialmente, estabeleceu que essas declarações são admitidas como evidência, desde que fique claro que elas foram dadas

De forma similar, o regramento constitucional espanhol⁵⁵⁴ estipula no *Artículo* 17.3, que o detido não será obrigado a confessar, demonstrando claramente a impossibilidade de se buscar meios coativos que levem a auto-incriminação do acusado⁵⁵⁵.

O primado do silêncio abarca, em determinadas circunstâncias, a testemunha que assim considerada em primeiro plano, é induzida a produzir prova que a transforma em réu de processo-crime. Destarte, ocorrendo possibilidade de o depoimento gerar gravame contra si, a testemunha deve permanecer omissa, ficando dispensada de assinar termo de compromisso de dizer a verdade, podendo calar-se, sem se auto-incriminar. O exercício de um direito constitucional não pode gerar àquele, que o exerce, qualquer desfavorecimento processual.

Antonio Magalhães Gomes Filho⁵⁵⁶, expõe a necessidade do direito ao silêncio estender-se a qualquer pessoa que possa incriminar-se com tal conduta:

Embora aludindo ao preso, a interpretação da regra constitucional deve ser no sentido de que a garantia abrange toda e qualquer pessoa, pois, diante da presunção de inocência, que também constitui garantia fundamental do cidadão [...], a prova da culpabilidade incumbe exclusivamente à acusação.

No contexto do ordenamento constitucional brasileiro, sob argumentação de tratar-se de um procedimento administrativo de natureza inquisitorial, a unilateralidade da investigação policial não tem o poder utópico de abolir direitos, derogar garantias, suprimir liberdades ou de conferir à autoridade pública poderes absolutos, na produção da prova e investigação dos fatos.

Não obstante, inserido no sistema jurídico vigente, o direito do réu de abstrair-se de explicações frente à autoridade policial ou judicial é olvidado, pela corrente

voluntariamente. O requerente do *writ of certiorari*, indiciado pela prática de roubos a bancos e outros crimes federais conexos, pretendeu a supressão das declarações que deu ao Birô Federal de Investigações, baseado no argumento de que não recebeu os alertas de Miranda. A Corte Distrital aceitou a moção de supressão [...].

⁵⁵⁴ Conforme consta expressamente da Constituição da Espanha: “CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA - Aprobada por las Cortes en Sesiones Plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de Octubre de 1978. CAPITULO SEGUNDO- Derechos y libertades: [...]. Artículo 17: 3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales, en los términos que la ley establezca”. Disponível em: <<http://www.direito.adv.br/constitu.htm>>. Acesso em: 02 jun. 2009.

⁵⁵⁵ LANFREDI, 2009, p. 149

⁵⁵⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 113.

utilização de cautelares, em especial a prisão temporária, com o fito único e exclusivo, de extorquir a confissão do encarcerado provisório⁵⁵⁷.

Ainda que previsto o direito ao silêncio na Constituição Federal, não podendo gerar prejuízo àquele que o exerce, não são escassas decisões judiciais que erroneamente o olvidam, considerando que “a reação normal do inocente é proclamar, com insistência e ênfase, a sua inocência, e não reservar-se para prestar esclarecimentos em juízo”, ocorrendo verdadeira presunção de culpabilidade⁵⁵⁸.

O Supremo Tribunal Federal tem considerado o direito ao silêncio, premissa inconteste e, como tal, inaceitável o seu descumprimento, independentemente da autoridade estatal perante a qual deva o acusado comparecer⁵⁵⁹. Inadmissível é compelir-se o investigado ou acusado a produzir prova contra si mesmo, tratando-se de prerrogativa ou privilégio a ser utilizado, tanto na fase inquisitorial quanto judicial, não comportando o exercício regular deste direito quaisquer gravames ao acusado⁵⁶⁰.

A amplitude do princípio da “não-auto-incriminação” tem “dignidade constitucional”, de acordo com entendimento de nossa Suprema Corte, alcança o “direito de mentir”, bem como, exclui o crime de desobediência no caso de não concordância de “fornecer autógrafa para servir de padrão para perícias”. Os meios probatórios que obstaculizam a consecução do primado tornam-se ilícitos, como no caso da “conversa informal gravada clandestinamente ou não⁵⁶¹”, não podendo, portanto, as cautelares pessoais serem utilizadas como meio de subverter o princípio da não auto-incriminação, persuadindo o indiciado à confissão, sob pena de procrastinação de sua prisão processual.

O direito penal garantista cerra barreiras ao sistema inquisitivo, visto que este vislumbra na manifestação do acusado “o início da guerra forense”, ou o “primeiro ataque” na busca da confissão. Resume-se tal contexto no brocardo: ao acusado somente os deveres, enquanto que, ao Estado os respectivos poderes. Inadmite-se,

⁵⁵⁷ KAUFFMANN, 2006, p. 190: “Deve-se cuidar para que ela não seja indevidamente utilizada como instrumento de extorsão de confissões, ou de qualquer outro elemento de convicção”.

⁵⁵⁸ *Ibid.*, p. 92.

⁵⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus* nº 68.742, 141/512. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, Habeas corpus 79.244, Brasília, DF Relator: Ministro Ilmar Galvão, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence: “O fato irrecusável é um só: o direito ao silêncio constitui prerrogativa individual que não pode ser transgredida por qualquer dos Poderes da República, eis que - repita-se - ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal”

⁵⁶⁰ *Id.*. Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, 7. c - AP 1.145.403/09, Relator: Corrêa de Moraes, J. 05 de agosto de 1999: “Se o exercício do direito de permanecer calado (CF, art. 5º., LXIII) pudesse comportar inferências desfavoráveis ao exercitador, não se trataria de um ‘direito’, mas de autêntica armadilha”.

⁵⁶¹ MENDES, 2008, p. 675-677.

então, na persecução penal, a utilização da denominada “tortura espiritual” ou a “manipulação do psiquê”, devendo o órgão investigador ou acusador “subordinar-se a uma série de regras de lealdade processual”⁵⁶².

A utilização das cautelares pessoais, em especial a prisão temporária, comumente utilizada com o intento de pressionar o imputado a confessar, sob pena de procrastinação da subcautelar ou a transformação em cautelar típica, demonstra manifesto desvio de finalidade, ferindo o direito constitucional de manter-se em silêncio⁵⁶³.

7.4 O CONTRADITÓRIO

O contraditório é preceito fundamental do ordenamento jurídico brasileiro que se encontra inserido no art. 5º, LV da Constituição Federal vigente, perfazendo-se no “direito de participar, de manter uma contraposição em relação à acusação e de estar informado de todos os atos desenvolvidos no *iter* procedimental⁵⁶⁴”. Trata-se de pressuposto ao exercício da ampla defesa, posto que seu inadimplemento em procedimento judicial ou administrativo, obstrui qualquer possibilidade de exercitá-la⁵⁶⁵.

Eugênio Pacelli de Oliveira explica sua significância nos seguintes moldes⁵⁶⁶:

o contraditório é um dos princípios mais caros ao processo penal, constituindo verdadeiro requisito de validade do processo, na medida que sua não observância é passível até de nulidade absoluta, quando em prejuízo da acusado.

⁵⁶² FERRAJOLI, 2006, p. 560: “*Nemo tenetur se detegere* é a primeira máxima do garantismo processual acusatório, enunciada por Hobbes e recebida no século XVIII no direito inglês. Disso resultaram, como corolários: a proibição daquela “tortura espiritual”, como chamou Pagano, que é o juramento do imputado; o “direito ao silêncio”, nas palavras de Filangieri, assim como a faculdade do imputado de responder o falso, a proibição não só de arrancar a confissão com a violência, mas também de obtê-la mediante a manipulação do psiquê [...]”.

⁵⁶³ CÂMARA, 2006, p. 240: “Assim, não raro, insatisfeito o titular investigador com a recusa do indiciado em confessar, ameaça-o com a ampliação do prazo, com a classificação provisória como crime hediondo (o que propicia a absurda duração de 60 dias para uma medida subcautelar) etc. Em síntese e de maneira muito pragmática, a utilização da prisão temporária serve como óbice a impositação do direito ao silêncio, especificado na Constituição Federal”.

⁵⁶⁴ LOPES JUNIOR, 2007, p. 194.

⁵⁶⁵ SILVA NETO, 2008, p. 683

⁵⁶⁶ OLIVEIRA, 2008, p. 31.

O princípio do contraditório garante o direito de participação no processo, com conhecimento de quaisquer informações relevantes aos seus interesses, abrangendo, também, o princípio da *par conditio* ou paridade de armas, que proporciona verdadeira isonomia processual⁵⁶⁷, transitando pelo direito do imputado ser “assistido por um defensor, de modo a competir com o Ministério Público”⁵⁶⁸. Também conhecido como “princípio da bilateralidade da audiência”, tem como consequência a isonomia, liberdade e igualdade processual⁵⁶⁹.

Para Gilmar Ferreira Mendes⁵⁷⁰:

O Supremo Tribunal Federal tem assentado que “os poderes inquisitivos do juiz encontram limite no princípio do contraditório que impõem à autoridade judiciária – qualquer que seja o grau de jurisdição que atue – o dever jurídico processual de assegurar às partes o exercício das prerrogativas inerentes à bilateralidade do juízo”.

Não se confunde o princípio da ampla defesa com o do contraditório, que é visto como o “direito de participar, de manter uma contraposição em relação à acusação e de estar informado de todos os atos desenvolvidos no *iter* procedimental”, sendo que a ampla defesa decorre obrigatoriamente do contraditório e este pode acontecer sem, necessariamente, advir daí a ampla defesa⁵⁷¹.

No magistério de Américo Bedê Júnior, o conceito de contraditório não mais comporta tão somente a ciência bilateral dos atos processuais, garantindo até a semelhança de tratamento entre as partes⁵⁷².

De acordo com Bedê Junior⁵⁷³:

⁵⁶⁷ Ibid., loc. cit.

⁵⁶⁸ FERRAJOLI, 2006, p. 565-566: “Para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditor seja admitido em todo estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciárias e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações. [...] Ambas as classes de expectativas – a equiparação da defesa à acusação e a sua intervenção em todos os atos instrutórios – foram, no entanto, frustradas na experiência processual oitocentista. A figura do “Ministério Público de Defesa” não foi jamais instituída, enquanto que aquela do “defensor de ofício” sempre permaneceu um simulacro”.

⁵⁶⁹ PACHECO, 2008, p. 135: “Como corolários, temos os princípios da isonomia processual (a parte contrária deve ser ouvida em igualdade de condições), da igualdade processual (igualdade de direitos entre as partes acusadora e acusada) e da liberdade processual (faculdade que tem o acusado de nomear advogado de sua preferência, de apresentar provas etc.)”.

⁵⁷⁰ MENDES, 2008, p. 549.

⁵⁷¹ LOPES JUNIOR, 2007, p. 526.

⁵⁷² BEDÊ JUNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 131.

⁵⁷³ Ibid., loc. cit..

[...] hodiernamente, o princípio do contraditório deve ter uma concepção mais alargada, eis que sua adoção deve assegurar uma participação efetiva das partes no desenvolvimento do processo, mediante plena igualdade (real), para que assim possa influir em todos os elementos (fatos, provas, questões de direito).

Admitida a providência cautelar pessoal pelo julgador, exsurge instantaneamente, o direito subjetivo do indiciado ter ciência dos motivos ensejadores da perda de sua liberdade em todo seu conteúdo. O teor probatório que alicerçou a constatação do *periculum libertatis* e o *fumus commissi delicti*, amparado na lei ordinária e em todos os princípios constitucionais vigentes, devem estar ao alcance do sujeito passivo que foi enclausurado provisoriamente.

Vicente Greco Filho⁵⁷⁴ compendia o preceito que impõe a ciência bilateral dos atos processuais nos seguintes termos:

O contraditório se efetiva assegurando-se os seguintes elementos: a) o conhecimento da demanda por meio de ato formal de citação; b) a oportunidade, em prazo razoável, de se contrariar o pedido inicial; c) a oportunidade de produzir prova e se manifestar sobre a prova produzida pelo adversário; d) a oportunidade de estar presente a todos os atos processuais orais, fazendo consignar as observações que desejar; e) a oportunidade de recorrer da decisão desfavorável.

O réu deve ter ciência do conteúdo probatório ensejador da cautelar para contrapor-se, em paridade de condições com o órgão acusador. Tal entendimento não encontra amparo nos procedimentos administrativos prévios, denominados inquérito policial, a cargo da Polícia Judiciária, que respaldam-se em doutrina tradicional.

Para Fernando da Costa Tourinho Filho⁵⁷⁵:

Observe-se que no Direito brasileiro apenas no inquérito é que não existe a igualdade processual. Se houvesse tal regra no inquérito, a Polícia encontraria obstáculos maiores ainda na colheita de provas, por razões que nos parecem óbvias.

No entanto, a Constituição da República Federativa do Brasil é clara ao assegurar o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo⁵⁷⁶, sendo a doutrina unânime em afirmar que o inquérito policial configura-se em processo

⁵⁷⁴ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 90.

⁵⁷⁵ TOURINHO FILHO, 2005, p. 50.

⁵⁷⁶ BRASIL. **Constituição (1988)**. Art. 5º, LV: “aos litigantes em processo judicial ou **administrativo**, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. (grifo nosso)

administrativo. Conforme Júlio Frabbrini Mirabete⁵⁷⁷: “não é o inquérito ‘processo’, mas procedimento administrativo informativo”, e Aury Lopes Jr.: “o inquérito policial [...] deve ser considerado como um procedimento administrativo pré-processual⁵⁷⁸”.

Os nossos tribunais⁵⁷⁹ apesar de considerarem o inquérito policial um procedimento administrativo, interpretam-no como peça meramente informativa e inquisitorial e, como tal, desprovida do contraditório, que se faz presente, tão somente, no posterior trâmite *in judicio*. No procedimento administrativo prévio a cargo da polícia judiciária, é entendimento pretoriano pacífico que, apesar do direito do acusado tomar ciência do conjunto probatório, não lhe é consentido participar ou produzir prova a seu favor⁵⁸⁰.

A Constituição Federal é clara e taxativa em garantir o contraditório e a ampla defesa em processo judicial ou administrativo, o que, felizmente, encontra eco em doutrina especializada, que não vislumbra prejuízo ao *jus persecutiones*, o exercício de um direito constitucional, conforme depreende-se dos ensinamentos de Câmara: “os direitos fundamentais impõem-se imediatamente perante quaisquer poderes estatais, mesmo que não haja uma mediação legislativa concretizadora⁵⁸¹”.

Na mesma linha, Aury Lopes Jr. afirma⁵⁸²:

é lugar comum na doutrina a afirmação genérica e infundada de que não existe direito de defesa e contraditório no inquérito policial. **Está errada a afirmação** [...]. Em suma: existe direito de defesa (técnica e pessoal – positiva e negativa) e contraditório (no sentido e acesso aos autos). O desafio é dar-lhes a eficácia assegurada pela Constituição. (grifo do autor)

Como consectário da adoção pátria do modelo de Estado Democrático de Direito, todos os princípios constitucionais incidem como garantia do cidadão contra o abuso, a “prepotência, arbítrio e injustiça” por parte do Estado, inclusive “o direito de contraditório em todo contencioso susceptível de afectar direitos ou interesses legítimos”⁵⁸³.

⁵⁷⁷ MIRABETE, Julio Frabbrini. **Código de processo penal interpretado**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 86.

⁵⁷⁸ LOPES JUNIOR, 2007, p. 252.

⁵⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª T. RHC 10.785. Relator: Jorge Scartezini – j. 02 de outubro de 2001: “o inquérito é um procedimento administrativo-informativo destinado a fornecer ao órgão de acusação o mínimo de elementos necessários á propositura da ação penal. Nele não se aplica o princípio processual do contraditório”.

⁵⁸⁰ Id. Superior Tribunal de Justiça. RHC nº 4.358-0. Relator: Edson Vidigal, DJU 04 de agosto de 1995: “Não cabe alegar cerceamento de defesa da fase de inquérito”.

⁵⁸¹ CÂMARA, 1997, p. 36.

⁵⁸² LOPES JUNIOR, 2007, p. 313-316.

⁵⁸³ CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 206.

A não materialização do contraditório na restrição provisória da liberdade de um ser humano, no trâmite de investigação a cargo da polícia judiciária, não justifica a inexistência do primado em questão, no momento contínuo à decretação da cautelar, através do denominado *contraditório diferido*.

Luiz Antonio Câmara, citando Franco Cordero, erige a importância da adoção na legislação processual penal do contraditório diferido, através da imediata condução do preso à presença do julgador para convalidação, ou não, da medida decretada⁵⁸⁴. Tal instituto em nada prejudica os ditames instrumentais das medidas cautelares, posto que ocorre no momento seguinte ao cerceamento da liberdade, oportunizando ao preso a possibilidade de pronunciar-se sobre a prova produzida e realizar celeremente a contraprova⁵⁸⁵. Desta forma, no intitulado contraditório diferido “na audiência de validade da captura ou do arresto, é o juiz das indagações preliminares que determina se e quais medidas se deve aplicar⁵⁸⁶”.

No procedimento processual penal chileno, medida similar ocorre, sendo o réu conduzido coercitivamente à presença do juiz, que em audiência com a presença das partes decidirá sobre a manutenção da medida cautelar⁵⁸⁷.

No sistema jurídico francês, foi criada a figura do “juiz das liberdades e da detenção (*juge des libertés e de la détention*)”. Ocorrendo pedido cautelar de prisão processual pelo órgão acusador, o juiz instrutor intima o imputado para, na presença de um defensor, exercer célere defesa em audiência, ou requisitar dilação probatória que poderá ter como consequência a “*incarcération*” pelo período de até 4 dias. Em havendo contra-argumentação da defesa, o juiz defere, ou não, o pedido do Ministério Público⁵⁸⁸.

⁵⁸⁴ CÂMARA, 1997, p. 58.

⁵⁸⁵ Ibid., loc. cit.: “FRANCO CORDERO, distingue três espécies de contraditório no processo penal italiano: a) perfeito, com a participação de três pessoas: o órgão acusador, o acusado e o juiz; b) diferido (aquele que tem lugar referentemente às medidas de cautela), onde, adotada a medida *inaudita altera pars* é o indiciado conduzido imediatamente à presença do juiz, com instalação de dilação probatória acerca da convalidação ou manutenção da medida e c) imperfeito, o mais largamente praticado, onde as pessoas atuantes são apenas duas, encontrando-se a garantia defensiva no fato de que certos atos devem ser realizados pelo indagante na presença do defensor. (in *Procedura Penale* (2) Milão, Giuffrè, 1991, p. 727)”.

⁵⁸⁶ BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. **Instituição de direito e processo penal**. Tradução: Amilcare Carletti. Título original: *Instituzioni di diritto e procedura penale*. São Paulo: Pillares, 2008. p. 222.

⁵⁸⁷ LANFREDI, 2009, p. 159: “Resulta interessante, ainda, observar que a medida só validamente poderá ser imposta, com a presença do imputado e seu defensor (art. 142 do *Código Procesal Penal*), mediante decisão motivada, na qual deverão estar expressos os fundamentos para a imposição da medida (Art. 143 do *Código Procesal Penal*), esclarecendo Julián López Masle não ser suficiente ‘la mera aserción del Ministério Público, ni la simple posibilidad de que la investigación se obstaculice’ como justificação para a medida”.

⁵⁸⁸ AIMONETTO, 2002, p. 133 apud CRUZ, 2006, p. 124. “O mecanismo adotado para a aplicação de uma *détention provisoire* prevê, inicialmente, um requerimento do Ministério Público ao juiz instrutor,

De forma semelhante, o ordenamento espanhol através da “Ley de Enjuiciamiento Criminal”, através do art. 505, prevê a condução coercitiva do imputado frente ao juiz de instrução, quando existir pleito de prisão por parte do Ministério Público, para em audiência com a presença de defensor, decidir acerca do deferimento, ou não, da medida, inclusive com a possibilidade de concessão de liberdade provisória mediante fiança⁵⁸⁹.

Na legislação ordinária nacional, apesar de inexistir previsão sobre o direito do imputado postar-se frente ao juiz para exercitar o contraditório em caso de encarceramento provisório, o Decreto 678/92 (Pacto de San José da Costa Rica) e o Decreto 592/92 (Pacto de Nova York), ambos vigentes, determinam expressamente tal prerrogativa⁵⁹⁰.

De acordo com os decretos 678/92 e 592/92⁵⁹¹:

Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou de outra autoridade por lei a exercer funções judiciais [...]. Decreto 592/92 Pacto de Nova York: art. 9º, § 3º. Qualquer pessoa presa ou encerrada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções [...]

Na *praxis* forense corrente, deveria o julgador, atuando como “juiz garante”, propiciar àquele que foi detido provisoriamente, o direito de ser ouvido para que, em breve exercício do contraditório e ampla defesa, fosse-lhe oportunizada a possibilidade de demonstrar a dispensabilidade desta extrema medida, o que permitiria “verificar se os direitos do preso foram observados e se a prisão é legal e necessária”⁵⁹².

Luiz Antonio Câmara, escrevendo sobre mudanças pontuais do Código de Processo Penal, exprimiu seu entendimento acerca do tema pela “instauração de um

que, ‘se o considera fundado, investe, com um despacho motivado, acompanhado também das razões da insuficiência do controle judiciário, o ‘juge des libertés et de la détention’, transmitindo-lhe o pedido do Ministério Público juntamente com os autos do procedimento. O juiz, então, convoca o imputado, que deve estar assistido por um advogado, e, após breve análise sobre a viabilidade da medida cautelar, lhe comunica a intenção de decretar sua detenção provisória, indagando se deseja um prazo para preparar sua defesa, ou se aceita que a decisão (de decretar ou não a cautela) seja tomada, após um debate contraditório na mesma audiência. Se o imputado solicitar a concessão do prazo, o juiz pode determinar a ‘incarcération’ pelo prazo máximo de quatro dias, findo os quais se realiza a audiência que fora suspensa”.

⁵⁸⁹ CRUZ, 2006, p. 124-125.

⁵⁹⁰ Ibid., p. 126.

⁵⁹¹ Ibid., loc. cit.

⁵⁹² Ibid., p. 127: “Com esse propósito, no exercício da Procuradoria-Geral de Justiça, endereçamos ofício à Presidência do Tribunal de Justiça do DF e Territórios, em outubro de 2004, solicitando implementar, junto ao plantão judiciário local, uma rotina de atendimento aos casos de pessoas presas em flagrante”.

debate contraditório em relação à imposição ou não de medida cautelar [...] com a necessária participação de advogado, em favor do suspeito [...]”⁵⁹³.

O caráter provisório que deve possuir uma medida cautelar pessoal, pode ser bem compreendido analisando-se o sistema inglês, na medida em que aquele que teve a liberdade cerceada é, obrigatoriamente, conduzido a cada vinte oito dias frente ao juiz, para que em nova decisão, manifeste-se sobre a necessidade da manutenção, ou não, da prisão cautelar⁵⁹⁴. No direito chileno o prazo é mais extenso, devendo transcorrer o período de seis meses, para que de ofício seja designada nova audiência, conforme dita o art. 145 do *Código Procesal Penal*⁵⁹⁵.

O Estatuto Processual Penal lusitano, art. 254º, ‘a’, em consonância com a Constituição da República Portuguesa, art. 28º,1, garante expressamente o direito de o preso ser conduzido frente à autoridade judicial, assegurando-lhe, após interrogatório, a possibilidade de contraditar a acusação⁵⁹⁶, devendo tal medida adequar-se a toda gama principiológica constitucional⁵⁹⁷.

No processo penal americano, a 6ª emenda garante “em todas as perseguições criminais, o acusado terá direito [...] de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação”. Erige-se problema enfrentado neste sistema jurídico, no caso da *plea bargaining*, que consubstancia-se nos “acordos de barganha”, quando os promotores comumente “blefam e levam-nos a aceitar acordos” prejudiciais à defesa⁵⁹⁸.

No direito pátrio, o inquérito policial, mesmo sendo considerado um procedimento administrativo de natureza sigilosa e inquisitorial para apurar infrações penais, conforme entendimento jurisprudencial⁵⁹⁹, não justifica, de forma alguma, o cerceamento dos mais elementares primados constitucionais no momento contínuo

⁵⁹³ REFLEXÕES em torno das medidas cautelares pessoais no projeto da reforma do código de processo penal Disponível em: <<http://www.camaraeassociados.com.br>>. Acesso em: 20 out. 2008.: “[...] manifesto, em linhas rápidas, algumas sugestões à Comissão de Reforma do estatuto processual penal [...]. A instauração de um debate contraditório em relação à imposição ou não de medida cautelar. Esse debate, com a necessária participação de advogado, em favor do suspeito, indiciado ou acusado é de extrema importância, pois facilita a colheita de provas acerca da necessidade ou não da medida. De observar que em países com códigos onde se vê refletido um maior respeito pelo Direito à liberdade (como a França) existem, inclusive, equipes de oficiais que, na fase imediatamente anterior à cautela, por determinação do juiz, diligenciam colhendo provas para demonstração da existência ou não dos pressupostos da medida. Dito debate contraditório pode, inclusive, como ocorrente na Itália, ser diferido para não frustrar a cautela quando, por diversas razões, for impositiva como medida de surpresa”.

⁵⁹⁴ ALMEIDA, 2006, p. 227.

⁵⁹⁵ LANFREDI, 2009, p. 159.

⁵⁹⁶ FREITAS, 2004, p. 153.

⁵⁹⁷ CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 488.

⁵⁹⁸ RAMOS, 2006, p. 146.

⁵⁹⁹ BRASIL, 2001.

à prisão cautelar. Pleiteia-se, com o contraditório diferido, a imediata condução do preso à autoridade judicial, para, em procedimento sumaríssimo, propiciar um exercício mínimo de cidadania através da oitiva do preso e análise perfunctória do conjunto probatório.

O princípio do contraditório, ou *anspruch auf rechtliches gehör* como dito na Alemanha, tem como conseqüência em caso de desrespeito, a inexistência de processo judicial ou administrativo amparado em lei, ou seja, “[...] podemos afirmar que não há processo sem respeito efetivo do contraditório⁶⁰⁰”.

Configura-se em veraz “direito fundamental processual⁶⁰¹”, que deve estar presente em qualquer procedimento, seja administrativo ou judicial realizado pelo Estado, quando possa gerar gravame à liberdade de um cidadão, maximizando-se tal prerrogativa, quando esta persecução puder redundar na abolição cautelar do *jus libertatis*.

⁶⁰⁰ GUERRA FILHO, 2001, p. 41.

⁶⁰¹ *Ibid.*, p. 40.

7.5 A AMPLA DEFESA

O cânone constitucional da ampla defesa, de forma similar ao entendimento atual, remonta à revolução francesa e seu conseqüente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que expressamente consigna no art. XI, nº 1, o direito de defesa como premissa máxima⁶⁰².

O Texto Constitucional pátrio, em seu art. 5º, LV, assegura aos litigantes o direito à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes. Tal preceito vai além do contraditório, pois este exaure-se na garantia de participação, sem análise da concretude de tais atos⁶⁰³. Encontra-se plenamente afastada pela doutrina, a idéia, antes em vigor, de que a ampla defesa restringe-se ao direito de participar do processo⁶⁰⁴.

A amplitude deste primado encontra-se presente no sistema jurídico alemão, sobrepondo o direito de estar informado e manifestar-se nos autos, adentrando a garantia de ver sua pretensão analisada por órgão com competência de revisão da decisão combatida⁶⁰⁵.

No entender de Bedê Junior, a ampla defesa “é uma característica do contraditório”, apesar de possuir componentes peculiares, sendo o contraditório um expediente necessário para a ocorrência da ampla defesa⁶⁰⁶.

O princípio da ampla defesa alcança a “a concreta efetividade com que se exerce a aludida impugnação⁶⁰⁷”. Destarte, além do direito de defesa técnica através de um defensor inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil e a ciência bilateral dos atos processuais (contraditório), o preceito compreende o direito de o

⁶⁰² MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002. “Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

⁶⁰³ OLIVEIRA, 2008, p. 31.

⁶⁰⁴ MENDES, 2008, p. 547.

⁶⁰⁵ *Ibid.*, p. 547-548: “Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: direito de informação (Recht auf Information), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária os atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; direito de manifestação (Recht auf Äusserung), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berücksichtigung), que exige do julgador a capacidade de apreensão e isenção de ânimo (Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft) para contemplar as razões apresentadas”.

⁶⁰⁶ BEDÊ JUNIOR; SENNA, 2009, p. 179.

⁶⁰⁷ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 32

acusado, fazer-se ouvir e participar do trâmite processual, através da denominada autodefesa⁶⁰⁸.

Para Bedê Júnior⁶⁰⁹:

Este direito abrange tanto o direito à auto-defesa quanto à defesa técnica por um advogado habilitado e, também, o direito de não ser prejudicado no seu exercício por obstáculos alheios à sua vontade ou pela dificuldade de acesso às provas de suas alegações.

A autodefesa desdobra-se na dicotomia: direito de audiência e direito de presença. No primeiro, influenciando na instrução probatória quando do interrogatório. No segundo, “na possibilidade de o réu tomar posição, a todo momento, sobre o material produzido, sendo-lhe garantida a imediação com o defensor, o juiz e as provas”⁶¹⁰.

Na ocorrência de providências cautelares que restrinjam a liberdade, sob a argumentação de garantir a futura tutela jurisdicional em virtude do *periculum libertatis* e do *fumus commissi delicti*, o direito à ampla defesa é comumente olvidado, pela impossibilidade concreta de rescindir o decreto judicial ensejador do recolhimento provisório⁶¹¹. Compreende-se, então, que a efetiva recorribilidade das decisões – e também o contraditório – são elementos da ampla defesa.

Para Luiz Antonio Câmara⁶¹²:

Inobstante não se possa negar a possibilidade que tem o acusado de se valer do *writ*, há a observar que os estreitos limites deste, por ser de cognição sumária, não permitem se possa descer ao conjunto probatório para a verificação da existência dos pressupostos, quer os de natureza probatória, quer os de natureza cautelar.

Decretada a prisão cautelar, em quaisquer de suas espécies, além da ciência do cabedal probatório gerador da medida coercitiva, o réu tem direito à efetiva possibilidade de contra-argumentar, e, fazê-lo celeremente, pois seu *jus libertatis* foi restringido. A amplitude de defesa não se exaure, tão somente, em contraditar a acusação de forma genérica, através do recurso tipificado no estatuto processual

⁶⁰⁸ BEDÊ JUNIOR; SENNA, 2009, p. 180.

⁶⁰⁹ Ibid., p. 178.

⁶¹⁰ PACHECO, 2008, p. 135.

⁶¹¹ CÂMARA, 1997, p. 63: “No processo penal, em razão do bem oferecido à execução – a liberdade – o princípio da recorribilidade das decisões deve mostrar-se vigoroso, máxime quando se trata de medidas cautelares de cunho provisório, em razão da inexistência da culpa formada, com ampla incidência do princípio da presunção de inocência. Malgrado tal posição, o menosprezo para com as medidas cautelares no nosso Código fez com que se preterisse qualquer regra que possibilitasse a interposição de recurso relativamente a decretação de medida cautelar”.

⁶¹² Ibid., loc. cit..

penal. Meios efetivos devem estar ao alcance do réu a possibilitar a influência sobre o alcance das provas produzidas contra si.

Tal exercício de defesa, no regramento lusitano, engloba o denominado direito de audiência, que perfaz-se “na oportunidade conferida a todo o participante de influir através de sua audição [...] no decurso do processo⁶¹³”. Destarte, deferida a cautelar supressora da liberdade, não havendo oportunização ao efetivo exercício constitucional de influir no pensamento do julgador, através de meios eficazes que garantam tal desiderato, descumpre-se no todo, o primado constitucional da ampla defesa.

Giuseppe Bettiol sinaliza a obrigação de “serem impugnáveis os provimentos relativos às medidas coercitivas (art., 309) e de ser apeláveis as medidas cautelares pessoais em geral”, compreendendo o direito de defesa ao imputado, para contraditar frente ao juiz que deferiu a medida constritiva e, sendo necessário, apelar à instância superior⁶¹⁴.

Pugna-se pelo direito subjetivo do réu, fazer-se presente diante do julgador, no momento imediato ao cerceamento de sua liberdade por cautelar pessoal, como desdobramento imediato do princípio da ampla defesa, para em exercício de autodefesa e também através da defesa técnica, efetivar este indisponível direito constitucional⁶¹⁵.

A inexistência da possibilidade de exercitar a defesa no momento seguinte ao deferimento de uma cautelar pessoal, configura verdadeira afronta ao princípio em questão, pois entre a data da supressão cautelar da liberdade e a possibilidade concreta de sua revogação através dos meios processuais existentes, transcorre lapso temporal inaceitável, permanecendo o acusado em calabouço público.

O direito à ampla defesa exige a possibilidade de o réu demonstrar, imediatamente após sua prisão, através de todos os meios de prova em direito admitidos, documental, testemunhal, etc., a desnecessidade da restrição de sua liberdade. Tal situação claramente não ocorre no ordenamento jurídico brasileiro, que não oferece recursos processuais apropriados a solver a mácula da prisão

⁶¹³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974. 1 v. p. 151.

⁶¹⁴ BETTIOL, 2008, p. 222.

⁶¹⁵ CÂMARA, 1997, p. 62: “O regime ideal do processo cautelar tem que, necessariamente partir da seguinte constatação: sempre e invariavelmente, após a realização de um efetivo debate contraditório, o Juiz proferirá sua decisão sobre a decretação ou manutenção da cautela, devendo isso ocorrer em todas as fases processuais onde seja vislumbrável a possibilidade de adotá-la ou não”.

processual, mesmo em caso de evidente desnecessidade do encarceramento provisório.

A ampla defesa tem o condão de “promover um razoável equilíbrio” entre as partes, possibilitando ao acusado demonstrar, por todos os meios, sua inocência⁶¹⁶. Nas cautelares pessoais nos crimes contra a ordem econômica, verifica-se a incoerência de tal equilíbrio processual, similarmente ao que acontecia na Inquisição fundada em 1244 pelo Papa Gregório IX, quando freneticamente buscava-se a confissão, da mesma forma que os inquisidores analisavam casos de heresia. “Aqueles que não confessavam a heresia eram terrivelmente torturados correndo o risco de ir para a fogueira⁶¹⁷”.

Maneira semelhante acontece com muitos encarcerados que são pressionados a “cooperar” através de sua confissão ou delação, sob pena de procrastinação da medida restritiva de sua liberdade (prisão = fogueira).

Para Luiz Antonio Câmara⁶¹⁸:

A jurisdicionalização do processo cautelar manifesta-se como imperativo da moderna processualística, devendo adotar-se a regra *audita altera pars* em relação ao custodiado, coroado o processo com a recorribilidade das decisões, sendo necessário que a espécie recursal tenha efeito devolutivo pleno, devolvendo-se ao órgão julgador não só as questões formais como, também, as questões de fundo.

As garantias constitucionais “tornam justo e devido o processo”, por perfazerem-se no *due process of law*, que infligem a obediência ao cabedal principiológico constitucional, entre os quais o da ampla defesa. Sem o cumprimento dos princípios constitucionais o processo “torna-se instrumento de tirania do poder contra o delinqüente, instrumento de sofrimento, instrumento vexatório, convertendo-se por si só em uma pena⁶¹⁹”.

⁶¹⁶ BUGALHO, Nelson Roberto. Princípios processuais penais. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.). **Direito processual penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 27.

⁶¹⁷ OLIVER, 1998, p. 45.

⁶¹⁸ CÂMARA, 1997, p. 64.

⁶¹⁹ VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal e mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 68-71.

7.6 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Através da jurisdição criminal materializa-se um complexo de ações estatais que tem, como escopo, apurar a responsabilidade penal do imputado, cujo procedimento deve estar amparado em princípios, que salvaguardem o inocente e permitam apurar a autoria de fato típico com intuito de apenar o infrator⁶²⁰.

Na incoerência deste “juízo regular, nenhum delito pode ser considerado cometido e nenhum sujeito pode ser reputado culpado nem submetido a pena”, visto que o processo é o único instrumento legal, capaz de imputar a alguém uma conduta delituosa, neste contexto ampara-se o princípio da presunção de inocência⁶²¹.

Para Luigi Ferrajoli⁶²²:

Esse princípio fundamental da civilidade representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado.

Assim, a tutela da liberdade pessoal consagra-se no princípio da presunção de inocência, inserido no art. 5º, LVII da Magna Carta⁶²³ que impõe ao Estado o ônus de produzir a prova, restando ao cidadão o direito de possuir presunção *juris tantum* ao seu favor. Tem como consectário “um compromisso não apenas técnico mas, também, ético do modelo utilizável”, levando o imputado à condição de sujeito de direitos e não objeto da persecução penal⁶²⁴.

Este postulado tem como fonte a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1789 que, em seu art. 9º entabulou a seguinte premissa de proteção ao cidadão frente ao Estado opressor⁶²⁵:

⁶²⁰ FERRAJOLI, 2006, p. 505.

⁶²¹ Ibid., loc. cit..

⁶²² Ibid., p. 506: “A culpa, e não a inocência, deve ser demonstrada, e é a prova da culpa – ao invés da de inocência, presumida desde o início – que forma o objeto do juízo. [...] ‘Basta ao corpo social que os culpados sejam geralmente punidos’, escreveu Lauzé Di Peret, ‘pois é seu maior interesse que todos os inocentes, sem exceção, sejam protegidos’.

⁶²³ BRASIL. **Constituição (1988)**. Art. 5º, LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

⁶²⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 38-39.

⁶²⁵ DALABRIDA, 2004, p. 70. Tradução: “Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

Tout homme étant presumé innocent, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement reprimée par la loi.

O nascedouro deste princípio teve, como finalidade, impor limites às desmedidas ações estatais pré-revolução iluminista, quando ocorria o “uso indiscriminado de medidas odiosas contra a pessoa do acusado, inclusive com o emprego da tortura”⁶²⁶.

Com o regresso de um direito penal de cunho autoritário na última parte do século XIX, o princípio da presunção de inocência sofreu profundo revés, sendo considerado “grosseiramente paradoxal e irracional”, trazendo esta ideologia para a nossa legislação processual penal que remonta ao início da década de 40, visto que teve como fonte o regramento italiano⁶²⁷.

Compreende-se o motivo do princípio em tela ser usualmente rechaçado por modelos totalitários das primeiras décadas do século XX, como no fascismo italiano⁶²⁸, ou no nacional-socialismo da Alemanha. Em crítica exposta por Manzini, quando repelia o princípio da presunção de inocência no Código de Processo Penal Italiano de 1913, considerava uma “stravaganza” advinda do iluminismo⁶²⁹.

Para Dalabrida o preceito perfaz-se na seguinte dicotomia⁶³⁰:

a) desobrigar o acusado do fornecimento de provas da sua inocência; b) impedir a adoção de medidas constritivas da liberdade pessoal do acusado antes do reconhecimento de sua culpabilidade, salvo hipótese de absoluta necessidade.

⁶²⁶ DALABRIDA, 2004, p. 70.

⁶²⁷ Ibid., loc. cit.: “[...] o princípio sofreu forte repulsa, sendo considerado um fórmula vazia, absurda e ilógica, tendo sido cunhado por Vicente Manzini como um “estranho absurdo excogitado pelo empirismo francês”, julgando-o “grosseiramente paradoxal e irracional”, qualificando-o como “uma extravagância derivada daqueles conceitos antiquados, germinados pelos princípios da Revolução Francesa, os quais levam as garantias individuais aos mais exagerados e incoerentes excessos”.

⁶²⁸ Para compreender o fascismo sob a égide do direito penal, vide Giuseppe Bettiol e Rodolfo Bettiol (2008, p. 86)., para quem “O ‘fascismo’ então na Itália estava no poder, queria constituir e representar a antítese mais radical da democracia, considerada como forma política superada porque incapaz de enfrentar as tarefas políticas e sociais de um Estado moderno, que – como se afirmava – ia se pulverizando no quadro de uma concepção endonístico-individualista da sociedade. Não mais o indivíduo deveria ser considerado o fulcro da realidade social e política, mas o Estado que vingava a si um poder originário e autônomo relativamente à vontade dos indivíduos em cada setor da atividade política. [...] A idéia preventiva teve, todavia, como se manifestar por meio da introdução das medidas de segurança, ligadas à periculosidade do sujeito ativo do reato. As exigências positivísticas que tinha trazido à sena aspectos até então descurados pela política criminal e pelo direito penal, particularmente no que se refere a algumas formas de criminalidade, entendiam dever estar presentes dentro dos limites de sua validade científica e de seu significado político. [...] com efeito, toda a forma política que não seja de origem liberal reconhece a legitimidade de uma intervenção preventiva do Estado, até à custa de prejudicar as supremas exigências de liberdade e segurança.

⁶²⁹ CRUZ, 2006, p. 72.

⁶³⁰ DALABRIDA, op. cit., p.70.

O Princípio da presunção de inocência ou de não-culpabilidade, pode ser compreendido como aquele “que impede a outorga de conseqüências jurídicas sobre o investigado ou denunciado antes do trânsito em julgado da sentença criminal”⁶³¹.

Refreia-se, com tal primado, a imposição cautelar de quaisquer nódoas ao imputado, senão aquelas estritamente vinculadas ao trâmite da persecução penal, visto que a condição de réu em um processo-crime já constitui verdadeiro apenamento e repercute, diretamente, sobre a honra objetiva e subjetiva de qualquer pessoa.

Corroborando a incidência do princípio da presunção de inocência no âmbito cautelar, no momento que obstaculiza a utilização das prisões processuais com intuito retributivo, ou seja, como adiantamento da reprimenda, por postar-se o imputado na condição de sujeito passivo de procedimento criminal.

Luiz Antonio Câmara, citando Lauria Tucci, nos informa acerca do preceito em questão nos seguintes termos: “corresponde segundo terminologia por ela empregada, à não consideração da culpabilidade”⁶³², reprimindo “o reconhecimento da execução antecipada da pena”⁶³³.

Desta forma, o princípio da inocência acarreta ao imputado, no *iter* persecutório, o direito de não sofrer restrições, baseadas unicamente na possibilidade de condenação, e, concomitante, estabelece o ônus da prova exclusivamente à acusação⁶³⁴.

Eugênio Pacelli de Oliveira atrela o caráter instrumental ao estado de inocência, nos seguintes termos⁶³⁵:

o estado de inocência (e não presunção) proíbe a antecipação dos resultados finais do processo, isto é, a prisão, quando não fundada em razões de extrema necessidade, ligadas a tutela da efetividade do processo e/ou da própria realização da jurisdição penal.

A adoção constitucional do princípio presunção da inocência (como no direito português), ou da não culpabilidade (no direito italiano), geraram inicial divergência acerca da revogação, ou não, das prisões cautelares. Tal dicotomia restou solvida

⁶³¹ MENDES, 2008, p. 634.

⁶³² CÂMARA, 1997. p. 40.

⁶³³ *Ibid.*, p. 44.

⁶³⁴ OLIVEIRA, 2008, p. 35.

⁶³⁵ *Ibid.*, loc. cit.

posto que “a respectiva adoção de forma alguma importou na revogação das espécies provisórias da prisão⁶³⁶”.

Para Denilson Feitoza Pacheco o princípio da não-culpabilidade adequar-se-á às prisões cautelares, desde que presentes o *periculum libertatis* e o *fumus commisi delicti*, o que, para o autor, consigna-se no *fumus boni juris* e no *periculum in mora*, cabendo à acusação o ônus da prova e em caso da existência de dúvidas, a decisão judicial deve orientar-se para liberdade do imputado⁶³⁷.

De acordo com os ensinamentos de Luiz Antonio Câmara⁶³⁸:

[...] a medida cautelar se adota tendo em conta as finalidades processuais, em particular, a finalidade instrumental (instrutória) de impedir o desaparecimento ou comprometimento da prova e aquela de tipo final, para garantir a execução da pena. Os fins extraprocessuais, com já foi dito, devem importar em não equiparação do custodiado ao condenado.

A presunção de não culpabilidade advém do princípio do favor rei⁶³⁹, protegendo o acusado contra “juízos baseados em mera probabilidade”, havendo também o encargo probatório dirigido exclusivamente à acusação. Reclama respeito à imagem do acusado como pessoa inocente, perfazendo-se em regra de tratamento⁶⁴⁰.

A presunção de inocência deve ser vista como um “dever de tratamento” que abarca uma dimensão interna e externa. Nesta, como “proteção a publicidade abusiva e estigmatização (precoce) do réu”, ainda não condenado, que pode vir a provar sua inocência no decorrer do trâmite processual⁶⁴¹. Naquela, repassando o ônus probatório à acusação, absolvendo em caso de dúvida e restringindo ao máximo qualquer medida que implique restrição de liberdade sem sentença penal

⁶³⁶ CÂMARA, 1997, p. 42.

⁶³⁷ PACHECO, 2008. p.134.

⁶³⁸ CÂMARA, op. cit., p. 44.

⁶³⁹ CRUZ, 2006, p. 58: “Trata-se de regra antiga, consagrada no Direito Romano, onde já se previa que *in dubio pro libertate*. *Libertas omnibus rebus favorabilior est* – (“Na dúvida, pela liberdade. Em todos os assuntos e circunstâncias, é a liberdade que merece maior favor”). [...] Em nosso ordenamento há algumas derivações do favor rei. Merecem destaque os recursos exclusivos do acusado (embargos infringentes e protesto por novo juri), a ação de Revisão Criminal e o *Habeas Corpus*, bem como as regras positivadas nos arts. 615, § 1º, in fine, e 664, parágrafo único, in fine, do Código de Processo Penal, que definem a favor da defesa eventual empate no julgamento de recursos de Habeas Corpus”.

⁶⁴⁰ Ibid., p. 68-69.

⁶⁴¹ LOPES JUNIOR, 2007, p. 191: “Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais, da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminosos e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência”.

condenatória, ou seja, erigem-se “severas restrições aos (ab)usos das prisões cautelares (como prender alguém que não foi definitivamente condenado?)⁶⁴²”.

Sob a égide externa, bem pode ser visualizado no imensurável gravame causado aos indiciados no paradigmático “caso escola Base”, quando a notícia de violência sexual de menores foi “explorada de forma irresponsável (senão criminosa)”, sendo posteriormente o inquérito arquivado por falta de qualquer respaldo probatório⁶⁴³.

O direito do imputado de não ter sua imagem divulgada, enquanto em estado de inocência, é irrefutável, porque macula sua dignidade enquanto ser humano. Não se questiona a liberdade de imprensa, por configurar-se em um dos baluartes da democracia, no entanto, “nenhum valor em jogo é absoluto”, devendo-se respeitar o imputado e a própria vítima⁶⁴⁴.

No sistema inglês o direito da imprensa divulgar atos processuais é bastante reduzido, prevalecendo o interesse do réu e da justiça sobre a informação ao público. Vigora no âmbito criminal o delito de divulgação de fatos relacionados a procedimento criminal com juízo de valor, por ferir a presunção de inocência do acusado. Na Itália o procedimento investigatório inicial corre em segredo para a imprensa, o que se modifica na fase de julgamento⁶⁴⁵.

Para Ana Lucia Menezes Vieira⁶⁴⁶:

As cautelas referidas devem ser seguidas pela mídia na divulgação dos atos do processo penal. Embora os atos sejam públicos, o acusado ainda se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença condenatória, principalmente se a decisão for absolutória, o excesso de publicidade pela mídia poderá destruir a imagem do acusado de maneira irreversível.

⁶⁴² LOPES JUNIOR, 2007, p.191.

⁶⁴³ Ibid., p. 628.

⁶⁴⁴ VIEIRA, 2003, p. 264-266.

⁶⁴⁵ Ibid., p. 111: “Inglaterra – [...] Os atos investigatórios são secretos e não é possível qualquer informação pela mídia que possa influir na fase pré-processual: seja a publicação de um testemunho, de elementos que permitam a identificação de menores (vítimas ou infratores), [...]. Todavia, o segredo não impede que a imprensa, por meios próprios, tenha acesso ao que está sendo apurado e divulgue. Para proteger a atividade de investigação e a correta administração da justiça durante o procedimento penal, no direito anglo-saxônico criou-se a figura do *contempt of court*. [...] Hoje o *contempt fo court* abrange vários procedimentos que possam interferir na correta administração da justiça. Funda-se na idéia de quebra do respeito devido à justiça. [...] O criminal *contempt of court* configura ilícito penal que engloba todo o comportamento que implique um atentado à administração da justiça, entre eles as publicações e comentários que suponham um juízo prévio (trial by newspaper) de um procedimento *sub iudice*, **principalmente as divulgações que ferem a presunção de inocência do investigado ou acusado**”. (grifo nosso)

⁶⁴⁶ VIEIRA, op. cit., p. 265.

O sujeito passivo de um inquérito policial ou processo judicial, em virtude do princípio da presunção de inocência preserva o *status quo* anterior à persecução, qual seja, de um cidadão não culpado e, como tal, desfruta o direito de não sofrer gravame a sua honradez, que comumente é maculada através da divulgação de indícios – como tal não comprovados - à opinião pública.

Em discurso dirigido aos formandos da Faculdade de Direito de São Paulo, no ano de 1920, Ruy Barbosa preconizou a necessidade dos bacharéis, futuros aplicadores da lei, respeitarem os direitos do acusado que ainda é inocente, “sobre quem recai acusação ainda inverificada, imerecendo qualquer gravame desnecessário e não previsto em lei⁶⁴⁷”.

Para Alberto Silva Franco, como desdobramento do princípio da presunção de inocência, a restrição da liberdade advinda da prisão processual deve limitar-se ao menor tempo possível, perdurando a custódia cautelar no limite temporal necessário a cumprir seu intento instrumental⁶⁴⁸.

O ônus probatório deve ser, tão somente, reclamado à acusação e como consequência a utilização de cautelares pessoais adquire caráter de anormalidade, de excepcionalidade que exige provas cabais da premente necessidade, a legitimar o cerceamento do *status libertatis* de um cidadão não condenado, exigindo-se no momento seguinte, intenso esforço estatal a garantir celeremente a possibilidade de contraprova, posto que o encarcerado detém estado de inocência.

⁶⁴⁷ BARBOSA, Ruy. **Oração aos moços**. São Paulo: JG Editor, 2003, p. 68: “Não acompanheis os que no pretório, ou no júri, se convertem de julgadores em verdugos, torturando o réu com severidades inoportunas, descabidas ou indecentes; como se todos os acusados não tivessem direito a proteção dos seus juízes, e lei processual, em todo o mundo civilizado, não houvesse por sagrado o homem, sobre que recai a acusação ainda não inverificada”.

⁶⁴⁸ SILVA, Alberto Franco. **Crimes hediondos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 251: “A duração temporal do processo tem de ser devidamente demarcada, não só em respeito aos princípios constitucionais já anunciados, mas também em consideração ao princípio da presunção de inocência, que não suporta que um acusado fique preso, a título provisório, no aguardo, sem limitação temporal, do encerramento do processo penal”.

8 PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS DA PRISÃO PROCESSUAL

Além dos princípios gerais concernentes a toda persecução penal *in judicio*, a doutrina garantista brasileira⁶⁴⁹, tem erigido a existência de preceitos específicos para a prisão cautelar que ocorre, invariavelmente, sem o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Para Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi⁶⁵⁰:

Inviabilizado o reconhecimento de uma teoria geral da tutela cautelar, que aproveite ao processo penal e ao processo civil concomitantemente, ao menos há de se pensar na definição dos vetores – aqui aproveitados na acepção de vertentes – que escoram e condicionam a imposição das medidas com esse perfil.

Apesar de o direito processual cautelar pátrio possuir “autonomia metodológica e conceitual”, regrado por pressupostos e princípios aplanados em nossa Carta Magna, necessita-se buscar no direito alienígena respaldo doutrinário para desenvolver um estudo acerca do tema⁶⁵¹.

Luiz Antonio Câmara, com base em João Castro e Souza, explica o intento dos princípios cautelares⁶⁵²:

Com os objetivos primários de impedir que se prive inutilmente a liberdade do indivíduo e de que qualquer limitação deva ser não só socialmente necessária mas também suportável e, ainda, de que a coação opere somente onde se demonstre presente uma margem de rigorosa indispensabilidade [...].

Na ocorrência da relação jurídica processual penal, no entretempo até a efetiva decisão judicial, faz-se necessário, por vezes, a utilização de instrumentos

⁶⁴⁹ Entre outros autores, de forma mais abrangente Luiz Antonio Câmara (1997) preleciona como atinente às cautelares, os princípios da necessidade, adequação, proporcionalidade e da subsidiariedade/gradualidade. Winfried Hassemer (1998) quando trata dos limites da prisão preventiva elenca a “presunción de inocencia”, “prohibición de exceso” e “proporcionalidad”. Para Luis G. S Lanfredi (1989, 2009) são “vetores garantistas da tutela cautelar”: [...] A presunção de inocência, necessidade, fundamentação suficiente e proporcionalidade. Para Jorge Henrique Schaefer (2008.) “são princípios relacionados à liberdade e permissivos da prisão provisória”, além de outros a dignidade da pessoa humana e o “princípio constitucional da liberdade”, encontramos também em Rogério Schietti Machado Cruz. (2006); Carlos Kauffmann (2006) e Sidney Eloy Dalabrida (2004).

⁶⁵⁰ LANFREDI, 2009, p. 80.

⁶⁵¹ CÂMARA, 1997, p. 84.

⁶⁵² Ibid., loc. cit.

que garantam a prestação jurisdicional, devendo toda medida cautelar adequar-se ao *fumus comissi delicti* e ao *periculum libertatis*⁶⁵³.

O Estado somente poderá suprimir a liberdade nos casos de extrema necessidade, pois “a prisão, mormente a cautelar é a última ratio do direito aplicável em estrita obediência aos preceitos legais que a autorizam⁶⁵⁴”. Hélio Tornaghi define-a com um mal, ou seja, aquilo que prejudica, que se opõe ao bem: “É um mal e só deve existir quando, sem ela, houver um mal maior⁶⁵⁵”.

Deve-se salientar, em momento anterior à análise dos princípios informativos e pressupostos das medidas penais cautelares, a necessidade dos julgadores agirem com extrema prudência, afastando-se⁶⁵⁶:

O perigo do calo profissional, que insensibiliza. De tanto mandar prender, há juízes que terminam esquecendo os inconvenientes da prisão [...]. A consequência desse relaxamento é a de tratar as pessoas como se fossem cousas, e cousas desprezíveis.[...] o perigo da precipitação, do açodamento que impede o exame maduro [...] o perigo do exagero que conduz o juiz a ver fantasmas, a temer danos imaginários.

Como limitadores do poder estatal na adoção de medidas cautelares a doutrina e algumas codificações estrangeiras elencam uma série de princípios norteadores das cautelares pessoais, patronos do *jus libertatis*, que são os primados da necessidade, adequação, proporcionalidade, precariedade, subsidiariedade e probabilidade, que trataremos a seguir.

⁶⁵³ DALABRIDA, 2004, p. 54-55: “Toda medida cautelar está subordinada ao atendimento de dois requisitos básicos, sem os quais se tem como inadmissível qualquer antecipação do resultado final. Trata-se do *fumus boni juris* (*fumus comissi delicti*) e do *periculum in mora* (*periculum libertatis*). [...] No processo penal, o *fumus boni juris* se traduz pelo binômio materialidade e autoria. Sendo o processo uma evolução da dúvida para a certeza, conforme observa Campos Barros, ‘Disso resulta que para assumir o risco da atuação cautelar, torna-se imprescindível pelo menos uma *apparentia juris* da situação que se pretende acautelar’. [...] O *periculum libertatis*, por seu turno, indica o perigo de insatisfação do direito em face da demora na entrega da prestação jurisdicional definitiva, ou seja, o risco para o normal desenvolvimento do processo”.

⁶⁵⁴ KAUFFMANN, 2006, p. 21.

⁶⁵⁵ TORNAGHI, Helio. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1997. 2 v. p. 7.

⁶⁵⁶ *Ibid.*, p. 10.

8.1 PRINCÍPIO DA NECESSIDADE

Por suprimir o *jus libertatis* sem o exaurimento de um processo circundado de garantias constitucionais, as medidas cautelares somente podem ser empregadas em situações excepcionais, buscando assegurar “o bom êxito tanto do processo de conhecimento quanto do processo de execução”, momento em que o direito perigosamente transita entre o risco da impunidade e medo da injustiça⁶⁵⁷.

Desta forma, a utilização de meios cautelares que suprimam a liberdade de um cidadão, deve cingir-se a casos de extremada indispensabilidade, sob pena de categórico desrespeito ao modelo de Estado Democrático de Direito, que impõe o cumprimento dos princípios constitucionais. Conseqüência deste compromisso é o princípio da necessidade, que restringe a utilização da provisória restrição da liberdade à última *ratio*.

Desfrutando as detenções provisórias de uma finalidade restrita à conveniência processual, sem qualquer vestígio de alçar justiça, sintetizando seu existir em um escopo intraprocessual, ficam limitadas a situações de verídica necessidade. O princípio da necessidade, então, realiza-se quando presente “componente fático” que a torne imprescindível para garantir os fins almejados pelo Estado, e outro “componente jurídico” que se relaciona com sua causa final⁶⁵⁸.

Denilson Feitoza Pacheco traz significativa análise do primado em questão no direito alemão, demonstrando cabalmente sua abrangência, através de Jakobs *in* “*Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*”⁶⁵⁹:

O princípio da necessidade (*Grundsatz der Erforderlichkeit* ou *Grundsatz der Notwendigkeit*) é também conhecido como princípio da ‘intervenção mínima’ (*Grundsatz des Interventionsminimum*, do ‘meio mais brando/suave/benigno/mitigado/moderado’ (*Grundsatz des mildesten Mittels*), da menor intervenção possível’ (*Grundsatz der Erforderlichkeit*), da ‘subsidiariedade’ (*Grundsatz der Subsidiarität*) ou do meio mais moderado’ (*Grundsatz des schonendsten Mittels*).

⁶⁵⁷ CRUZ, 2006, p. 1.

⁶⁵⁸ *Ibid.*, p. 88: “Segundo Odone Sanguiné, a estrutura interna – do que denominou princípio da necessidade – está centrada em um binômio o qual pressupõe um componente fático, que é a situação de fato, que expõe a perigo ou ameaça a realização do fim essencial encomendado aos Poderes Públicos; um componente jurídico, consistente na pretensão finalística ou no interesse teleológico, tidos por essenciais para a comunidade e cuja realização justificará, eventualmente, o recurso à intervenção sobre a esfera de um cidadão”.

⁶⁵⁹ PACHECO, 2008, p. 130.

Verifica-se em meados do século XIX, através do jurista italiano Francesco Carrara, a utilização do princípio ao considerar a utilização das cautelares um mal necessário e, como tal, o dever de reduzir-se à situação da mais estrita necessidade. Tal entendimento também ocorria na França pós-revolucionária, “através de circular de 1º de maio de 1855, quando pugnava-se pela excepcionalidade, com duração resumida ao tempo necessário⁶⁶⁰”.

Posteriormente encontramos inserido o princípio da necessidade em inúmeros textos legais, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a Convenção Européia de Direitos do Homem e, também, na Constituição lusitana⁶⁶¹.

A Constituição Federal em seu art. 5º, inciso LXVI⁶⁶² veta a manutenção do cárcere quando a liberdade provisória for admitida por lei, ensejando o princípio da necessidade ainda que não expressamente, “vale dizer, quando a cautela não se mostrar necessária”, também podendo-se concluir ser corolário do princípio da presunção de inocência⁶⁶³.

Deve-se estar atento ao fato de que a prisão processual deve ser vista como fato incomum, não corriqueiro de extrema complexidade, pois coteja o interesse estatal frente ao direito à liberdade, limitando-se a casos de extrema necessidade⁶⁶⁴.

Em virtude do princípio da necessidade, a medida coercitiva somente poderá ser decretada quando a finalidade não puder ser alcançada por qualquer outro meio diverso da restrição da liberdade. Tais parâmetros cobrados pela doutrina têm alcançado eco em nossa Corte Constitucional⁶⁶⁵.

Advindo do princípio da necessidade, depreende-se a ocorrência de efeitos diretos para o procedimento de cautela e também para o trâmite processual, por muitas vezes, importar em determinado momento processual e perder sua legitimidade embasadora *a posteriori*⁶⁶⁶.

⁶⁶⁰ CÂMARA, 1997, p. 87-88.

⁶⁶¹ Ibid., p. 89.

⁶⁶² Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 5º, inciso LXVI: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

⁶⁶³ CÂMARA, op. cit., p. 91.

⁶⁶⁴ MARTINS, 2008, p. 151.

⁶⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus* nº 92.069. Relator: Ministro Gilmar Mendes, j. 18 de setembro de 2007: “da leitura do decreto prisional, verifica-se que a decisão não justificou a **necessidade** da prisão cautelar. Não há razões bastantes para a manutenção da custódia preventiva, seja pela garantia da aplicação da lei penal, seja pela conveniência da instrução criminal. Situação de constrangimento ilegal apta a ensejar o deferimento da ordem com superação da Súmula 691/STF. Habeas Corpus deferido para invalidar a decisão que decretou a prisão preventiva”. (grifo nosso)

⁶⁶⁶ CÂMARA, op. cit., p. 90.

Para Rogério Schietti Machado Cruz⁶⁶⁷:

Significa que, além de ser adequada ou idônea para atingir o fim esperado, a medida cautelar deve ser a alternativa menos onerosa ou gravosa, sob a ótica do sujeito passivo, entre as previstas em lei.

A ocorrência de um fato delituoso, indícios de autoria e materialidade, somados a algum dos fundamentos trazidos pela legislação ordinária, não configuram motivo suficiente para a supressão provisória da liberdade, devendo-se comprovar a necessidade da medida constritiva⁶⁶⁸.

Para Canotilho e Moreira a supressão provisória da liberdade embasa-se em seu caráter excepcional, sendo que essa medida constritiva de liberdade “só se mantenha na medida em que for necessária para satisfazer os interesses da justiça penal”⁶⁶⁹.

No direito italiano, a utilização do “*fermo*, vale dizer a retenção (*fermare*)”, vigora em situações anômalas, resumindo-se a “casos excepcionais, de necessidade e de urgência”⁶⁷⁰. Pode-se afirmar a existência de critério similar no modelo francês, reservando-se a prisão provisória “às graves necessidades cautelares ou de polícia processual”⁶⁷¹. O Código de Processo Penal Espanhol também contém dispositivo limitante das prisões processuais ao impor sua utilização quando necessária e porquanto inexistam outros meios processuais menos gravosos ao imputado⁶⁷². Para Tribunal Constitucional alemão, tratando do primado da necessidade, “o fim não pode ser atingido de outra maneira que afete menos o indivíduo”⁶⁷³.

⁶⁶⁷ CRUZ, 2006, p. 97.

⁶⁶⁸ MARTINS, 2008, p. 161: “Não bastará, assim, a visualização de elementos que evidenciem a ocorrência de fato em tese criminoso e a indicação de que tenha alguém de alguma forma relevante para ele contribuído. Não será suficiente, da mesma forma, observar-se a configuração de algum requisito ou pressuposto que permitiria a decisão de aprisionamento. Não permitirá que se venha por ele optar, simplesmente, a reação popular. Há que estabelecer, de forma clara e inequívoca, aos olhos do julgador, a imprescindibilidade da prisão, a sua crucial importância à segurança, à comunidade, ao processo ou para evitar a impunidade”.

⁶⁶⁹ CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 488.

⁶⁷⁰ FREITAS, 2004, p. 152.

⁶⁷¹ ALMEIDA, 2006, p. 95: “La personne mise en examen, présumée innocente, reste libre. Toutefois, en raison des nécessités de l’instruction ou a titre de mesure de sûreté, elle peut être astreinte à une ou plusieurs obligations du contrôle judiciaire. [...] Article 137 do CPPF”.

⁶⁷² CRUZ, op. cit., p. 99: “Art. 502.2. La prisión provisional sólo se adoptará **cuando objetivamente sea necesaria**, de conformidad con lo establecido en los artículos siguientes, y cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional”. (grifamos)

⁶⁷³ ALEXY, 1993, p. 14 apud SILVA NETO, 2008, p. 122: “[...] Princípio da necessidade – A idéia subjacente ao princípio é invadir a esfera da liberdade o menos possível. É o entendimento do Tribunal Constitucional alemão que formulou a seguinte máxima: ‘o fim não pode ser atingido de outra

A prisão cautelar configura-se em medida extrema, devendo ordenar-se com redobrado cuidado, à vista, sobretudo, de sua função meramente instrumental com natureza provisória, que materializa sacrifício ao direito à liberdade, ou seja, o *jus libertatis* do cidadão. Sua validade opera-se, tão somente, em situação de comprovada necessidade, devendo ater-se estritamente aos moldes legais, porquanto garante a eficácia de eventual provimento definitivo⁶⁷⁴.

A Constituição lusitana, em seu art. 28º, traz expressamente inserida a natureza excepcional da supressão cautelar da liberdade, consignando que, “não sendo decretada nem mantida sempre que se possa ser aplicada outra medida mais favorável prevista em lei⁶⁷⁵”, tratando-se “da mais gravosa das medidas de coação, pelo que sua aplicação tem natureza excepcional⁶⁷⁶”.

Para J. J. Gomes Canotilho:

as medidas de coação devem ser determinadas tendo em conta os princípios constitucionais e jurídico-penais aplicáveis (princípio da legalidade, princípio da adequação, **necessidade** e proporcionalidade).
(grifo nosso)

Para os portugueses o princípio da necessidade, também nominado princípio da exigibilidade ou da menor ingerência, embasa-se na máxima de que “o cidadão tem direito a menor desvantagem possível”, fazendo-se necessária a comprovação de que outra medida de somenos gravidade não seria viável. Materializa-se na “exigibilidade material”, posto que, “o meio deve ser o mais brando entre os exeqüíveis”, quanto a limitação dos direitos fundamentais, passando pela “exigibilidade espacial”, “exigibilidade temporal” com “rigorosa delimitação no tempo da medida coactiva ao poder público”, encerrando o cumprimento do princípio na “exigibilidade pessoal⁶⁷⁷”.

No dizer de Nicolas Gonzáles-Cueillar Serrano, em sua obra *Proporcionalidad y derechos fundamentales em el proceso penal*, cujos ensinamentos embasaram

maneira que afete menos o indivíduo’, extraindo-a ‘do carácter do princípio das normas de direito fundamental’ “

⁶⁷⁴ CRUZ, 2006, p.97: “Art. 502.2. La prisión provisional sólo se adoptará **cuando objetivamente sea necesaria**, de conformidad con lo establecido en los artículos siguientes, y cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional”. (grifo nosso)

⁶⁷⁵ CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 28.

⁶⁷⁶ ALMEIDA, 2006, p. 46

⁶⁷⁷ CANOTILHO, 2002, p. 383.

acórdão do TACRIM-SP⁶⁷⁸, havendo meio diverso da limitação do direito de ir e vir, como tal menos gravoso ao primado constitucional da dignidade humana, deverá ser utilizado. As “intervenções corporais” devem estar restritas ao princípio da necessidade, sendo que “a admissibilidade das medidas de intervenção corporal, como sucede com o resto das medidas limitativas de direitos fundamentais no processo penal, depende também do princípio da necessidade”.

Para Denilson Feitoza Pacheco⁶⁷⁹:

Segundo o subprincípio da necessidade, entre as medidas restritivas de direitos fundamentais, devemos acolher aquela que menos afete os direitos fundamentais das pessoas sujeitas a persecução criminal, especialmente o direito de liberdade, mas que seja equivalentemente adequada a atingir os fins da persecução criminal

Silva Passos visualiza similaridade entre o princípio da necessidade e da conveniência, nos seguintes termos⁶⁸⁰:

Conveniência ‘e necessidade’, são termos umbilicalmente ligados, devendo o magistrado, longe de guiar-se por mera discricionariedade na concessão da ordem de prisão, justificar seu despacho sobre a ‘necessidade’ da medida, cumprindo, não só o exigido constitucionalmente (art.93,IX da Constituição Federal), bem como recomendado pela doutrina à larga data.

O princípio da necessidade na análise das cautelares pessoais nos crimes contra a ordem econômica, deve ser analisado sob o prisma do fim constitucionalmente almejado. Deve-se levar em consideração o caráter instrumental no resguardo da tutela jurídica, para buscar-se aquela medida de menor gravidade e por menor lapso temporal possível, visto tratar-se de primado constitucional concernente ao *status libertatis*, a ser restringido sem uma sentença condenatória com trânsito em julgado⁶⁸¹.

⁶⁷⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. 4ª C. *Habeas-corpus* nº 307.264/2. Relator: Marcos Nahum – j. 08 de julho de 1997 – DJE 08.08.1997, citando: SERRANO, Nicolas Gonzáles-Cueillar Serrano. *Proporcionalidad y derechos fundamentales em el proceso penal*. Madrid: Colex. 1990.

⁶⁷⁹ PACHECO, 2008, p. 774.

⁶⁸⁰ PASSOS, 2000, p. 62.

⁶⁸¹ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 151: “Pergunta-se pela necessidade da decisão normativa restritiva de direito fundamental para atingir o fim constitucionalmente justificado. Em caso de haver apenas uma medida idônea, trata-se de verificar se não há outra medida estatal de restrição, diferente da utilizada ou que se pretende utilizar, mas igualmente adequada e eficaz, menos prejudicial ao direito fundamental em questão. Na hipótese da existência de vários meios idôneos, ordena-se a escolha daquele que é menos gravoso ao exercício do direito fundamental”.

Côncios da total dessemelhança, entre as prisões processuais e aquelas definitivas, visto que os fundamentos que sustentam a pena e as medidas cautelares são, em muito, distintos, importa verificar-se Franz Von Liszt⁶⁸², para quem somente haverá pena justa quando esta for necessária, sendo que a “única forma sustentável e fecunda da pena retributiva é a pena protetora”, expurgando a idéia Kantiana da compensação, que impõe como corolário direto de um gravame causado pelo cidadão, outro de igual medida devolvido pelo Estado.

Demonstra-se, então, o integral descompasso em buscar-se a retribuição no encarceramento cautelar, visto que tal caractere é alvo de censuras mesmo quando comprovada a efetiva autoria do delito.

Presentes os requisitos elencados em lei que respaldem a privação provisória da liberdade, deverá, além disso, o julgador “realizar a verificação da efetiva necessidade da medida”, de acordo com o caso concreto, pois trata-se de um encarceramento anterior a uma sentença condenatória⁶⁸³.

8.2 PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO

A incidência do princípio da adequação é subseqüente à verificação da efetiva necessidade da cautela a suprimir a liberdade do imputado. Por meio dele perquire-se no rol normativo a espécie que se amolda ao caso concreto. No Brasil, denota-se a inexistência de um elenco de cautelares capazes de alcançar o fito instrumental, tolhendo de maneira inadequada o *jus libertatis*⁶⁸⁴.

Para Luiz Antonio Câmara⁶⁸⁵:

A adequação só se verifica quando a medida a ser eleita mostra-se capaz e suficiente para obviar o perigo que em concreto determinou a necessidade de imposição de medida de coação.

A existência do princípio da adequação na imposição de medidas cautelares, impõe a concreção do resultado esperado, mostrando que a supressão da liberdade é pertinente para aquele caso concreto. Dentre as possibilidades ofertadas pelo

⁶⁸² LISZT, Franz Von. **A idéia do fim do direito penal**. Título original: Der Zweckedanke in Strafrecht. Tradução: Hiltomar Martinz de Oliveira. São Paulo: Rideel, 2005. p. 69.

⁶⁸³ CRUZ, 2006, p. 162-163.

⁶⁸⁴ CÂMARA, 1997, p. 93.

⁶⁸⁵ CÂMARA, 1997, p. 93.

ordenamento, o princípio da adequação passa a exigir do aplicador do direito aquela que “representa o menor gravame ao direito sacrificado”⁶⁸⁶.

No dizer de Willis Santiago Guerra Filho, pode-se compreender o princípio da adequação nos seguintes termos⁶⁸⁷:

[...] dentro do faticamente possível, o meio escolhido se preste para atingir fim estabelecido, mostrando-se, assim, “adequado”. Além do que esse meio deve mostrar-se exigível, o que significa não haver outro igualmente eficaz, e menos danoso a direitos fundamentais.

O princípio da adequação, também denominado da idoneidade, tem origem no princípio da proporcionalidade em sentido amplo, que também abrangeria o princípio da necessidade⁶⁸⁸. A adequação deve ocorrer não somente no plano abstrato, mas atingir o fim esperado na situação concreta, inexistindo adequação quando o resultado da cautelar, apesar de embasado no ordenamento, mostrar-se desconforme com a medida constritiva⁶⁸⁹.

Para Sant’Ana Lanfredi⁶⁹⁰:

Nesse sentido, cabe ao juiz sempre verificar se alguma outra medida, menos gravosa, apresenta-se em condições de proteger o processo ou seu eventual resultado. **Ou se é a mais adequada.** Descobrida-a, e importando menor restrição, desde que seja suficiente para proteger o processo ou seus resultados, será por esta que deverá optar para fazer prevalecê-la diante de uma dada realidade. (grifo nosso)

Para Schaefer Martins, o princípio da adequação é consequência do princípio da proporcionalidade, configurando-se em um subprincípio, devendo ser vista “a adequação sob o prisma de se ter a providência como própria ao objetivo colimado, ao propósito contido na norma”⁶⁹¹.

A título ilustrativo, menciona-se situação de cautelar decretada por conveniência da instrução criminal, quando as provas estiverem em lugar distinto da residência do réu. No caso, poder-se-ia recolhê-lo em prisão domiciliar enquanto a diligente autoridade policial cumprisse seu encargo⁶⁹².

⁶⁸⁶ CRUZ, 2006, p. 95-96.

⁶⁸⁷ GUERRA FILHO, 2001, p. 71

⁶⁸⁸ PACHECO, 2008, p. 725.

⁶⁸⁹ CRUZ, op. cit., p. 96: “O juízo de adequação ‘pressupõe que, conceitualmente, identifique-se claramente o meio e o fim que estruturam a restrição de direito fundamental’. STEINMETZ (2001, p. 150) ‘Porém, o juízo de adequação nada informa acerca de qual dos meios idôneos deve prevalecer, pois não diz qual é o mais ou menos eficaz, mas apenas se um determinado meio é ou não idôneo, útil, apto, apropriado’”.

⁶⁹⁰ LANFREDI, 2009, p. 98.

⁶⁹¹ MARTINS, 2008, p. 63.

⁶⁹² CÂMARA, 1997, p. 93.

Para Denilson Feitoza Pacheco⁶⁹³:

O princípio da adequação diz respeito à aptidão ou adequação que determinado meio deve ter para alcançar o 'fim pretendido', ou seja os fins da persecução criminal. Por exemplo, a prisão preventiva do réu (meio), no caso concreto, é apta a impedir a interferência do réu no depoimento de testemunhas (fim imediato da persecução criminal – demonstrar a existência ou inexistência da infração penal e sua autoria)?

Para Sidney Eloy Dalabrida, o princípio da adequação configura-se em um subprincípio do primado constitucional da proporcionalidade, conquanto “a correta identificação da adequação do meio exige uma perquirição acerca da aptidão para alcançar o resultado pretendido”. Trata-se de um procedimento de intensa pesquisa a indagar a “aptidão, utilidade, idoneidade da medida para oportunizar o alcance da finalidade perseguida [...]”⁶⁹⁴.

Jayme Walmer de Freitas, citando Luiz Antonio Câmara, destaca a evolução da legislação alienígena, especialmente a italiana e portuguesa, que prevêm aplicação gradual de medidas constritivas, podendo ocorrer mutação de espécie para espécie de acordo com o caso concreto⁶⁹⁵.

Opinamento de cunho democrático foi manifestado por Luiz Antonio Câmara⁶⁹⁶, quando emitiu sugestões à Comissão de Reforma do Estatuto Processual Penal, abrangendo o princípio da adequação:

Ei-las: 3 -b) *princípio da adequação* (a medida cautelar imposta deve ser suficiente a obviar as necessidades cautelares do caso concreto. Veja-se o exemplo acima do afastamento do diretor de empresa para o qual não seria necessária a prisão)

Conforme tal princípio, as cautelares utilizadas para alcançar a finalidade instrumental da persecução penal, devem ser adequadas ao caso sob apreciação, amoldando-se perfeitamente à situação fática concreta. Neste intuito, um arcabouço de medidas deveria ser colocado à disposição do julgador, para, em função do caso concreto, alcançar o objetivo almejado, causando o menor dano possível ao *jus libertatis*, através do equilíbrio entre a efetiva aplicação da lei e a preservação dos direitos e garantias individuais do réu.

⁶⁹³ PACHECO, 2008, p. 128-129.

⁶⁹⁴ DALABRIDA, 2004, p. 78.

⁶⁹⁵ FREITAS, 2004, p. 26.

⁶⁹⁶ Disponível em: <<http://www.camaraeassociados.com.br/artigo3.htm>>. Acesso em: 12 jan. 2009.

Tramita no Congresso Nacional Projeto de Lei nº 4.208/01 que altera o Título IX do Código de Processo Penal que trata "Da Prisão e da Liberdade Provisória", modificando-o para: "Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória", revogando o § 2º. e incisos do art. 325, os arts. 393, 594, 595 e os §§ do art. 408 do CPP.

Entre diversas modificações, a proposta legislativa alcança certo avanço ao possibilitar ao juiz, opções distintas do cerceamento da liberdade, quando não presentes alguns dos pressupostos, requisitos ou condições para o deferimento da prisão processual⁶⁹⁷. Em virtude da importância do tema, tratar-se-á da reforma legislativa no Item N°9 desta pesquisa.

Na constituição portuguesa, encontram-se o princípio da adequação ou da conformidade, vinculado na "relação de adequação medida-fim", sendo que "a exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o acto do poder público é apto para e conforme os fins justificativos de sua adopção⁶⁹⁸".

Desta forma, o deferimento de uma medida cautelar pessoal deve enquadrar-se, estritamente, nos moldes tipificados na legislação ordinária e principiológica constitucional, sob pena de ferimento do princípio da adequação.

8.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Como parâmetro para resposta penal, a origem do princípio da proporcionalidade não alcança unanimidade doutrinária, havendo autores que retroagem a Lei de Talião e outros a Aristóteles⁶⁹⁹. Sendo que, "a partir de Beccaria cristalizou-se o entendimento que as sanções criminais deviam ser proporcionais à

⁶⁹⁷ Disponível em: <http://ibccrim.locaweb.com.br/site/artigos/capa.php?jur_id=6738>. Acesso em: 12 jan. 2009: "1) Comparecimento periódico em juízo [...]; 2) Proibição de acesso ou freqüência a determinados lugares [...]; 3) Proibição de manter contato com pessoa determinada [...]; 4) Proibição de ausentar-se do país em qualquer infração penal para evitar fuga(...); 5) Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga [...]; 6) Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira [...]; 7) Internação provisória do acusado em crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável [...]; 8) Fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento aos atos do processo [...], providência que poderá ser cumulada com outras medidas cautelares, em decisão devidamente motivada e justificada pela autoridade judiciária".

⁶⁹⁸ CANOTILHO, 2002, p. 269.

⁶⁹⁹ MARTINS, 2008, p. 62: "[...] Aristóteles já buscava apontar uma noção de 'meio termo' e de 'justa medida', em concepções ligadas ao justo, que equivale ao proporcional, pois 'o justo nesta acepção é portanto o proporcional, e o injusto é o que viola a proporcionalidade'".

gravidade dos delitos praticados⁷⁰⁰. No século das Luzes, Beccaria concluiu sua obra *Dei Delitti e Delle Pene*, consignando a necessidade de uma conseqüência penal proporcional ao gravame causado à sociedade, com a pena não se caracterizando em ato de opressão do Estado contra o réu⁷⁰¹.

Para Cesare Bonesana, marquês de Beccaria⁷⁰²:

Entre as penalidades e no modo de aplicá-las **proporcionalmente aos delitos**, é necessário, portanto, escolher os meios que devem provocar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável e, igualmente, menos cruel no corpo do culpado. (grifo nosso)

Pode-se inferir, então, que o princípio da proporcionalidade obtém veracidade com o iluminismo, com amparo dos demais primados que o complementam, como da legalidade, equidade e a existência de critérios para aplicação de pena⁷⁰³.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, traz inserida a proporcionalidade em seu art. 8º ao entabular que “a lei não deve estabelecer outras penas que não as estritas e evidentemente necessárias”⁷⁰⁴.

Apesar de o primado da proporcionalidade não se encontrar inserido taxativamente em nossa Carta Constitucional, não resta dúvida de que “integra o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro⁷⁰⁵”. Trata-se do princípio mais importante e “mais poderoso de garantia dos direitos fundamentais”, porque no atual estágio de desenvolvimento do direito constitucional, atua como limitador de excessos⁷⁰⁶.

Para Gilmar Ferreira Mendes, o princípio da proporcionalidade serve como critério de interpretação, que pode ser conceituado nos seguintes termos⁷⁰⁷:

O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins.

⁷⁰⁰ PRADO, 2006, p. 140.

⁷⁰¹ BECCARIA, 2007, p. 107. “É que, para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei”.

⁷⁰² Ibid., p. 49;

⁷⁰³ FERRAJOLI, 2006, p. 366.

⁷⁰⁴ MARTINS, loc. cit.

⁷⁰⁵ PRADO, op. cit., p. 107.

⁷⁰⁶ BONAVIDES, 2001, p.358-386

⁷⁰⁷ MENDES, 2008, p. 120-121.

No direito pátrio, o princípio da proporcionalidade se ampara na proibição do excesso, solidificando-se a partir da seguinte tricotomia: a) produção legislativa mais garantista; b) exegese da norma menos restritiva de direitos; d) obrigações advindas da lei divididas “proporcionalmente por todos os membros da comunidade política”⁷⁰⁸.

No entender de Manoel Jorge e Silva Neto o princípio da proporcionalidade é de fácil visualização no direito penal, no exemplo da legítima defesa, inserido no art. 25 do Estatuto Repressivo, no momento em que se indaga: “Ora, o que é ‘uso moderado dos meios necessários’, senão recurso proporcional aos meios para repelir a agressão?”⁷⁰⁹.

No direito pátrio o princípio da proporcionalidade mescla-se com o da proibição de excesso, sendo este considerado “uma das facetas daquele”, conforme inúmeros julgados de nossa Corte Constitucional, que tem como consectário o entendimento de que “nenhuma medida pode restringir excessivamente um direito fundamental, sejam quais forem as razões que a motivem”⁷¹⁰.

Para Canotilho⁷¹¹ a proporcionalidade perfaz-se na “proibição de excesso”, sendo:

assumido como um princípio de *controlo* exercido pelos tribunais sobre a adequação dos meios administrativos (sobretudo coactivos) à prossecução do escopo e ao balanceamento concreto dos direitos ou interesses em conflito.

No direito lusitano no século XVIII, vigorava como “máxima suprapositiva”, sendo erigido posteriormente à categoria de princípio constitucional⁷¹². O Código de Processo Penal lusitano traz expresso no art. 193º 1, o princípio da proporcionalidade nos seguintes termos: “as medidas de coação ao aplicar em concreto devem ser... proporcionais à gravidade do crime e as sanções que previsivelmente venham a ser aplicadas⁷¹³”. Entendimento similar ocorre na legislação francesa e Italiana que exige determinado apenamento no tipo

⁷⁰⁸ SILVA NETO, 2008, p. 121-122.

⁷⁰⁹ Ibid., loc. cit.

⁷¹⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 145-147.

⁷¹¹ Ibid., p. 417.

⁷¹² CANOTILHO, 2002, p. 417

⁷¹³ CÂMARA, 1997, p. 95.

correspondente, para concretização de cautelar pessoal que restrinja a liberdade do réu⁷¹⁴.

A legislação lusitana evita o discricionarismo judicial na adoção da privação cautelar da liberdade, ao estabelecer a medida para penas superiores a três anos como requisito objetivo, conforme art. 270-3 do CPP. O direito italiano determina a limitação aos delitos graves para a consecução do *fermo*, com pena mínima de 2 anos e superior a 6 anos no seu limite⁷¹⁵.

Em se tratando de hermenêutica cautelar, o princípio da proporcionalidade transita pela análise do “apenamento projetado” para verificar se ao final da persecução, havendo decreto condenatório, ocorrerá o real enclausuramento do imputado. Pelo preceito, a medida cautelar possui liame de dependência com a futura pena, não podendo ter como corolário a perda da liberdade, quando, em tese, aquela conduta típica, antijurídica e culpável não propiciar tal gravame carcerário⁷¹⁶.

O princípio da proporcionalidade perquire a possibilidade de uma futura condenação para o acolhimento de uma cautelar pessoal. *Prima facie*, presentes devem estar os requisitos objetivos e subjetivos inseridos em *numerus clausus* pela legislação ordinária. Satisfeita tal premissa, impõe-se análise principiológica constitucional, para, restando cabível a cautelar, examinar a possibilidade de encarceramento futuro quando finda a persecução *in judicio*⁷¹⁷.

Verificando o julgador, que presente se mostre o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, para o deferimento da cautelar, considerando *ad argumentandum tantum* que o trâmite processual extraia todos os elementos do crime, quais sejam o fato típico (conduta, resultado, relação de causalidade e tipicidade) e também a antijuridicidade e, sendo o fato culpável e punível, deve-se em exercício de presciência realizar a fixação da pena, indagando se o réu seria despido de sua liberdade exaurido o processo criminal.

⁷¹⁴ Ibid., p. 95 e 96.

⁷¹⁵ LANFREDI, 2009, p. 151: “O art. 384 do Codice de Procedura Penale, repetindo a regra n. 32 da Lei Delegada, dispõe que: ‘[...] além dos casos de flagrante, é poder-dever da polícia judiciária prender e do Ministério Público resolver sobre o *fermo* contra quem há fortes indícios de prática de graves delitos, desde que haja fundado perigo de fuga’. E o mesmo artigo tratou de especificar quais são os graves delitos que autorizam a implementação do *fermo* (art.384.1, parte final), a saber: aqueles para os quais a lei preveja a pena de *ergástulo*, (art. 22 do Código Penal italiano) ou de reclusão (art. 23 do Código Penal italiano) não inferior, no mínimo a dois anos e superior, no máximo, a seis anos, ou crimes concernentes a armas de guerra”.

⁷¹⁶ Ibid., p. 100.

⁷¹⁷ CÂMARA, 1997, p. 96.

Ocorrendo a prisão provisória, em momento anterior à sentença, a medida cautelar não poderá desvincular-se do processo e da pena tipificada para a conduta ilícita, não podendo a prisão processual sobrepujar a consequência derradeira⁷¹⁸.

Para Eugênio Pacelli de Oliveira⁷¹⁹:

Se a sua aplicação pudesse trazer consequências mais graves que o provimento final buscado na ação penal, ela perderia sua justificação, passando a desempenhar função exclusivamente punitiva. A proporcionalidade da prisão cautelar é, portanto, a medida de sua legitimação, a sua *ratio essendi*.

Sant'Ana Lanfredi consigna a importância do preceito em questão⁷²⁰:

A proporcionalidade é, portanto, o parâmetro que certamente melhor viabiliza a adoção das cautelares penais, eis que quaisquer limitações estabelecidas contra direitos fundamentais devem fundar medidas que sejam necessárias para atingir o fim perseguido, como também proporcionais ao sacrifício do direito atingido, tanto mais quando não existam outro meios menos gravosos, para atingir o mesmo objetivo.

Destarte, quando exaustivamente presentes todos os requisitos legais para a imposição da prisão processual, inexistindo óbice principiológico constitucional, somente poderá ser imposta a medida coercitiva, se frente à cadeia causal supramencionada, prognosticando *pro reo*, verifica-se que a sanção afliativa tipificada na *lex penalis*, a ser imposta em parâmetros devidamente fundamentados gerará efetivamente o real encarceramento em ergástulo público.

Jayme Walmer de Freitas⁷²¹ demonstra cabalmente o exaurimento do princípio em tela, na seguinte situação fático-jurídica:

Existirá proporcionalidade quando o operador do direito se deparar com uma de duas premissas: crime e agente; o crime deve ser grave, infração de maior potencial ofensivo, que, embora não catalogada no sistema, pode-se exemplificar como os crimes hediondos ou equiparados, os cometidos com violência ou grave ameaça, os praticados por organizações criminosas, os de lavagem de dinheiro e outros similares, pois conduzirão, em regra, a imposição de regime fechado ou integral fechado; o agente, em geral, deve ser portador de maus antecedentes e/ou reincidente em crime doloso, pois não faz jus, em tese a nenhuma benesse legal.

Entendimento similar externa Juarez Freitas, ao asseverar a necessidade de balanceamento entre os bens jurídicos em questão sob a égide principiológica

⁷¹⁸ OLIVEIRA, 2008, p. 416.

⁷¹⁹ Ibid., loc. cit.

⁷²⁰ LANFREDI, 2009, p. 98.

⁷²¹ FREITAS, 2004, p. 27

constitucional, pois “proporcionalidade significa, sobretudo, sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos fundamentais”, perfazendo um entendimento que ultrapassa a denominada vedação de excessos⁷²².

Para Willis Santiago Guerra Filho, o princípio da proporcionalidade comporta divisão tripartite, perfazendo-se, em sentido estrito, princípio da adequação e da exigibilidade, tratando-se de “um mandamento de otimização do respeito máximo a todo o direito fundamental⁷²³”.

Tratando-se o *jus libertatis* de um direito fundamental, o princípio da proporcionalidade deve estar presente nas “medidas cautelares de coerção pessoal”, para que a custódia não se traduz “em pena antecipada, abusiva e injustificável⁷²⁴”.

O cotidiano forense é repleto de situações em que, desde a fase inquisitorial, o imputado encontra-se com a liberdade cerceada por medida cautelar, sem que se verifique a possibilidade real de manutenção da prisão em caso de condenação e, não obstante, a liberdade provisória não é concedida⁷²⁵.

À primeira vista, partindo desta premissa poder-se-ia concluir que a imposição do princípio da proporcionalidade redundaria em uma “admissão de execução antecipada da pena”, o que não encontra amparo lógico em virtude do princípio da proporcionalidade “se estender unicamente a valoração daqueles que, no plano sancionatório, poderiam ser os efeitos de um eventual reconhecimento de culpa”⁷²⁶.

Sem o cumprimento da proporcionalidade, as medidas cautelares pessoais estarão em antagonismo com a presunção de inocência, visto que não operando aquela, inexistirá o cumprimento desta em nosso ordenamento jurídico⁷²⁷.

Para Luiz Antonio Câmara⁷²⁸:

⁷²² Ibid., p. 194.

⁷²³ GUERRA FILHO, 2001, p. 70: “O princípio da proporcionalidade [...] tem um conteúdo que se reparte em três “princípios parciais” (teilgrundsätze): “princípio da proporcionalidade em sentido estrito” ou “máxima do sopesamento” (Abwägungsgbot), “princípio da adequação” e “princípio da exigibilidade” ou “máxima do meio mais suave” (Gebot des mildesten Mittels). O princípio da proporcionalidade em sentido estrito determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado que seja juridicamente a melhor possível. [...] Os subprincípios da adequação e da exigibilidade ou indispensabilidade (Erforderlichkeit), por ser turno, determinam que dentro do faticamente possível, o meio escolhido se preste para atingir o fim estabelecido, mostrando-se assim “adequado”. Além disso esse meio deve mostrar-se “exigível”, o que significa não haver outro, igualmente eficaz, e menos danoso a direitos fundamentais”.

⁷²⁴ DALABRIDA, 2004, p. 83.

⁷²⁵ CÂMARA, 1997, p. 96.

⁷²⁶ Ibid., loc. cit.

⁷²⁷ CRUZ, 2006, p. 94.

Em conclusão: por força da eficácia deste princípio a tutela cautelar deve expressar-se através de meio que equivalha ao regime de cumprimento de pena autorizado pela sanção projetada. Assim, exemplificativamente, tomando as normas penais em vigor que se referem à fixação e cumprimento da reprimenda, verificada a existência de séria possibilidade de condenação, há de se projetar também o quantum hipotético e, a partir dele, fixar-se a cautela que deve ser equivalente ao futuro regime executivo do castigo corporal.

Mesmo a utilização da prisão processual dentro dos parâmetros constitucionais e ordinários, que busque assegurar a execução e o procedimento persecutório, “continúa siendo una injerencia que lesiona la libertad”, por isso o preceito da proibição de excesso não pode ter uma análise tão estrita quanto a presunção de inocência, o que deve levar o exegeta a buscar sempre medidas menos lesivas. Desta forma, sendo ambos preceitos ligados à proporcionalidade, deve-se ponderar acerca da gravidade do delito e seu corolário⁷²⁹.

Para Winfried Hassemer⁷³⁰:

Por lo tanto, al analizar la proporcionalidad de la injerencia se debe poner en la balanza la gravedad de la consecuencia penal que cabe esperar. Si esta consecuencia penal no alcanza a la privación de libertad, entonces la pérdida de la libertad para asegurar la consecuencia penal resulta desproporcionada.

Compreende-se então, o princípio da proporcionalidade ungido com duplo sentido, obrigatoriamente presente em qualquer exegese, propiciando a não decretação da prisão provisória, mesmo presentes todos o requisitos ensejadores e, também, possibilitando a liberdade provisória em iguais termos⁷³¹.

Os doutrinadores pátrios demonstram dificuldade em adequar-se as novas contendas advindas da ordem econômica internacional, em relação ao direito penal econômico e o princípio da proporcionalidade, pela dificuldade em determinar “o real

⁷²⁸ CÂMARA, op. cit., p. 102.

⁷²⁹ HASSEMER, 1998, p. 111: “Aun cuando la prisión preventiva se limita a los objetivos legítimos del aseguramiento del procedimiento y de la ejecución, continúa siendo una injerencia que lesiona la libertad. Puede conducir a daños producidos por la prisión, por lo general tiene efecto desocializante y perjudica, además, el programa político-criminal de reducir las privaciones de libertad de corta duración. Por ello, debe ser medida teniendo en cuenta la prohibición de exceso como segundo importante parámetro normativo. La prohibición de exceso exige una ponderación valorativa entre objetivo legítimo e efectos deseados. De ahí que las exigencias que se derivan de ella no pueden ser tan estrictas como las que resultan de la presunción de inocencia. Así mismo, son claramente evidentes los límites de una regulación orientada a partir de principio de proporcionalidad”.

⁷³⁰ HASSEMER, 1998, p. 111. Tradução: Portanto, ao analisar a proporcionalidade da injerencia deve-se pôr na balança a gravidade da consequência penal que cabe esperar. Se esta consequência penal não atinge a privação de liberdade, então a perda liberdade para assegurar a consequência penal resulta desproporcionada.

⁷³¹ PACHECO, 2008, p. 796

conteúdo do princípio” e a instabilidade jurídica que advém de sua amplitude, entre outros motivos⁷³².

8.4 PRINCÍPIO DA PRECARIIDADE

O termo “precário” alude, com perfeição o caractere intrínseco das medidas cautelares pessoais, pois traz em seu significado a real denotação que se deve depreender de tal providência. Derivado do latim *precariu*, define-se como pouco durável, insustentável, insuficiente⁷³³ ou, ainda, que não é estável, inseguro, incerto, contingente⁷³⁴.

A providência cautelar pessoal alcança o réu, sem direito à ampla ou sequer à mínima defesa, contraditório e outros princípios constitucionais basilares, usurpando-lhe a liberdade sem o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. A efetivação ocorre sem a participação e conhecimento do réu, adequando-se ao brocardo latino *inaudita altera pars*.

Luiz Antonio Câmara, citando Odete Maria de Oliveira e Maia Gonçalves, consigna que o princípio da precariedade advém de que todo acusado presume-se de inocente, conforme ditame constitucional, e, como tal, a supressão temporária da liberdade “não pode ultrapassar o comunitariamente suportável”, especialmente em caso de procrastinação temporal⁷³⁵.

Schaefer Martins consigna o que denomina princípio da racionalidade ou proporcionalidade *stricto sensu*, para afirmar que uma medida cautelar não tem o condão de ultrapassar o essencial objetivado⁷³⁶, que pode ser compreendido no tempo estritamente indispensável de manutenção no cárcere.

⁷³² LOPES, 2000, p. 300-301: “Ambos têm em comum um problema que aflige especialmente a doutrina brasileira, pouco acostumada a certos desafios ditados pela sociedade mais complexa ditada pela ordem econômica internacional. São críticas feitas ao princípio e mesmo à identificação do Direito Penal Econômico, como objeto próprio de estudo: a) dificuldade em precisar o real conteúdo do princípio; b) a insegurança jurídica que decorre de seu reconhecimento e aplicação; c) o risco que se corre com a indeterminação de um Direito fundamental em convertê-lo em Direito fundamental genérico; d) a instabilidade no processo penal; e) o princípio acenaria para o perigo em converter-se em um limite aos próprios direitos fundamentais e não um limite às limitações impostas à ele; f) redução do conteúdo das liberdades; g) causaria abalo do equilíbrio constitucional dos poderes;

⁷³³ FERREIRA, 1999, p. 1623.

⁷³⁴ Disponível em: <<http://www.priberam.>> Acesso em: 12 jan. 2009.

⁷³⁵ CÂMARA, 1997, p. 103.

⁷³⁶ MARTINS, 2008, p 63: “[...] decorrendo desta justa medida, da localização de providência que não se coloque além ou aquém do necessário para obtenção do resultado devido”.

A Constituição portuguesa impõe ao legislador ordinário a limitação da prisão preventiva ao asseverar no art. 28º- 3, que “a prisão preventiva está sujeita aos prazos estabelecidos na lei”, estabelecendo que a prisão processual não pode se procrastinar por tempo indeterminado⁷³⁷. A precariedade é expressamente entabulada por Canotilho como caractere intrínseco das medidas cautelares, quando tece comentários acerca do art. 28º. do texto constitucional, sendo “excepcional, precário, fundamentado e temporalmente limitado”⁷³⁸.

A precariedade é também trazida no Código de Processo Penal português art. 212º, quando entabula taxativamente a não autonomia e dependência aos motivos ensejadores da cautelar, sob pena de revogação da medida⁷³⁹. Ocorrida a supressão provisória da liberdade, o juiz tem por obrigação reanalisar a medida constritiva a cada 3 meses, com o limite de 18 meses para ocorrência da sentença daquele detido cautelarmente⁷⁴⁰.

Na Itália, o prazo temporal é estabelecido pela pena em abstrato e de acordo com a fase procedimental, conforme nos ensina Aury Lopes Jr. Na Espanha a continuidade da cautelar depende da persistência dos fundamentos que originaram a medida coercitiva⁷⁴¹. Tal assertiva encontra-se presente no sistema jurídico inglês,

⁷³⁷ CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 489: “A prisão preventiva não pode deixar de ser temporalmente limitada (nº. 4) e, de acordo com sua natureza, estritamente limitada (cfr. Cód. Proc. Penal, art. 215º, e AcsTC nº 246/99 e 298/99): antes da dedução da acusação, porque não pode deixar de ser pequeno o tempo em que é tolerável em que se é privado da liberdade que, embora seja argüido de um crime, não está ainda pronunciado ou acusado; depois da acusação ou da prolação da decisão interlocutória (cfr. Cód. Proc. Penal, art. 215º, porque, mesmo depois disso, mantém-se a presunção de inocência, devendo o julgamento ocorrer dentro do prazo mais curto possível (art. 32º-2), com libertação do acusado ou início de cumprimento da pena de prisão que haja de cumprir”.

⁷³⁸ Ibid., p. 488.

⁷³⁹ Vide Código de Processo Penal português: “Atualizado até ao Dec.-Lei n.º 324/2003, de 27.12, embora contenha um Acórdão do STJ de 2007. [...] CAPÍTULO III - Da revogação, alteração e extinção das medidas. Artigo 212.º Revogação e substituição das medidas. 1 - As medidas de coacção são imediatamente revogadas, por despacho do juiz, sempre que se verificar: a) Terem sido aplicadas fora das hipóteses ou das condições previstas na lei; **ou b) Terem deixado de subsistir as circunstâncias que justificaram a sua aplicação**”. Disponível em: <<http://www.portolegal.com/CPPen.htm>>. Acesso em: 11 mai. 2009.

⁷⁴⁰ LOPES JUNIOR, 2009, p. 58: “Em Portugal, o juiz tem a obrigação de ver revisar a cada 3 meses a medida cautelar decretada, verificando se ainda permanecem os motivos e pressupostos que a autorizaram – art. 231.1. Além disso, se passados 6 meses da prisão ainda não tiver sido iniciado o processo, com efetiva acusação, o imputado deverá ser colocado em liberdade, salvo situação de excepcional complexidade. Também como regra geral, o CPP português prevê que, se passados 18 meses sem sentença ou 2 anos sem trânsito em julgado, deve o acusado ser posto em liberdade, salvo se a gravidade do delito ou sua complexidade justificar a ampliação do prazo”.

⁷⁴¹ Id., 2007, p.161. “Na Espanha, o Tribunal Constitucional – STC 178/1985 definiu que a duração deve ser tão-somente a que se considere indispensável, para conseguir a finalidade pela qual foi decretada. Na Itália, o CPP utiliza o critério de quantidade da pena em abstrato par determinar o tempo máximo de duração da prisão cautelar e para isso existe uma grande variedade de prazos, conforme a gravidade do delito e a fase em que se encontra o processo. É importante ressaltar que o legislador italiano determinou que os prazos devem ser considerados independentes e autônomos para cada fase do processo”.

obrigando o julgador a reanalisar a decisão limitante da liberdade em determinado lapso temporal, evitando a manutenção em cárcere quando exauridos os motivos originadores da prisão processual⁷⁴². Na Alemanha a prisão provisória não pode ultrapassar 6 meses, salvo situações anormais, quando o juízo *ad quem*, revisará a continuidade do motivo ensejador a cada 3 meses⁷⁴³.

A legislação processual penal da Costa Rica também contempla regramento similar, obrigando o juiz em caso de prisão processual a reexame de ofício, a cada três meses, demonstrando o caráter precário da medida⁷⁴⁴.

O Código de processo penal pátrio, em seu art. 317,⁷⁴⁵ prevê a possibilidade de o juiz revogar a prisão preventiva, em caso de descontinuidade do fundamento originário, o que encontra respaldo em decisões de nossa Instância Maior⁷⁴⁶. Tal determinação normativa é similar à prevista na legislação italiana⁷⁴⁷.

A inexistência de limites temporais à prisão preventiva revela situação calamitosa no direito pátrio, vistos os “lendários 81 dias, construídos a partir da soma dos diversos prazos”. O excessivo decurso de tempo na prisão da preventiva é

⁷⁴² ALMEIDA, 2006, p. 227: Uma vez aplicada a prisão preventiva, o juiz deveria se apresentar todos os 8 dias ao juiz (Secção 128(6) do “Magistrates’ Court Act”), para que ele reapreciasse a medida aplicada e eventualmente a renovasse. A periodicidade desta apresentação veio, contudo, a ser dilatada para 28 dias, pelo “Criminal and Justice Act’ de 1991”.

⁷⁴³ LOPES JUNIOR, loc. cit.: “Na Alemanha: StPO § 121 -, a regra geral é a de que a prisão provisória não possa durar mais de 6 meses, salvo quando a especial dificuldade, a extensão da investigação ou outro motivo importante não permitam prolatar a sentença e justifiquem a manutenção da prisão. Em caso de prorrogação, se poderá encomendar ao Tribunal Superior do ‘Land’ que faça um exame sobre a necessidade de manutenção da prisão no máximo a cada 3 meses (dever de revisar periodicamente)”.

⁷⁴⁴ CRUZ, 2006, p. 88-89: “Para dar efetividade a tal regra, a legislação da Costa Rica determina que o juiz analise, de ofício, ou por provocação da parte ‘por lo menos cada tres meses, los presupuestos de la prisión o la libertad del imputado’ (art. 253, par. II). Similar regra é encontrada na StPO da Alemanha, (§ 122), bem como no Código de Processo Penal de Portugal, ao prever, no art. 213º, que: ‘Durante a execução da prisão preventiva o juiz procede oficiosamente, de três em três meses, ao reexame da subsistência dos pressupostos daquela, decidindo se ela é de manter ou deve ser substituída ou revogada”.

⁷⁴⁵ Vide Código de Processo Penal, Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941: “Art. 316. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”.

⁷⁴⁶ FRANCO, Alberto Silva. STOCO, Rui (Coords.). **Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 767: “A prisão preventiva deve ser decretada quando absolutamente necessária. Ela é uma exceção à regra da liberdade. Não mais subsistentes os motivos que levaram a sua decretação, como no caso concreto, impõe-se que seja revogada. O pedido de liberdade provisória [...]”. (Supremo Tribunal Federal. 2. T. Habeas-corpus 80.282-6. Relator: Nelson Jobim – j. 03 de outubro de 2000 – DJU 02.02.2001).

⁷⁴⁷ CRUZ, 2006, p. 87: “[...] com normatização mais moderna e precisa, o código de processo penal da Itália, cujo art. 299 estabelece que: 1. Le misure coercitive e interdittive sono immediatamente revocate quando risultano mancati, anche per fatti sopravvenuti, Le condizioni di applicabilità previste dall’art. 273 o dalle disposizioni relative alle singole misure ovvero Le esigenze cautelari previste dall’art. 274”.

respaldado na *praxis* sob as mais variadas argumentações retóricas⁷⁴⁸. O legislador brasileiro deveria estabelecer “os limites temporais das prisões cautelares” e o dever de reavaliar a decisão geradora da constrição de liberdade em intervalos temporais regulares⁷⁴⁹.

A prestação jurisdicional em prazo razoável, encontra embase nas “garantias constitucionais”, de acordo com os seguintes parâmetros⁷⁵⁰:

Respeito a dignidade do acusado: considerando os altíssimos custos (econômicos, físicos, psíquicos, familiares e sociais) gerados pela estigmatização jurídica e social [...]. **Interesse probatório:** é inegável que o tempo que passa é a prova que se esvai, na medida que os vestígios materiais e a própria memória em torno do crime, enquanto acontecimento histórico perdem sua eficácia com o passar dos anos. **Interesse coletivo:** no correto funcionamento das instituições, inerente a própria estrutura do Estado Democrático de Direito. **A confiança na capacidade da justiça:** de resolver os assuntos que a ela são levados, no prazo legalmente considerado como adequado e razoável. (grifos do autor)

Considerando que o Código de Processo Penal não consigna o prazo máximo de duração da prisão preventiva, ficando o imputado ao arbítrio estatal, por construção jurisprudencial, estabeleceu-se como limite o lapso temporal considerando a soma de todos os atos processuais, sob conseqüência de constrangimento ilegal, passando atualmente a contar com 86 dias⁷⁵¹. Desta forma, deve o estado obedecer os prazos legais, excetuando-se casos que “exijam uma reflexão hermenêutica para além dos limites dogmáticos [...]”⁷⁵², o que invariavelmente incorre na *praxis* forense, possibilitando buscar-se no *habeas corpus*, amparado no 648, II do CPP⁷⁵³ o remédio legal para cercear a prisão por tempo superior ao previsto em lei.

⁷⁴⁸ LOPES JUNIOR, 2007, p.160: “Inexiste um referencial de duração temporal máxima e, cada vez mais, os Tribunais avalizam a (de)mora judicial a partir dos mais frágeis argumentos, do estilo: a complexidade (apriorística?) do fato, a gravidade (in abstrato?), clamor público (ou seria opinião publicada?)”.

⁷⁴⁹ Ibid., p.161.

⁷⁵⁰ LOPES JUNIOR, op. cit., p.144-145.

⁷⁵¹ OLIVEIRA, 2008, p. 440: “A nosso aviso, e em uma primeira aproximação do tema, a nova contagem, no rito ordinário, chegará aos 86 (oitenta e seis) dias, como regra, ressalvadas circunstâncias específicas de cada caso concreto: a) 10 (dez) dias, ou 15 (quinze) dias na Justiça Federal, para conclusão da investigações; b) 05 (cinco) dias para o oferecimento da denúncia; c) 10 (dez) dias para a resposta escrita (art. 396, CPP); d) até 60 (sessenta) dias para a audiência de instrução (art. 400, CPP), a serem acrescidos do prazo de vinte e quatro horas para a decisão de recebimento da peça acusatória, e, eventualmente, do prazo de prisão temporária (Lei 7.960/89)”.

⁷⁵² Ibid., p. 439-442.

⁷⁵³ Vide Código de Processo Penal, Capítulo X, Do Habeas Corpus e seu processo. Art. 647. Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar. Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal: [...] II- quando alguém estiver preso mais tempo do que a lei determina”.

Inexiste norma ordinária ou constitucional a estabelecer prazo temporal para a prisão preventiva. No entanto, a lei 9.034/95⁷⁵⁴, que trata da prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, determinou o termo final da instrução criminal em 81 dias, quando o réu estiver preso, tendo a jurisprudência consolidado posicionamento na admissão da dilação processual “pela complexidade da matéria” ou por advir da atuação da defesa⁷⁵⁵.

Aury Lopes Jr. trata do princípio da precariedade sob nomenclaturas diversas, abarcando duplo aspecto: a provisionalidade e a provisoriedade. Na provisoriedade, que é característica própria das cautelares pessoais, leva-se em consideração o “fator tempo”, porque seu intuito não é apenatório, devendo cingir-se ao objetivo intentado⁷⁵⁶.

Com o novo procedimento trazido pela Lei 11.719 de 2008⁷⁵⁷, que estabelece prazo máximo de 60 dias para a audiência de instrução e julgamento, bem como, pelos prazos estabelecidos pela Lei 11.689/2008, pode-se afirmar que passam a ser “marcos que podem ser utilizados como indicativos de excesso de prazo em caso de prisão preventiva”⁷⁵⁸.

Para Aury Lopes Jr⁷⁵⁹:

Voltando ao problema brasileiro, faltam a definição em lei da duração máxima da prisão cautelar e também a previsão de uma sanção processual em caso de excesso (imediate liberação do ofendido). O limite aos excessos somente ocorrerá quando houver prazo com sanção. Do contrário os abusos continuarão.

Toda a medida cautelar tem uma natureza provisória, em virtude de sua procrastinação depender da continuidade dos fatores que levaram a sua decretação,

⁷⁵⁴ BRASIL. Lei 9.034, de 13 de maio de 1995. Art. 8º: “O prazo para encerramento da instrução criminal, nos processos por crime que trata esta lei, será de 81 (oitenta e um) dias, quando o réu estiver preso, e de 120 (cento e vinte) dias, quando solto”. (Redação dada pela Lei nº 9.303, de 5-9-1996)

⁷⁵⁵ MENDES, 2008, p. 668-669.

⁷⁵⁶ LOPES JUNIOR, 2009, p. 55.

⁷⁵⁷ BRASIL. Lei 11.719, de 20 de junho de 2008. Art. 1º. Os arts. 63, 257, 265, 362, 363, 366, 383, 384, 387, 394ª 405, 531 a 538 do Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, passam a vigorar com a seguinte redação, acrescentando-se ao art. 396-A: [...] ‘Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, **a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias**, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado”. (grifo nosso)

⁷⁵⁸ LOPES JUNIOR, op. cit., p. 55-56.

⁷⁵⁹ Ibid., 2009, p. 57.

concluindo-se que esta jamais tem o condão da definitividade, “porquanto é estrutural e funcionalmente caracterizada como instrumental”⁷⁶⁰.

A provisionalidade, no dizer de Aury Lopes Jr., tem sido comumente desconsiderado pelo judiciário, em virtude das medidas cautelares em sua essência possuírem um caráter transitório, atreladas que estão a uma situação fática anterior. Dissipando-se o *fumus commissi delicti* ou o *periculum libertatis* a liberdade deve ser restituída⁷⁶¹.

Para Aury Lopes Jr⁷⁶²:

O desprezo pela provisionalidade conduz a uma prisão cautelar ilegal, não apenas pela falta de fundamento que a legitime, mas também por indevida a apropriação do tempo do imputado.

A precariedade deve ser levada em consideração no exercício hermenêutico que antecede o deferimento de uma medida coercitiva pessoal, posto tratar-se de um instrumento processual de cunho provisório, distante da finalidade comum de satisfazer a opinião pública almejada pelas autoridades policiais.

As medidas cautelares pessoais não integram o sistema normativo com caractere sancionatório, por conseguinte, é primordial a não utilização indiscriminada deste instituto, sob pena de “subverter os princípios fundamentais do Estado de Direito, consagrando algo próximo à idéia de justiça sumária”⁷⁶³.

Em nada se modifica esta marca de finitude, a eventual ocorrência de uma sentença condenatória, pois nesse caso a liberdade será cerceada por decisão final e não mais provisória. Toda decretação de uma medida cautelar é uma decisão “*rebus sic stantibus*”, que deve manter-se desde que os motivos granjeados perseverem⁷⁶⁴.

Destarte, compreende-se de fundamental importância a inserção do princípio da precariedade na hermenêutica cautelar, sob égide da provisionalidade e da provisoriedade. Naquele, considerando seu caractere efêmero vinculado estritamente a situação fática geradora, que celeremente transmuda-se no decurso da persecução penal. Neste, como primado a demonstrar que a supressão

⁷⁶⁰ CRUZ, 2006, p. 86-87.

⁷⁶¹ LOPES JUNIOR, op. cit., p. 54.

⁷⁶² Ibid., loc. cit.

⁷⁶³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 57

⁷⁶⁴ CRUZ, 2006, p. 86-87.

provisória da liberdade não possui natureza retributiva, preventiva geral ou especial (não é um pena), devendo, por isso, cingir-se ao menor lapso temporal possível.

8.5 PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

O princípio da subsidiariedade, cujo vocábulo tem origem no direito lusitano, restringe a utilização das cautelares à *última ratio*, na hipótese de inexistência de medida diversa, ou seja, de somenos gravidade ao *jus libertatis*⁷⁶⁵. Para os italianos denomina-se de princípio da gradualidade, remetendo o exegeta a utilização da restrição provisória da liberdade⁷⁶⁶.

Quando trata da prisão preventiva, Luiz Antonio Câmara professa a essencial utilização do princípio da subsidiariedade⁷⁶⁷:

[...] tal espécie cautelar somente se mostra viável quando demonstrado que todas as outras modalidades cautelares não satisfazem os fins cautelares. É em decorrência dele que vem a prisão preventiva configurada como *ultima ratio* do rol cautelar.

No entender de Machado Cruz o princípio da subsidiariedade é similar ao da necessidade, cuja origem remonta o princípio da proporcionalidade, tendo ambos como fonte primeira o Estado Democrático de Direito. Ao permitir o cerceamento da liberdade do imputado por interesse estatal, também exige que este mesmo Estado intente a intromissão menos gravosa⁷⁶⁸.

Para Machado Cruz⁷⁶⁹:

Trata-se de uma escolha comparativa, entre duas ou mais disponíveis, igualmente idôneas para atingir o objetivo a que se propõe com a providência cautelar, cumprindo a magistrado, portanto, identificar e escolher qual delas representa a menor lesão ao direito à liberdade do investigado ou acusado, sem prejuízo do resultado concreto e da efetividade da iniciativa.

Sant'Ana Lanfredi coloca o princípio da subsidiariedade como inserido no princípio da proporcionalidade, devendo para tanto “o juiz sempre verificar se

⁷⁶⁵ CÂMARA, 1997, p. 103.

⁷⁶⁶ CÂMARA, 1997, p. 103.

⁷⁶⁷ Ibid., loc. cit.

⁷⁶⁸ CRUZ, 2006, p. 97.

⁷⁶⁹ Ibid., p. 98.

alguma outra medida, menos gravosa, apresenta-se em condições de proteger o processo ou seu eventual resultado”⁷⁷⁰.

Aury Lopes Jr., trata do princípio em tela como da excepcionalidade, devendo as prisões processuais reduzirem-se à última *ratio*, “tendo em vista o custo que representam”, o que, infelizmente inoocorre no cotidiano forense, onde “as prisões cautelares estão excessivamente banalizadas”. Fato corriqueiro é a ocorrência da detenção para, com as provas daí coletadas, buscar-se o respaldo legal legitimador⁷⁷¹.

Para Winfried Hassemer a subsidiariedade é consectário da proibição de excesso nos seguintes moldes⁷⁷²:

Una consecuencia obvia de **la prohibición de exceso es la prioridad de las medidas menos lesivas que pudieran igualmente asegurar los fines de la prisión preventiva** (§ 8); al respecto, poco es lo que se puede discutir. Pero la prohibición de exceso exige, además, que la no disponibilidad de medios menos lesivos sea incorporada a los presupuestos de decreto de prisión [...]. (grifo nosso)

Ocorrendo a indispensabilidade de restringir o *jus libertatis* do imputado, com escopo de alcançar determinada finalidade processual, o aplicador do direito esbarra no limite imposto pelo legislador pátrio, que consigna no elenco ordinário tão-somente medidas encarceradoras de privação integral da liberdade.

O Código de Processo Penal português⁷⁷³ em seu título II, Capítulo I, quando trata “das medidas de coação” apresenta um rol de hipóteses de não

⁷⁷⁰ LANFREDI, 2009, p. 98.

⁷⁷¹ LOPES JUNIOR, 2009, p. 59.

⁷⁷² HASSEMER, 1998, p. 111-112. Tradução: “Uma consequência óbvia da proibição de excesso é a prioridade das medidas menos lesivas que pudessem igualmente assegurar os fins da prisão preventiva (§ 8); a respeito, pouco é o que se pode discutir. Mas a proibição de excesso exige, ademais, que a não disponibilidade de meios menos lesivos seja incorporada aos pressupostos do decreto de prisão”.

⁷⁷³ PORTUGAL. **Código de penal de Portugal**. Disponível em: <<http://www.portolegal.com/CPPen.htm>> Acesso em: 15 jun. 2009. “Atualizado até ao Dec.-Lei n.º 324/2003. Das medidas admissíveis Artigo 197.º - Caução 1 - Se o crime imputado for punível com pena de prisão, o juiz pode impor ao arguido a **obrigação de prestar caução**. Artigo 198.º Obrigação de apresentação periódica - Se o crime imputado for punível com pena de prisão de máximo superior a seis meses, o juiz pode impor ao arguido a **obrigação de se apresentar a uma entidade judiciária ou a um certo órgão de polícia criminal** em dias e horas preestabelecidos, tomando em conta as exigências profissionais do arguido e o local em que habita. Artigo 199.º Suspensão do exercício de funções, de profissão e de direitos. Artigo 200.º Proibição de permanência, de ausência e de contactos 1 - Se houver fortes indícios de prática de crime doloso punível com pena de prisão de máximo superior a três anos, o juiz pode impor ao arguido, cumulativa ou separadamente, as obrigações de: a) Não permanecer, ou **não permanecer sem autorização, na área de uma determinada povoação**, freguesia ou concelho ou na residência onde o crime tenha sido cometido ou onde habitem os ofendidos seus familiares ou outras pessoas sobre as quais possam ser cometidos novos crimes; b) **Não se ausentar para o estrangeiro**, ou não se ausentar sem autorização; c) **Não se ausentar da povoação**, freguesia ou concelho do seu

encarceramento provisório, entre as quais a obrigação de apresentação periódica do réu a uma “entidade judiciária ou, a um certo órgão de polícia criminal, em dias e horas pré-estabelecidos” e a prisão domiciliar denominada “obrigação de permanência na habitação”⁷⁷⁴.

Frente às possibilidades não prisionais permitidas pela legislação lusitana, a prisão preventiva é resguardada para circunstâncias de extrema gravidade, quando não restar outra hipótese ao julgador senão restringir a liberdade do imputado⁷⁷⁵.

A Constituição da República Portuguesa, art. 28º - 2, exige expressamente do julgador a verificação de uma medida que cause menor prejuízo ao imputado, privilegiando a manutenção da liberdade, restando as medidas cautelares pessoais para “quando outras medidas cautelares se mostrem ineficazes para a protecção dos bens jurídicos ameaçados”⁷⁷⁶.

Para J. J. Gomes Canotilho e Moreira⁷⁷⁷:

A prisão preventiva tem natureza excepcional, pelo que não deve efectuar-se, ordenar-se, ou manter-se [...] **quando possa, sem prejuízo, ser substituída por caução ou outra medida mais favorável** (nº 2), ou seja, por medida não privativa da liberdade (caução monetária) ou por medida apenas restritiva, mais favorável (liberdade condicionada). (grifo nosso)

No *Codice de Procedura Penale* italiano, art. 391, na “audiência de convalidação” em momento posterior a manifestação do órgão de acusação e da defesa, o juiz deverá decidir sobre a restrição da liberdade e analisar a possibilidade de “impor alguma outra medida coercitiva”, concluindo a prisão como hipótese última⁷⁷⁸. No sistema francês *la détention provisoire* é medida excepcional e não pode ser utilizada “quando outras, menos severas, se mostrem adequadas aos fins do interesse público em vista”⁷⁷⁹.

domicílio, ou não se ausentar sem autorização, salvo para lugares predeterminados, nomeadamente para o lugar do trabalho; d) **Não contactar com determinadas pessoas ou não frequentar certos lugares** ou certos meios. Artigo 201.º
Obrigação de permanência na habitação¹ - Se houver fortes indícios de prática de crime doloso punível com pena de prisão de máximo superior a três anos, o juiz pode impor ao arguido a obrigação de se não ausentar, ou de se **não ausentar sem autorização, da habitação própria** ou de outra em que de momento resida”.

⁷⁷⁴ ALMEIDA, 2006, p. 41-43.

⁷⁷⁵ Ibid., p. 45.

⁷⁷⁶ Ibid., p. 46-47: “A prisão preventiva tem natureza excepcional, não sendo decretada nem mantida, sempre que se possa ser aplicada caução ou outra medida mais favorável prevista na lei. – nº 2 do art. 28º da CRP”.

⁷⁷⁷ CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 488.

⁷⁷⁸ LANFREDI, 2009, p. 152.

⁷⁷⁹ ALMEIDA, op. cit., p. 95.

O princípio da excepcionalidade é correntemente olvidado em nosso país, empregando-se as prisões processuais com intuito de satisfazer a opinião popular, buscando demonstrar a eficácia do sistema repressor estatal, sendo que “nessa teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares”⁷⁸⁰.

Por inexistir no regramento processual penal brasileiro medida menos gravosa que a prisão processual, macula-se o direito subjetivo à liberdade, pelo descumprimento do princípio da subsidiariedade ou excepcionalidade, que deveria cingir o cárcere à última *ratio*. Comumente a aplicação das cautelares pessoais posta o julgador sob verdadeira espada de Dâmocles, pois sua decisão sintetiza-se a uma rígida e difícil dicotomia: manter a liberdade do réu frente a situações obnubilosas ainda não provadas (indiciárias), ou, suprimir o direito de liberdade de um ser humano ainda não condenado, e, como tal em estado de inocência.

No direito pátrio, o princípio da subsidiariedade carece de efetividade, posto que, o rol de espécies cautelares pessoais, não contempla medida diversa da restrição da liberdade, impossibilitando ao julgador tomar medida de menor gravame ao primado constitucional do direito à liberdade. Tal realidade poderá vir a ser modificada com a reforma processual penal em debate na atualidade⁷⁸¹, cujo conteúdo tratar-se-á adiante.

8.6 PRINCÍPIO DA PROBABILIDADE

Na princiologia concernente ao sistema cautelar, o princípio da probabilidade restringe a utilização da prisão processual a situações em que houver possibilidade concreta de perda da liberdade finda a persecução penal *in judicio*. A

⁷⁸⁰ LOPES JUNIOR, 2009, p. 60.

⁷⁸¹ REFLEXÕES em torno das medidas cautelares pessoais no projeto da reforma do código de processo penal: Disponível em: <<http://www.camaraeassociados.com.br>>. Acesso em: 20 abr. 2008: “Ei-las: [...] A criação de um verdadeiro elenco cautelar. Hoje o processo penal brasileiro oferece, a rigor, somente duas medidas: a prisão preventiva (da qual as outras espécies prisionais, exceto a prisão temporária, são meras manifestações). Assim, é de fundamental importância o estabelecimento de outras tais como: recolhimento domiciliar, proibição de deixar a cidade ou o país, retenção de passaporte, proibição de exercício de cargo de direção em empresa, suspensão do exercício do pátrio poder, impedimento provisório para o exercício de profissão, etc. Esse rol facilitaria, inclusive, a adequação da medida com as necessidades cautelares”.

não plausibilidade de uma futura reprimenda restritiva de liberdade, denota a inadmissibilidade da utilização da cautelar em questão⁷⁸².

O exercício hermenêutico desencadeador de uma cautelar pessoal, passa obviamente por uma exegese sistemática. Todo o intérprete ou aplicador do direito deverá “encarnar a condição de protetor dos princípios constitucionais⁷⁸³”, motivo pelo qual, a restrição cautelar da liberdade mostra-se de todo incongruente, quando a infringência do tipo penal não tiver como corolário, vindouro enclausuramento.

O modelo jurídico por nós adotado reserva o encarceramento somente no caso de crimes graves ou reincidentes específicos, incorrendo a possibilidade de prisão para os crimes de menor potencial ofensivo e de “potencial médio” pela possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade⁷⁸⁴.

Para Aury Lopes Jr.⁷⁸⁵:

Como justificar a prisão preventiva em crimes de receptação, estelionato, furto, apropriação indébita, e outros, em que o réu, ainda que ao final condenado (sim, pois ele pode ser absolvido...) não será submetido a pena de privação de liberdade?

Nunca é por demais lembrar que a “prisão-pena” não pode confundir-se com a prisão processual, visto que esta não objetiva qualquer “imposição de sofrimento decorrente de sentença condenatória definitiva, exarada pelo Estado-Juiz, ao culpado de uma infração penal”, não se podendo, portanto, utilizar-se de uma cautelar pessoal como reprimenda antecipada pela conduta praticada⁷⁸⁶.

O princípio da probabilidade perfaz-se no salutar reconhecimento da dignidade humana, como fundamento basilar de nosso ordenamento jurídico, a considerar apenamento futuro como critério fomentador do encarceramento

⁷⁸² CÂMARA, 1997, p. 104: “o princípio da **probabilidade**: das medidas cautelares somente se utilizará o Estado quando, também em visão perspectiva, vislumbrar seja **provável** que, na fase executória, se sujeitará o acusado a algum apenamento. Assim, no dizer de TOMMASEO, o direito provável deve prevalecer sobre o improvável. A improbabilidade de efeitos sancionatórios sobre o acusado importa na não adoção de qualquer espécie de cautela”. (grifos do autor)

⁷⁸³ FREITAS, 2004, p. 242

⁷⁸⁴ FREITAS, 2004, p. 31-32.

⁷⁸⁵ LOPES JUNIOR, 2009, p. 61.

⁷⁸⁶ FREITAS, op. cit., p. 33: “Hoje, entre nós, as penas privativas de liberdade ficam praticamente reservadas a condenados por infração grave ou àqueles que apresentam especial periculosidade, bem como aos reincidentes e portadores de maus antecedentes. Explica-se. No caso de infrações de menor potencial ofensivo (criminalidade leve), gozando o autor do fato de circunstâncias judiciais e legais favoráveis, em audiência preliminar, fará jus a inúmeras benesses, transações legais, contidas na Lei n. 9099/95 – Lei dos juizados especiais criminais (arts. 74, 76 e 89). [...] Nas infrações de potencial médio (criminalidade comum) existe sentença definitiva, mas os condenados tem direito a pena substitutiva. O rol e alcance dessas penas foram ampliadas pela Lei n. 9.714/98, que alterou a redação dos arts. 43 *usque* 48 do diploma penal. Vale dizer, a pena privativa de liberdade não é implementada, pois o juiz a substitui por uma das restritivas de direitos, catalogadas no art. 43”.

provisório, que deve ser levado em consideração pelo julgador, na pretensão da tão almejada justiça, na aplicação da lei ao caso concreto.

9 CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROJETO DE LEI 4.208-C/2001

Apesar de ainda não vigente, pela real possibilidade de vir a integrar o sistema jurídico pátrio, cabe neste estudo tratar perfunctoriamente do Projeto de Lei nº 4.208-C, que tramita em adiantada fase no congresso nacional. Seu conteúdo altera profundamente o processo cautelar nacional, inserindo um conjunto de medidas não prisionais e estabelecendo requisito temporal para a prisão preventiva, como ver-se-á adiante.

Deixamos consignado, que o texto examinado configura-se em um projeto de lei em trâmite no legislativo federal e sujeito a contínuas mudanças, podendo decorrer de tal situação fática a total ou parcial alteração do conteúdo que se analisará.

Opta-se pela análise do Projeto de Lei nº 4.208-C⁷⁸⁷, deixando-se de lado o exame do Projeto de Lei 156/2009⁷⁸⁸, em virtude do Projeto de Lei nº 4.208-C encontrar-se em adiantado processo legislativo, tendo sido objeto de análise doutrinária por diversos autores, entre os outros, Aury Lopes Jr. e Rogério Schietti Machado Cruz.

Primeiramente, mostra-se passível de censura o Projeto de Lei nº 4.208-C, por não conter em seu início o elenco principiológico referente às medidas cautelares, que serviriam de embasamento inicial para qualquer exegese. No entender de Aury Lopes Jr. o projeto deveria trazer taxativamente os princípios da “excepcionalidade, provisoriedade, provisionalidade e proporcionalidade”⁷⁸⁹.

⁷⁸⁷ Paralelamente ao Projeto de Lei 4.208-C, formou-se uma comissão de juristas, com intuito de apresentar Anteprojeto de Lei de mudança do CPP, que tem como coordenador o Min. Hamilton Carvalhido do STJ, cujo trabalho transformou-se no Projeto de Lei 156/2009, estando as medidas cautelares inseridas nos arts. 513/626. Embasa-se nos seguintes primados: o princípio constitucional da presunção da não culpabilidade; o veto a decretação de cautelares de ofício, o princípio da proporcionalidade e a duração razoável do processo.

⁷⁸⁸ Disponível em <<http://infodireito.blogspot.com>> Acesso em 09 de agosto de 2009. “O Projeto disciplina as medidas cautelares [...], trazendo disposições gerais e tratamento das medidas cautelares pessoais e reais. De acordo com a Exposição de Motivos, o texto proposto adotou quatro principais diretrizes: i) o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII, da CR), na medida em que a prisão e outras formas de restrição só se justificam se houver necessidade concreta; ii) a estrutura do modelo acusatório, proibindo-se a decretação de medidas cautelares de ofício na fase de investigação; iii) o princípio da proporcionalidade, já que o recurso à prisão somente será legítimo quando outras medidas cautelares se revelarem inadequadas ou insuficientes; iv) o princípio da duração razoável do processo, por meio da proposição de duas faixas de prazos: uma para os crimes com pena privativa de liberdade inferior a 12 anos e outra para crimes cuja pena seja superior a tal patamar. Ainda no âmbito cautelar, o Projeto disciplina o uso de algemas e traz novo regramento para a prisão especial”.

⁷⁸⁹ LOPES JUNIOR, 2009, p. 156.

Considera-se de melhor abrangência e amplitude a relação trazida por Luiz Antônio Câmara, na obra *prisão e liberdade provisória: lineamentos e princípios do processo penal*, que abarca os princípios da necessidade, adequação, proporcionalidade, precariedade, subsidiariedade e probabilidade.

Como característica construtiva dessa possível mudança legislativa, verifica-se a expressa inserção dos princípios da necessidade e da adequação⁷⁹⁰, o que remetemos o leitor para os itens 8.1 e 8.2 deste trabalho, quando tratamos diretamente destes primordiais princípios cautelares.

As medidas cautelares diversas da prisão, num total de oito, podem ser aplicadas a quaisquer crimes, mesmo aqueles culposos. Diferentemente, a prisão preventiva passa a exigir que o crime gerador da cautelar tenha uma pena máxima superior a 4 anos, salvo condenação anterior em crime doloso, ou, quando se tratar de violência doméstica contra a mulher, adolescente ou criança⁷⁹¹.

No direito lusitano a medida prisional pode ser imposta em virtude da prática de crimes com a pena máxima superior a 3 anos. No direito francês o apenamento deve ser superior a 2 anos e no sistema jurídico alemão, apesar da não estipulação expressa do montante da pena, a prisão fica restrita para crimes considerados graves⁷⁹².

Entre as medidas substitutivas do encarceramento, estabeleceu-se o comparecimento periódico em juízo para informar e justificar atividades, símile ao *sursis processual*⁷⁹³. Denota intento de possibilitar a verificação pelo juízo acerca da vida cotidiana do imputado, bem como, averiguar se o mesmo continua à disposição do julgador⁷⁹⁴.

⁷⁹⁰ BRASIL. Projeto de Lei nº 4.208-C: [...] Título IX – Da Prisão, Das Medidas Cautelares E Da Liberdade Provisória. Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I- **necessidade** para a aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressos previstos, para evitar a prática de infrações penais; II- **adequação** da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do acusado. (grifo nosso) Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>> Acesso em: 26 jun. 2009.

⁷⁹¹ Id. Projeto de Lei nº 4.208-C: “Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I- Nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II- se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal; III- se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; IV- se o crime for praticado com violência doméstica contra criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência”.

⁷⁹² ALMEIDA, 2006, p. 261-262.

⁷⁹³ BRASIL, Projeto de Lei nº 4.208-C: “Art. 319. [...] I- comparecimento periódico em juízo, quando necessário para informar e justificar atividades”. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 26 Jun. 2009.

⁷⁹⁴ CRUZ, 2006, p. 150-151.

No direito português, denomina-se obrigação da apresentação periódica, prevista no art. 198º do CPP, podendo o juiz em caso de descumprimento transformar em outra medida cautelar mais adequada. Difere-se do sistema brasileiro porque prevê a possibilidade de apresentação a “órgão de polícia criminal”⁷⁹⁵. O art. 138, § 5º do Código de Processo Penal Francês⁷⁹⁶, em nosso entendimento mais adequado à *praxis* forense, em virtude do excesso de situações conduzidas ao controle judicial, impõe a correta discricionariedade ao permitir que o juiz determine a entidade, órgão ou autoridade que o imputado deve apresentar-se periodicamente.

No inciso II do art. 319⁷⁹⁷, está prevista a proibição de acesso a determinados locais, quando houver relação com o delito praticado, tratando-se de intuito “profilático ou preventivo”⁷⁹⁸. No direito português tal medida encontra-se no art. 200º do CPP, de forma mais ampla que a proposta legislativa pátria, porque além de um local específico, possibilita ao julgador impor negativa de acesso a “determinada povoação”⁷⁹⁹. No direito francês, de maneira mais abrangente o texto legislativo prevê ao imputado que “não permaneça em certos lugares” ou “apenas permaneça em certos lugares”⁸⁰⁰.

Outra medida não prisional é da proibição de manter contato com determinada pessoa, quando tal situação tiver liame com o fato ilícito⁸⁰¹. Pode-se argumentar contrariamente a hipótese legal, pela inépcia estatal em realizar tal fiscalização. No entanto, tal incumbência dirige-se àquele cuja cautela busca

⁷⁹⁵ ALMEIDA, 2006, p. 41: “Art. 198 do CPP: Se o crime for punível com pena de prisão de máximo superior a seis meses, o juiz pode impor ao arguido a obrigação de se apresentar à entidade judiciária ou a um certo órgão de polícia criminal em dias e horas pré-estabelecidos, tomando em conta as exigências profissionais do arguido”.

⁷⁹⁶ Ibid., p.91: “[...] Apresentar-se periodicamente aos serviços, associações habilitadas ou autoridades designadas pelo juiz de instrução ou pelo juiz das liberdades e da detenção, que ficam obrigadas à mais estrita discricção acerca do factos relativos à pessoa colocada sob controlo”.

⁷⁹⁷ BRASIL. Projeto de Lei nº 4.208-C: “Art. 319. [...] II- proibição do acesso ou freqüência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante”. Disponível em www.camara.gov.br em 26/06/2009.

⁷⁹⁸ CRUZ, op. cit., p. 152.

⁷⁹⁹ ALMEIDA, op. cit., p. 43: “Art. 200, 1, a) do CPP: Não permanecer, ou não permanecer sem autorização, na área de uma determinada povoação, freguesia ou concelho ou na residência onde o crime tenha sido cometido ou onde habitem os ofendidos seus familiares ou outras pessoas sobre as quais possam ser cometidos novos crimes”.

⁸⁰⁰ Ibid., p. 92: O juiz de instrução ou o juiz das liberdades e da detenção podem determinar ao arguido, quando o entendam como adequado aos fins do processo que: a) Não se ausente, sem autorização judicial, de determinados limites territoriais; b) Não permaneça em certos lugares; c) Apenas permaneça em certos lugares”.

⁸⁰¹ BRASIL, Projeto de Lei nº 4.208-C: “Art. 319. [...] III- proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante”. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 26 Jun. 2009.

proteger, que perfaz-se no maior interessado em ver cumprida a obrigação legal⁸⁰². No direito lusitano encontramos tal previsão no art. 200º, 1, d) do CPP, que tem intuito de “evitar o perigo de que o argüido reincidisse ou tentasse a prática dos crimes”⁸⁰³. No direito francês, de acordo com o art. 138 do CPPF, a obrigação de “se abster de receber ou de se encontrar com determinadas pessoas especialmente designada pelo juiz [...] assim como entrar em relacionamento com elas”⁸⁰⁴.

No inciso IV do art. 319⁸⁰⁵, encontra-se previsão cautelar de proibição de ausência da Comarca, com claro intuito de evitar a fuga ou garantir a presença do imputado para interesses processuais. No direito lusitano, além da Comarca ou “povoação”, encontra-se a obrigação de “não se ausentar para o estrangeiro”, no art. 200º, 1, b) ⁸⁰⁶. Na legislação francesa, verifica-se mais uma vez a correta possibilidade do julgador não exaurir a proibição a determinada Comarca, como no texto pátrio, mas de “determinados limites territoriais” ⁸⁰⁷, o que pode melhor alcançar o intento em um caso concreto, como a proibição de se ausentar de certa região onde o imputado tem relações comerciais ou afetivas, bem como do estado ou país.

O legislador reformista introduziu no inciso V do art. 282, a hipótese do recolhimento obrigatório do imputado em seu domicílio no período noturno, bem como nos dias de folga, quando possuir residência determinada⁸⁰⁸. Aproxima-se esta medida coercitiva do modelo estabelecido para a prisão-albergue do art. 93 da LEP e da limitação de final de semana do CP. Para Machado Cruz a imposição legislativa de uma pena mínima de dois anos para a utilização da medida “não se mostra feliz”, porque não compreende crimes como de quadrilha, furto qualificado entre outros delitos⁸⁰⁹.

⁸⁰² CRUZ, 2006, p. 153-154.

⁸⁰³ ALMEIDA, 2006, p. 43: “Art. 200, 1, d) do CPP: Não contatar com determinadas pessoas ou não freqüentar certos lugares ou certos meios”.

⁸⁰⁴ Ibid., p. 92-93.

⁸⁰⁵ BRASIL, op. cit.: “Art. 319. [...] IV- proibição de acesso ou freqüência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante”.

⁸⁰⁶ ALMEIDA, op. cit., p. 43: “Art. 200º, 1, b) do CPP: Não se ausentar para o estrangeiro, ou não se ausentar sem autorização”.

⁸⁰⁷ Ibid., Art. 138, 1º, do CPPF: “Não sair dos limites territoriais determinados pelo juiz de instrução ou pelo juiz das liberdades e da detenção”.

⁸⁰⁸ BRASIL. Projeto de Lei nº 4.208-C: “Art. 319. [...] V- recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga nos crimes punidos com pena mínima superior a 2 (dois) anos, quando o acusado tenha residência e trabalhos fixos”. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 26 jun. 2009.

⁸⁰⁹ CRUZ, 2006, p. 159.

No inciso VI do mesmo artigo⁸¹⁰, consigna o projeto de lei a suspensão do exercício de atividade pública, econômica e financeira, quando utilizada como meio para prática de ilícitos penais. O emprego deste instrumento é possível tão-somente quando houver um vínculo entre a atividade profissional de que o imputado é afastado e o delito, “não servindo, portanto, para evitar outros crimes não relacionados a tais circunstâncias laborativas”⁸¹¹.

A suspensão de atividade de natureza econômica, quando ocorrer suspeita de sua utilização para a prática de ilícitos penais, demonstra claramente a intervenção estatal na ordem econômica, visto tratar-se de um permissivo legal que restringe a liberdade de mercado em determinadas situações concretas.

O regramento processual penal português diferentemente do pátrio, não contempla a hipótese de suspensão de atividade de natureza econômica ou financeira privada, tratando especificamente de atividades que dependam de autorização pública. Tal dispositivo busca evitar a dissipação probatória, com a continuidade da atividade pelo imputado⁸¹².

Para o caso de inimputáveis e semi-imputáveis o inciso VII⁸¹³ prevê a internação provisória. Considerando a similitude entre a internação em hospital de custódia e o encarceramento advindo da prisão preventiva para imputáveis, esta cautelar de internação provisória deve ser restrita à última *ratio*, privilegiando-se as demais hipóteses previstas no art. 319 do Projeto de Lei 4.208-C⁸¹⁴.

⁸¹⁰ BRASIL, op. cit.: “Art. 319. [...] VI- suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais”. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 26/06/2009.

⁸¹¹ CRUZ, op. cit., p. 162-163.

⁸¹² ALMEIDA, 2006, p. 42: “Art. 199, 1, do CPP: Se o crime imputado for punível com pena de prisão de máximo superior a dois anos, o juiz pode impor ao argüido, cumulativamente, se disso for caso, com qualquer outra medida legalmente cabida, a suspensão de exercício: a) Da função pública; b) De profissão ou actividade cujo exercício dependa de um título público ou de uma autorização ou homologação de autoridade pública, ou; c) Do poder paternal, da tutela da curatela, da administração de bens ou da emissão de títulos de crédito, sempre que a interdição do exercício respectivo possa vir a ser decretada como efeito do crime imputado.

⁸¹³ BRASIL. Projeto de Lei nº 4.208-C: “Art. 319. [...] VII- internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração”. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 26 jun. 2009.

⁸¹⁴ Vide ensinamentos trazidos por Eugênio Pacelli de Oliveira (2008, p. 280), advertindo acerca da natureza da internação em hospital e a crítica quando a indeterminação temporal de tal medida: “É preciso ter sempre em conta que a privação da liberdade daquele submetido a processo penal ainda não sentenciado definitivamente, isto é, com decisão passada em julgado, será sempre uma custódia (recolhimento a estabelecimento prisional ou mesmo hospital, no caso do inimputável) do inocente, a exigir, portanto, ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, conforme dispõe o art. 5º, LXI, da CF. Por isso, a impossibilidade de se adotar qualquer critério hermenêutico que permita viabilizar a aplicação simultânea da referida norma de internação (por tempo indeterminado) e do princípio constitucional da inocência, precisamente em relação a indeterminação temporal,

Para Machado Cruz⁸¹⁵:

Deveras, não se trata, frise-se, de 'medida de segurança provisória', mas de prisão cautelar, destinada a proteção do processo, da jurisdição penal ou da sociedade.

Medida extremamente próxima da prisão preventiva, visto que restringe a liberdade é a prisão domiciliar do art. 317 do CPP, que proíbe o trânsito do imputado fora do espaço geográfico de sua residência⁸¹⁶. No entanto, mais uma vez equivocasse o legislador em não elencar um número maior de hipóteses possíveis de prisão domiciliar⁸¹⁷.

Segundo Machado Cruz⁸¹⁸:

A prisão domiciliar prevista no Capítulo IV é justificada por razões humanitárias, visto que se aplica às situações em que o sujeito passivo da medida é pessoa idosa, doente, responsável por pessoa carecedora de cuidados especiais [...] ou grávida em avançado estágio de gestação.

Ao elencar em *numerus clausus* as hipóteses de prisão domiciliar, comete o legislador pátrio mendaz engodo, posto que deveria dispor de tal medida para todo e qualquer delito, quando demonstrado ficasse que, pelo primado da proporcionalidade, a prisão preventiva restaria desmedida.

O direito português prevê a obrigação de permanência na habitação no art. 210º do CPP⁸¹⁹, não estabelecendo os descabidos critérios do projeto nacional em trâmite, que restringem a prisão domiciliar aos limitados casos de idade avançada, doença, cuidado de menor e gestação.

O Código de Processo Penal francês em seu art. 138, § 2º, traz a prisão domiciliar, que pode ser cumprida em residência diversa, no caso de estrangeiros ou

somos pela revogação do citado art. 152 § 1º, configurador de verdadeira antecipação dos resultados finais de uma ação penal condenatória”.

⁸¹⁵ CRUZ, 2006, p. 165.

⁸¹⁶ BRASIL, op. cit.: “Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial. Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar nos casos de: I- pessoa maior de 80 (oitenta) anos; II- pessoa extremamente debilitada por motivo de doença grave; pessoa imprescindível aos cuidados especiais de menor de 6 (seis) anos de idade, ou de pessoa com deficiência; IV- gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco. Disponível em <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 26 jun. 2009.

⁸¹⁷ LOPES JUNIOR, 2009, p. 160.

⁸¹⁸ CRUZ, op. cit., p. 161.

⁸¹⁹ ALMEIDA, 2006, p. 44: “Art. 201º do CPP: [...] 1. Se houver fortes indícios de prática de crime doloso punível com pena de prisão de máximo superior a três anos, o juiz pode impor ao arguido a obrigação de não se ausentar, ou de não seu ausentar sem autorização, da habitação própria ou de outra em que de momento resida”.

de residentes de outras localidades⁸²⁰. De acordo com Carlos Alberto Simões de Almeida no direito inglês existe um instituto denominado “residence” que obriga o imputado a residir em determinado local, que pode ser sua residência efetiva ou não⁸²¹, lembrando que em caso de efetiva decretação da prisão preventiva, tal ato deve ser reapreciado a cada 28 dias, conforme o “*Criminal and Justice Act*”. No direito alemão o § 116 do StPO prevê a substituição da prisão preventiva pela permanência em habitação como substituto da garantia da aplicação da lei penal, repassando o dever de vigilância a outrem⁸²².

Para Simões de Almeida⁸²³:

Esta obrigação, constitui-se como medida atenuada de privação de liberdade de circulação, porquanto o arguido não fica impedido de se deslocar ma, ao fazê-lo, subordina-se ao dever de obtenção prévia de autorização judicial ou ao poder de vigilância e supervisão de terceira pessoa (familiar ou não), em conformidade com o que lhe tenha sido determinado pelo juiz.

No projeto nacional em trâmite, deve-se atentar para o critério estabelecido na parte final do art. 282, II, quando envia o exegeta para exame do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado, criando “perigoso espaço para um retrocesso ao direito penal do autor”^{824 825}.

Igual desacerto acontece no § 2º, do art. 282⁸²⁶, que possibilita a decretação da medida coercitiva enclausurante *ex officio*, ferindo o princípio acusatório, que tem no juiz uma figura imparcial, não comprometida com a produção probatória⁸²⁷.

⁸²⁰ Ibid., p. 94: “Art. 138 do do CPPF: [...] 2º. Não se ausentar do seu domicílio ou da residência fixada pelo juiz de instrução ou pelo juiz das liberdades e da detenção, senão nas condições e para os fins determinados pelo mesmo magistrado”.

⁸²¹ Ibid., p. 226-227.

⁸²² Ibid., p. 171: “StPO, § 116, 1: O juiz suspende a execução de um mandado justificado apenas por perigo de fuga, se medidas menos drásticas justificam adequadamente a expectativa de que, através delas, se atingem os objectivos da detenção, nomeadamente : [...] 2. A ordem para não deixar o domicílio, o lugar de residência ou uma determinada zona, sem a permissão do juiz ou da autoridade de execução pública. 3. A ordem para não deixar o domicílio senão sob supervisão de certa pessoa”.

⁸²³ Ibid., p. 171.

⁸²⁴ LOPES JUNIOR, 2009, p. 156: “Contudo, não se pode desconsiderar que abre perigoso espaço para um retrocesso ao direito penal do autor, com o desvalor de ‘antecedentes’, por exemplo, para adotar medidas mais graves, como a prisão preventiva. Com certeza, os adeptos do discurso punitivo e resistentes às novas medidas alternativas, utilizarão ‘as condições pessoais do indiciado’ para determinar a prisão preventiva, infelizmente. Dessarte, ainda que o juiz não deva desconsiderar as condições do caso concreto, há que se ter muito cuidado (especialmente pela via do controle da legalidade/necessidade da prisão, por parte dos tribunais) para não fazer um giro discursivo ao superado direito penal do autor.

⁸²⁵ ZAFFARONI, 2006, p. 105. explica que: “todo direito penal de periculosidade é direito penal de autor, enquanto o direito penal de culpabilidade pode ser direito penal de autor ou de ato [...] é uma corrupção do direito penal em que não se proíbe o ato em si [...]”.

⁸²⁶ BRASIL. Projeto de Lei nº 4.208-C: “Art. 282. [...] § 2º. As medidas cautelares serão **decretadas de ofício**, a requerimento das partes ou, quando cabível, por representação da autoridade policial”.

No § 3º do artigo em tela⁸²⁸, consta “um tímido contraditório”, despido de maiores elementos informativos, quando deveria impor a produção de uma audiência que, “sob a égide da oralidade se efetivaria o contraditório e a ampla defesa”⁸²⁹. Caso presente motivo emergencial, que demonstre a necessidade da decretação da prisão preventiva sem a participação do imputado, deveria constar do Projeto de Lei a realização de audiência *a posteriori*, materializada dentro dos preceitos constitucionais vigentes, quando convalidar-se-ia, ou não, a prisão.

Importante avanço legislativo está contido no § 6º do art. 282 do Projeto que dita: “a prisão preventiva somente será determinada quando não for possível a substituição por outra medida cautelar”. Depreende-se claramente neste parágrafo o primado da subsidiariedade, já reivindicado por Luiz Antonio Câmara no ano de 1997, quando lecionava que “é em decorrência dele que vem a prisão preventiva configurada com a última *ratio* do rol cautelar” aplicável “quando outras modalidades cautelares não satisfazem os fins cautelares”⁸³⁰.

Para Denilson Feitoza Pacheco com as regras, hoje vigentes, a situação do juiz em nosso país é por demais difícil, em virtude da inexistência de um conjunto cautelar de medidas gradativas, “pois passa diretamente da liberdade provisória para a medida extrema da prisão provisória”⁸³¹.

Conclui-se entendimento de que o Projeto de Lei 4.208-C de 2001 possui enormes avanços em relação ao regramento vigente, no entanto, equivoca-se em detalhes significativos como supramencionado, perdendo a sociedade brasileira como um todo, a oportunidade de desfrutar de uma legislação cautelar similar a países mais desenvolvidos que, como tal, salvaguardam com maior relevo o *jus libertatis* daquele que não foi condenado, detentor do estado de inocência.

⁸²⁷ LOPES JUNIOR, loc. cit.

⁸²⁸ BRASIL, op. cit., “Art. 282. [...] § 3º Ressalvados os caso de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo”. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 26 jun. 2009.

⁸²⁹ LOPES JUNIOR, op. cit., p. 157.

⁸³⁰ CÂMARA, 1997, p. 103.

⁸³¹ Vide interessante posicionamento de Feitosa Pacheco (2008, p. 775) para quem “a situação do juiz brasileiro, na atualidade, é muito difícil”, no entanto inexistente impedimento para o julgador aplicar medidas não previstas especificamente na legislação ordinária, podendo para isso buscar-se em analogia a outras normas inseridas no CPP e no ordenamento pátrio, medidas menos gravosas ao *jus libertatis*. Para Feitoza Pacheco: “Enquanto a legislação infraconstitucional não estabelece uma gradação, **pode o órgão jurisdicional, quando cabível uma medida cautelar mais gravosa, impor uma medida cautelar alternativa mais branda não prevista na lei** processual penal ou reduzir aspectos da medida cautelar cabível que fique mais branda [...]”. (grifos nossos).

10 CONCLUSÃO

1. A criminalização de condutas que atentam contra a ordem econômica não é fato recente, fazendo-se presente em toda a história da humanidade, verificando-se precedentes até no Código de Hamurábi por volta de 1700 a.C;

2. A ordem econômica entabulada no Título VII, Capítulo I de nossa Carta Magna elenca um rol de princípios e intentos estatais que devem fazer-se presentes no sistema jurídico pátrio, erigindo a valorização do trabalho, a livre iniciativa, protegendo a livre concorrência, o meio ambiente e a defesa do consumidor entre outros escopos. Como corolário destas premissas, exsurge para o legislador “o dever de criminalizar determinadas condutas⁸³²”;

3. Compreende-se que a “realização do indivíduo em sociedade⁸³³” perpassa pelo sistema financeiro, ordem tributária, meio ambiente e, também, pelas relações de consumo, concluindo-se que a “a intervenção do Estado na economia é inquestionável⁸³⁴”;

4. Como consectário perfaz-se necessário “pensar-se em direito penal econômico como marco de união das infrações lesivas à Ordem Econômica”, garantido o “livre florescimento da economia⁸³⁵”;

5. Esse conjunto de tipos penais que protegem a ordem econômica, tem recebido, entre outras, a nomenclatura de “derecho penal económico”, não possuindo, entretanto, autonomia principiológica, tratando-se de uma “simples calificación fijada sobre la naturaleza del objeto que se pretende tutelar”⁸³⁶, podendo-se considerar o direito “penal econômico como uma parte do direito penal, identificada pelo bem jurídico afetado⁸³⁷”;

6. Cômicos deve-se estar de que a República Federativa do Brasil, por força de mandamento constitucional, configura-se em um Estado Democrático de Direito. Como consectário torna-se imprescindível o respeito aos direitos e garantias

⁸³² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 377.

⁸³³ RÍOS, 2000, p. 433.

⁸³⁴ Ibid., p. 439.

⁸³⁵ GUARAGNI, 2003, p.102.

⁸³⁶ PÉREZ, 1998, p. 19-20. Tradução: “simples qualificação fixada sobre a natureza do objeto que se pretende tutelar”.

⁸³⁷ ZAFFARONI, 2006, p. 132.

individuais, principalmente quando da vivificação de uma persecução penal, posto que “a desproporção de forças, em tal momento, é avassaladora⁸³⁸”;

7. Para a persecução penal atingir seu intento, o regramento ordinário pátrio entabula um rol de medidas cautelares pessoais que possuem liame exacerbado com os crimes contra a ordem econômica, como a prisão preventiva do art. 312 do CPP, que expressamente consigna o encarceramento para a garantia da ordem econômica;

8. A ordem econômica como fundamento da prisão preventiva configura-se em pressuposto extraprocessual com o intuito de “prevenção geral ou de defesa social⁸³⁹”. Em virtude de sua amplitude conceitual e a inexistência de qualquer caráter instrumental, materializa-se em mecanismo de punição antecipada;

9. A Lei nº 7.492/86 insere o fundamento *magnitude da lesão causada* como precursor da supressão provisória da liberdade. Trata-se de “um pressuposto específico de natureza ambígua⁸⁴⁰”. Apesar de buscar oferecer um critério “especifista⁸⁴¹” compreende mendaz engano porquanto outras medidas mostram-se mais adequadas como “o seqüestro e a indisponibilidade dos bens dos possíveis responsáveis pela infração⁸⁴²”;

10. A Lei nº 7.960/89 consigna a hipótese de prisão temporária para os crimes contra o sistema financeiro (Lei 7.492/86, art. 1º, “o”), o que evidencia “um redirecionamento da atuação do legislador infraconstitucional, buscando demonstrar que o aparelho repressivo do Estado aponta suas baterias também para os economicamente privilegiados”⁸⁴³. Tal hipótese de prisão processual macula o princípio da proporcionalidade, visto que a maioria dos delitos tipificados na lei não tem o condão de efetivamente cercear a liberdade quando da sentença final;

12. O crime de quadrilha ou bando do art. 288 do C.P, inserto no art. 3º, II, “L” da Lei nº 7.960/89, tem sido comumente utilizado para fundamentar a prisão temporária nos crimes contra a ordem econômica. Tratando-se de crimes econômicos praticados no seio empresarial, somente configura-se quadrilha quando a organização criminosa tiver como intuito principal a pratica de ilícitos (empresa criminosa). Sendo a associação criada para fins legais e a ação ilícita não denotar a

⁸³⁸ CÂMARA, 1997, p. 27.

⁸³⁹ Id., 2006, p. 242.

⁸⁴⁰ Ibid, p. 235.

⁸⁴¹ Ibid., p. 245.

⁸⁴² OLIVEIRA, 2008. p. 435.

⁸⁴³ CÂMARA, op. cit., p. 234-235.

atividade principal (criminalidade de empresa), incorre a adequação ao tipo objetivo do art. 288 do CP;

13. O dever de fundamentar o deferimento de uma cautelar, com a demonstração da base empírica que originou aquele entendimento, impede as denominadas cláusulas de estilo, posto que as partes tem o direito de compreender o exercício intelectual que motivou o deferimento de uma cautelar. Decisões desprovidas de concretude impedem o contraditório e a ampla defesa, motivo pelo qual a “decisão deve ser convincentemente fundamentada⁸⁴⁴”, sendo que “é por força da motivação que as decisões judiciais resultam apoiadas, e, portanto, legitimadas⁸⁴⁵”;

14. Na consecução dos valores maiores inseridos em nossa Carta Magna os “princípios penais de garantia” atuam como limitantes da intervenção na ordem econômica⁸⁴⁶. Desta forma, entendemos premente uma exegese cautelar garantista que imponha a legalidade estrita, a materialidade, o princípio da lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o contraditório e a presunção de inocência como limitantes do *jus perseguendi* e por conseguinte do *jus puniendi*;

15. Atentos deve-se estar à realidade pátria, consoante ensina Eugênio Raul Zaffaroni, para quem “na américa latina todo suspeito é tratado como um inimigo⁸⁴⁷”. Sob o discurso do medo embasa-se a “prática da punição ou do extermínio preventivo dos supostos agressores potenciais. Notem: supostos agressores potenciais⁸⁴⁸”;

16. O aplicador do direito quando na exegese de uma cautelar pessoal, deve postar-se na condição de verdadeiro intérprete constitucional, exegeta do ordenamento jurídico nos moldes de um Estado Democrático de Direito, não resumindo sua atuação em buscar na legislação ordinária a hipótese adequada, jamais prestando “vassalagem a normas⁸⁴⁹”;

17. A dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, constitui-se em um supra-princípio, que deve estar presente na análise de quaisquer cautelares pessoais, sob pena de antinomia com nossa Lei Maior;

⁸⁴⁴ CÂMARA, 1997, p. 60.

⁸⁴⁵ FERRAJOLI, 2006, p. 573.

⁸⁴⁶ RÍOS, 2000, p. 437-438.

⁸⁴⁷ ZAFFARONI, 2007, p. 13: “As racionalizações da doutrina penal para ocultar a admissão da categoria de inimigo no direito penal, lidas a partir da teoria política, são concessões do Estado liberal ao Estado absolutista, que debilitam o modo orientador do Estado de direito, que é a bussola indispensável para marcar a direção do esforço do poder jurídico em sua tarefa de permanente superação dos defeitos dos Estados de direito reais ou históricos”.

⁸⁴⁸ SICA, 2002, p. 77-78

⁸⁴⁹ FREITAS, 2004, p. 68.

18. Cômso se está que contendas, acerca do alcance conceitual da dignidade da pessoa, remontam ao período pré-socrático sem obtenção de termo concludente, entretanto, apesar de se descrever em conceito unívoco, aventura-se em sintetizar entendimento compreendendo a *dignitate* como: caractere inalienável, indisponível e intrínseco, perfazendo-se independentemente de fatores endógenos ou exógenos, inserindo o ser humano no cume do sistema jurídico, como sujeito - jamais objeto - de toda e qualquer ação pública, postando-o como legitimador do existir estatal e seu desiderato maior;

19. A denominação Estado Democrático de Direito não circunscreve a “mera opção terminológica⁸⁵⁰”, posto que o termo democrático surge para evitar uma exegese a-democrática, tendo como consequência o dever de obediência aos direitos e garantias individuais;

20. O direito ao silêncio advém do princípio da não-auto-incriminação (*nemo tenetur se detegere*), que impede a ocorrência de qualquer gravame ao imputado pela opção de manter-se silente. Deve-se estar atento para o fato de que “a utilização da prisão temporária serve como óbice a impositação do direito ao silêncio, especificado na Constituição Federal⁸⁵¹”;

21. O contraditório não se subsume à ciência bilateral dos atos processuais, abarcando a *par conditio* ou paridade de armas, proporcionando a verdadeira isonomia processual. Tal princípio deve estar presente, necessariamente, na investigação a cargo da polícia judiciária, visto que “é lugar comum na doutrina a afirmação genérica e infundada de que não existe direito de defesa e contraditório no inquérito policial⁸⁵²”;

22. A ampla defesa, verdadeiro cânone constitucional, compreende a efetiva possibilidade de realizar a impugnação da decisão supressora cautelar da liberdade. Tal primado é comumente olvidado em virtude da impossibilidade concreta de rescindir o decreto ensejador do recolhimento provisório;

23. A presunção de inocência ou da não-culpabilidade, consagra o *jus libertatis* do cidadão, reprimindo “o reconhecimento da execução antecipada da pena⁸⁵³”. Com origem no princípio *favor rei* configura-se em um “dever de

⁸⁵⁰ CÂMARA, 1997, p. 29.

⁸⁵¹ Id., 2006, p. 242.

⁸⁵² LOPES JUNIOR, 2009, p. 313-316.

⁸⁵³ CÂMARA, 1997, p. 44.

tratamento⁸⁵⁴” que sob a égide externa proíbe a abusiva publicidade e sob a égide interna perpassa o ônus probatório à acusação;

24. A desnecessária utilização de algemas quando do cumprimento de uma medida cautela pessoal, além de macular o primado da dignidade humana, atenta contra o princípio da presunção de inocência que garante ao imputado o direito de não ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória;

25. Além dos princípios supramencionados, para o deferimento de uma cautelar pessoal, doutrinadores garantistas (entre outros: Câmara, Hassemer e Ferrajoli) têm erigido a necessidade de uma hermenêutica que contemple princípios específicos atinentes às cautelares pessoais, perfazendo-se nos primados da necessidade, adequação, proporcionalidade, precariedade, subsidiariedade e probabilidade;

26. Por força constitucional (CF. art. 5º, LXVI), veta-se a manutenção do cárcere quando “a cautela não se mostrar necessária⁸⁵⁵”. Em virtude do princípio da necessidade, a medida coercitiva deverá ser idônea para atingir o desiderato persecutório, devendo buscar-se aquela menos gravosa, dentre as opções trazidas pela legislação ordinária e, também, pelos limites e garantias advindos dos princípios constitucionais quando tratam do *jus libertatis*;

27. Pelo princípio da adequação, momento subsequente à verificação da efetiva necessidade da cautela pessoal, deverá o exegeta perquirir no rol normativo a hipótese que melhor se amolde ao caso concreto;

28. De acordo com o princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso no direito lusitano, deve-se “projetar o quantum hipotético e, a partir dele, fixar-se a cautela⁸⁵⁶”. A medida cautelar somente poderá ser efetivada, se o apenamento projetado para o tipo penal puder redundar em efetivo encarceramento, quando da sentença definitiva;

29. O princípio da precariedade impõe compreensão do caráter pouco durável, instável e contingente que deve possuir uma cautelar pessoal, limitando-se ao menor lapso temporal possível para a consecução do escopo processual pretendido;

⁸⁵⁴ LOPES JUNIOR, 2007, p. 191.

⁸⁵⁵ CÂMARA, op. cit., p. 91.

⁸⁵⁶ Ibid., loc. cit.

30. O princípio da subsidiariedade ou gradualidade para os italianos, limita a utilização das cautelares à última *ratio*, o que perpassa pela obrigatória busca de medida menos gravosa ao *jus libertatis*. Tal princípio é comumente olvidado pela inexistência de hipóteses cautelares diversas da prisão;

31. Pelo princípio da probabilidade as prisões cautelares devem ficar reservadas aos crimes mais graves tipificados pela *lex poenalis*, visto que o modelo jurídico pátrio reserva o encarceramento somente para estes delitos;

32. Tramita em adiantada fase no Congresso Nacional o Projeto de Lei 4.208-C, que modifica profundamente o sistema cautelar brasileiro. Apesar de configurar-se em uma evolução quando comparado ao modelo atual, mostra-se passível de censura, por não elencar em seu início todo rol principiológico que deveria servir como critério hermenêutico ao exegeta;

33. Nunca é por demais reafirmar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, estabelece taxativamente que o trânsito em julgado de sentença penal condenatória é requisito *sine qua non*, para considerar-se o réu culpado⁸⁵⁷. Por sua vez, a Lei de Execuções Penais⁸⁵⁸ exige expressamente condenação criminal, para o início do cumprimento da pena imposta ao réu;

34. Verifica-se óbice na legislação ordinária e constitucional à execução da pena sem o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, visto não haver motivo para o réu suportar o cumprimento de reprimenda penal, se é inocente. Trata-se do postulado humanitário da não culpabilidade ou estado de inocência (e não presunção), inibindo o adiantamento de gravame penal aquele que é inocente, que não exerceu o amplo direito de defesa e poderá ser absolvido ao final da persecução penal;

35. A utilização de cautelares e, ou, subcautelares nos crimes contra a ordem econômica, originadas, em regra, por representação da autoridade policial, que preside a persecução penal *ab initio*, deve possuir caráter nitidamente instrumental com natureza acessória e resguardar, estritamente, a finalidade determinada pela *lex*. A prisão processual, quando despida de todo o cabedal principiológico perfaz-se em óbice à efetiva realização do Estado Democrático de Direito em nosso país, posto que obnubila os mais basilares primados do nosso sistema jurídico.

⁸⁵⁷ BRASIL. **Constituição (1988)**, Art. 5º, inciso LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

⁸⁵⁸ Id., Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984. Art. 105: “Transitada em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu esteve ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução”.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, Walter P. **O processo penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora do Autor, 1955.

ALMEIDA, Carlos Alberto Simões de. **Medidas cautelares e de polícia do processo penal em direito comparado**. Coimbra-PT: Almedina, 2006.

ALMEIDA, Guilherme Assis; MOISÉS, Cláudia Perrone (Coords.). **Direito internacional dos direitos humanos de 1948: instrumentos básicos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ALIGHIERI, Dante. **A divina comédia - o inferno**. Tradução: José Pedro Xavier Pinheiro. São Paulo: Edigraf S.A, 1965. 1 v.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BALDAN, Édson Luís. **Fundamentos do direito penal econômico**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

BARACAT, Eduardo Milléo. **Controle do empregado pelo empregador**. Curitiba: Juruá. 2008.

BARBOSA, Ruy. **Oração aos moços**. São Paulo: JG Editor, 2003.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal, parte geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 1 v.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil anotada**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 895-896.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 377.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Título original: Dei delitti e Delle Pene. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2007.

BEDÊ JUNIOR, Américo. SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal**: entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. **Instituições de direito e processo penal**. Tradução: Amilcare Carletti. Título original: Istituzioni di diritto e procedura penale. São Paulo: Pillares, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BONAVIDES, Paulo. Liberdade de comunicação e dignidade humana. In: ROCHA, Fernando Luis Ximenes; MORAES, Filomeno; BONAVIDES, Paulo (Coords.). **Direito constitucional contemporâneo**: homenagem ao professor Paulo Bonavides. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Gráfica do Senado Federal, 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário**. Processo: 422941. Brasília, Distrito Federal. DJ 24 de março de 2006. Relator: Ministro Carlos Veloso. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/juris/>>. Acesso em: 27 abr. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Processo: 2248**. UF: Distrito Federal. Relator: Carlos Britto. DJ 20 de outubro de 2006. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/juris/>>. Acesso em: 27 abr. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 87343/SP, São Paulo. Relator: Min. Cezar Peluso. Julgamento: 24 de abril de 2007. Órgão Julgador. Segunda Turma. Pacientes: Edson Cholbi do Nascimento. Impetrantes: Antonio Cláudio Mariz de Oliveira e outros. Autoridade Coatora: Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 10 mar. 2009.

_____. Lei nº 8884, de 11 de junho de 1994.

_____. Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984.

_____. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7960.htm>. Acesso em: 05 mar. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* Nº. 200801569208. Relatora: Ministra Jane Silva. UF: Distrito Federal. Órgão Julgador: Terceira Seção Data da decisão: 22/10/2008 Documento: STJ000352914.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 2006/0006767-3. J. 17 de agosto de 2006. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 80717. Relator: Sepúlveda Pertence UF: SP - São Paulo. DJ 05-03-2004. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/juris/>>. Acesso em: 29 abr. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp 772504/PR. Relator: Ministro Felix Fischer. 5ª T., j. 12 de setembro de 2006. DJ 20-11-2006: Ementa Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 mai. 2009.

_____. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao>>. Acesso em: 03 mar. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RHC/RJ nº. 7.363, 6ª T. Relator: Anselmo Santiago, j. 7-5-1998, DJ 15 de maio de 1998. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 16 mai. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas-corpus nº 33204/PR. Relator: Ministro Paulo Gallotti, 6ªT, j. 25 de maio de 2004, DJ. 11-12-2006:

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Habeas-corpus nº 89025, São Paulo Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação 09 de novembro de 2007. Agravantes: Edemar Cid Ferreira. Advogado: Sérgio Bermudes e outros; Agravado: Superior Tribunal de Justiça.

_____. Supremo Tribunal Federal – 2ª T. Habeas-corpus 91.514-1. Relator: Ministro Gilmar Mendes – J. 16 de maio de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 mai. 2009.

_____. Decreto Federal nº 1.904, de 13 de maio de 1996. Institui o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* 95009, São Paulo, Relator Ministro Eros Grau, j. 11 de julho de 2008. Publicado em 05 de agosto de 2008. Paciente(s): Daniel Valente Dantas.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus nº 68.742, 141/512. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, Habeas corpus 79.244, Brasília, DF Relator: Ministro Ilmar Galvão, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence.

_____. Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, 7. c – AP 1.145.403/09. Relator: Corrêa de Moraes, J. 05 de agosto de 1999.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 5ª T. RHC 10.785. Relator: Jorge Scartezzini, J. 02 de outubro de 2001.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RHC nº 4.358-0. Relator: Edson Vidigal, DJU 04 de agosto de 1995.

_____. Supremo Tribunal Federal. RHC – Relator Carlos Thompson Flores – RT 475/369.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. RHC nº 1576/SC. Relator: Ministro José Dantas: “Constitucionalidade das Prisões Temporárias: Prisão Temporária – Lei nº 7960/89.

_____. Superior Tribunal de Justiça .RHC nº 3715-6/MG. Relator: Ministro Adhemar Maciel.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 83.439-6. Relator: Ministro Marco Aurélio. J. 14 de outubro de 2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 91952-9. Relator: Min. Marco Aurélio. J 07 de agosto de 2008. (em Coleção das Leis do Brasil de 1921, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1889, Parte II. p. 88 e 89). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 08 jun. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. “Fonte de Publicação: DJe nº 157/2008, p. 1, em 22/8/2008 e DO de 22/8/2008, p. 1. Legislação: Constituição Federal de 1988, art. 1º, III, art. 5º, III, X e XLIX. Código Penal, art. 350, Código de Processo Penal, art. 284, Código de Processo Penal Militar, art. 234, § 1º e Lei nº 4898/1965, art. 4º,

a”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante>. “Súmula Vinculante 11 [...] Precedentes: RHC 56465, HC 71195, HC 89429 e o HC 91952”.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 91.952. Relator: Ministro Marco Aurélio. Paciente: Antonio Sérgio da Silva. Autoridade Coatora: Supremo Tribunal de Justiça J. 07 de agosto de 2008. “EMENTA: ALGEMAS – UTILIZAÇÃO”.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 92.069. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 18 de setembro de 2007.

_____. Lei 9.034, de 13 de maio de 1995. Art. 8º.

_____. Lei 11.719, de 20 de junho de 2008. Art. 1º. Os arts. 63, 257, 265, 362, 363, 366, 383, 384, 387, 394^a 405, 531 a 538 do Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, passam a vigorar com a seguinte redação, acrescentando-se ao art. 396-A:

_____. **Projeto de Lei nº 4.208-C:** [...] Título IX – Da Prisão, Das Medidas Cautelares E Da Liberdade Provisória. Disponível em: <http://www.camara.gov.br> Acesso em: 26 jun. 2009.

BUGALHO, Nelson Roberto. Princípios processuais penais. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.). **Direito processual penal**,. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CACHO, Emanuel Messias Oliveira. Considerações sobre o white-collar crime. In: VELLOSO, Ricardo Ribeiro (Coord.) **Crimes tributários e econômicos**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

CÂMARA, Luiz Antônio. **Prisão e liberdade provisória:** lineamentos e princípios do processo penal cautelar. Curitiba: Juruá, 1997.

_____. Reflexões acerca das medidas cautelares pessoais nos crimes contra o sistema financeiro nacional. In: GEVAERD, JAIR; TONIN, Marta Marília (Coords.). **Direito empresarial & cidadania:** questões contemporâneas. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra-PT: Almedina, 2002.

_____; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. Coimbra-PT: Coimbra Editora, 2007. 1 v.

CARDIERI, Luís Fernando Diegues. Política criminal no direito penal econômico. In: VELOSO, Ricardo Ribeiro (Coord.). **Crimes tributários e econômicos**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CÓDIGO de Processo Penal português. Disponível em: <<http://www.portolegal.com/CPPen.htm>>. Acesso em: 11 mai. 2009.

CONSTITUIÇÃO da Espanha. Disponível em: <<http://www.direito.adv.br/constitu.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2008.

CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos de 22.11.1969 - Pacto de San José da Costa Rica. Ratificada pelo Brasil em 25.09.1992:

CORREIA, Eduardo. **Direito penal econômico**. Coimbra: Garcia § Carvalho, 1985.

COSTA, Judith Martins. **A boa fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

COSTA, Luiz de Figueiredo. **Limites constitucionais do direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. QUEIJO, Maria Elizabeth. MACHADO, Charles Marcildes. **Crimes do “colarinho branco”**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 60

COSTA, Tailson Pires. **Dignidade da pessoa humana diante da sanção penal**. São Paulo: Fiuza Editores. 2004.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão cautelar**: dramas, princípios e alternativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DALABRIDA, Sidney Eloy. **Prisão preventiva**: uma análise à luz do garantismo penal. Curitiba: Juruá, 2004.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos do Homem de 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em: 20 ago. 2008.

DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DE SANCTIS, Fausto. **Punibilidade no sistema financeiro nacional**. Campinas: Millenium, 2003.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1974. 1 v.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Problemática Geral das Infrações contra a Economia Nacional. PODVAL, Roberto (Coord.). **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Organizador Roberto Podval. Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal econômico. In: **Ciclo de estudos de direito penal econômico**. 1. ed. Coimbra: Garcia & Carvalho, 1985.

_____. Problemática Geral das infrações contra a economia nacional. In: PODVAL, Roberto (Org.). **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 70:

ESPANHA. Constituição da Espanha. Disponível em: <<http://www.direito.adv.br/constitu.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2008.

ESTELITA, Heloísa. **Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminosa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. Título original: Diritto e ragione: teoria del garantismo penale. Tradução: Ana Paula Zomer Sica e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI**. O dicionário da Língua Portuguesa. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 1999.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade: curso no collège de France (1975-1976)**. Tradução: Maria Ermantina Galvão. Título original: *Il faut défendre la société*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução: Raquel Ramallete. 34. ed. Título original: *Surveiller et punir*. Rio de Janeiro: Vozes, 2007.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos: notas sobre a Lei 8.072/90**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. **Crimes hediondos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. STOCO, Rui (Coords.) **Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. São Paulo: Saraiva, 2004.

FREITAS, Juarez. **Interpretação sistemática do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

GARCIA, Maria. **Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004

GENTILI, Franco. **Instrumentos de tortura usados pela inquisição e pelos tribunais da idade média**. Tradução: Fabíola Guedes Rapassi. 10. ed. São Paulo: Imprensa Alvorada, 1996.

_____. **Tortura, instrumentos medievais**. Tradução: Fabíola Guedes Rapassi. 10. ed. São Paulo: Imprensa Alvorada, 1996.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GOMES, Luiz Flávio. **Limites do "ius puniendi" e bases principiológicas do garantismo penal**. Disponível em: <<http://www.lfg.blog.br>>. Acesso em: 10 abr. 2007.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2000.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

GUARAGNI, Fábio André. O Novo Tratamento dos Crimes contra a Propriedade Intelectual à luz do direito penal econômico (comentários à lei 10.695, de 01.07.2003). In: GEVAERD, Jair; TONIN, Marta Marília. **Direito empresarial § cidadania**: questões contemporâneas.

_____. Do direito penal do trabalho ao poder penal no trabalho. In: BACARAT, Eduardo Milléo (Coord.). **Controle do empregado pelo empregador**. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. **Prescrição penal e impunidade**. Curitiba: Juruá, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (Org.). **Código de Hamurabi**: o manual dos inquisidores; A Lei das XII Tábuas. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2006.

HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**. Tradución: Patricia S. Ziffer. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. Centro de investigaciones de Derecho Penal y Filosofía Del Derecho, 1998.

_____. **Direito penal libertário**. Tradução: Regina Greve. Coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HERBELLA, Fernanda. **Algemas e a dignidade da peça humana**: fundamentos jurídicos do uso das algemas. São Paulo: Lex Editora, 2008.

<<http://www.manyanga.ac.mz/discip/hist/iigm.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2008.

<<http://www.folha.com.br>>. Acesso em: 20 mai. 2009.

<<http://www.latinoamericana.edu.br>>. Acesso em: 20 abr. 2009

<<http://www.camaraeassociados.com.br/artigo3.htm>>. Acesso em: 12 jan. 2009.

<http://ibccrim.locaweb.com.br/site/artigos/capa.php?jur_id=6738>. Acesso em: 12 jan. 2009

<<http://www.priberam.>> Acesso em: 12 jan. 2009.

<<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9503.htm>>. Acesso em 08 de agosto de 2009.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955.

JARDIM, Afranio Silva. **Direito processual penal: estudos e pareceres**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio (Orgs.). **Direito penal do inimigo: noções e crítica**. Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JESUS, Damásio. **Código de processo penal anotado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução: Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KAUFFMANN, Carlos. **Prisão temporária**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LANFREDI, Luís Geraldo Sant`Ana. **Prisão temporária – análises e perspectivas de uma releitura garantista da Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

LISZT, Franz Von. **A idéia do fim do direito penal**. Título original: Der Zweckedanke in Strafrecht. Tradução: Hiltomar Martinz de Oliveira. São Paulo: Rideel, 2005.

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinqüente**. Tradução: Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone Editora, 2007.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. O princípio da proporcionalidade no direito penal econômico. In: PODVAL, Roberto (Org.). **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 1 v.

_____. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 2 v.

MACHADO, Hugo de Brito. **Crimes contra a ordem tributária**. São Paulo: Atlas, 2008.

MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. **Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime)**: anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

_____. **Tutela penal da ordem econômica**: o crime de formação de cartel. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MARTÍN, Luis Gracia. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. Título original: El horizonte del finalismo y el 'derecho penal del inimigo'. Tradução: Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **Prisão provisória**: medida de exceção no direito criminal brasileiro. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

MARTYN, Oliver. **História da filosofia**. São Paulo: Manole, 1998.

MAZLOUM, Ali. **Dos crimes contra o sistema financeiro nacional**: comentários à Lei 7.492/86, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Célebre Editora, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Curso de processo penal interpretado**: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Execução penal**: comentários à Lei nº 7.210, de 11-07-1984. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Luis Carlos Silva de. **Curso de direito ambiental**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOREIRA, Tereza Alexandra Coelho. **Da esfera privada do trabalhador e o controle do empregador**. Coimbra: Coimbra Editora. 2004.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. (tradução do autor). São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1971. 1 v.

_____. **Direito Penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1972. 4 v.

_____. **Curso de direito processual penal**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA JUNIOR, Gonçalo Farias de. **Ordem econômica e direito penal antitruste**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2008.

OLIVER, Martyn. **História da filosofia**. Texto original: Hamlyn History of Philosophy. Tradução: Adriano Toledo Piza. Barueri: Manole Ltda. 1998.

PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2008.

PALHARES, Cinthia Rodrigues Menescal. **Crimes tributários: uma visão perspectiva de sua despenalização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. 3. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003.

PASSOS, Paulo Roberto da Silva. **Da prisão e da liberdade provisória – aspectos polêmicos – doutrina e jurisprudência**. Bauru: EDIPRO, 2000.

PÉREZ, Carlos Martínez-Bujan. **Derecho penal económico**. Valência: Tirant lo blanch. 1998.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito penal econômico**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1973.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. São Paulo, **Revista dos Advogados**. Ano 23. n. 70. Julho/2003.

PODVAL, Roberto. Crimes contra o sistema financeiro. In: FRANCO, Alberto Silva et al. (Orgs.). **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 2 v.

Portugal. Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <<http://www.portugal.gov.pt>>. Acesso em: 20 ago. 2008

PORTUGAL. **Código de penal de Portugal**. Disponível em: <<http://www.portolegal.com/CPPen.htm>> Acesso em: 15 jun. 2009. "Atualizado até ao Dec.-Lei n.º 324/2003.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. **A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 1 v.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de processo penal norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REFLEXÕES em torno das medidas cautelares pessoais no projeto da reforma do código de processo penal Disponível em: <<http://www.camaraeassociados.com.br>>. Acesso em: 20 out. 2008.

RÍOS, Rodrigo Sánchez. **O crime fiscal**: reflexões sobre o crime fiscal no direito brasileiro (Lei 8.137 de 27 de dezembro de 1990) e no direito estrangeiro. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.

_____. **Reflexões sobre o delito econômico e sua delimitação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 775 v.

RODRIGUES, Maria Stella Villela Souto Lopes Rodrigues. **ABC do Processo Penal**. Volume 1. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1959.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direito constitucional. **Revista de Direito Constitucional**, São Paulo, Revista dos Tribunais, a.8, p. 146-157, jan-mar. 2000.

_____. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução: Pietro Nassetti. Título original: Du Contrat Social. São Paulo: Martin Claret, 2007.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal**. Organização e Tradução: André Callegari e Nereu Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

RODRIGUES, Maria Stella Villela Souto Lopes. **ABC do processo penal**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1959. 1 v.

SAAD, Marta. Denúncia nos crimes societários. In: TANGERINO, Davi de Paiva Costa; GARCIA, Denise Nunes (Coords.). **Direito penal tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SANTOS, José Claudio dos. Desvio e fraude na obtenção de subsídios e subvenções – uma abordagem crítico-interpretativa do Decreto-lei N. 28/94. In: VELOSO, Ricardo Ribeiro (Coord.). **Crimes tributários e econômicos**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. 1ª C. Habeas corpus 452.209.3/7-00. Relator: Pericles Piza, j. 08 de março 2004 – DJE 16.04.2004.

_____. Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. 4ª C. Habeas corpus 307.264/2. Relator: Marcos Nahum – j. 08 de julho de 1997 – DJE 08.08.1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHEID, Carlos Eduardo. **A motivação das decisões penais a partir da teoria garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Alberto Franco. **Crimes hediondos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do direito penal e globalização**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004.

TORNAGHI, Helio. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1997. 2 v.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 3 v.

VELLOSO, Ricardo Ribeiro. Problemas penais atuais quanto à lavagem de dinheiro. In: VELLOSO, Ricardo Ribeiro et al. (Coords.). **Crimes tributários e econômicos**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal e mídia**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **O inimigo no direito penal**. Tradução: Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2007.

Agendamento de data de defesa perante Banca Examinadora**Curitiba, 09/09/2009****Horário: 18:00 Hs.****Indicação dos professores membros titulares e suplente:****Membro Externo:** _____**Membro Interno:** _____**Suplente (Interno):** _____

Deposite-se na Secretaria do Mestrado.

Prof. Orientador Dr. Luiz Antonio Câmara

Curitiba, ____ / ____ / ____

Recebido em: ____ / ____ / ____

Secretaria