



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTONIO CARLOS – UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
DIREITO

WAGNER BIRINDIBA ROICHMAN

JUIZ GARANTISTA

JUIZ DE FORA

2012

WAGNER BIRINDIBA ROICHMAN

JUIZ GARANTISTA

Monografia de conclusão de curso apresentada ao Curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos, como requisito parcial à obtenção do título de “Bacharel em Direito” e aprovada pelo orientador: Doutor Rodrigo Ribeiro Rolli.

Doutor Rodrigo Ribeiro Rolli

Curso de Direito - UNIPAC

JUIZ DE FORA-MG

07/07/2012

FOLHA DE APROVAÇÃO

Wagner Lima da Rocha

Aluno

juiz garantista

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade
Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Luciana Maciel Braga

Flavio

Roberto Lima da Rocha

Aprovada em 07 / 07 / 2012

1	Introdução	1
2	As Cautelares no Processo Penal Atual	3
2.1	Medidas Cautelares Pessoais	3
2.1.1	Prisão em Flagrante	4
2.1.1.1	Espécies de Flagrantes	4
2.1.1.2	Flagrante Próprio	4
2.1.1.3	Flagrante Impróprio	5
2.1.1.4	Flagrante Presumido	6
2.1.1.5	Flagrante Compulsório ou Obrigatório	7
2.1.1.6	Flagrante Facultativo	7
2.1.1.7	Flagrante Esperado	7
2.1.1.8	Flagrante Preparado	8
2.1.1.9	Flagrante Prorrogado	9
2.1.1.10	Flagrante Forjado	10
2.1.2	Prisão Temporária	10
2.1.3	Prisão Preventiva	12
2.1.4	Outras Medidas Cautelares Pessoais	15
2.1.5	Liberdade Provisória	17
2.2	Medidas Cautelares Patrimoniais	18
2.2.1	Seqüestro	18
2.2.2	Hipoteca Legal	19
2.2.3	Arresto	19
2.3	Medidas Cautelares Relativas à Prova	20
2.3.1	Busca e Apreensão	20
2.3.2	Interceptação Telefônica	22
3.	Princípios Processuais Penais	24
3.1	Princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade	24
3.2	Princípio da imparcialidade do juiz	25
3.3	Princípio da igualdade processual	26
3.4	Princípio do contraditório ou bilateralidade da audiência	26
3.5	Princípio da ampla defesa	27
3.6	Princípio da ação, demanda ou iniciativa das partes	27
3.7	Princípio da oficialidade	27

3.8	Princípio da oficiosidade	27
3.9	Princípio da verdade real	28
3.10	Princípio da obrigatoriedade	28
3.11	Princípio da indisponibilidade	28
3.12	Princípio do impulso oficial	29
3.13	Princípio da motivação das decisões	29
3.14	Princípio da publicidade	29
3.15	Princípio do duplo grau de jurisdição	30
3.16	Princípio do juiz natural	30
3.17	Princípio do promotor natural ou do promotor legal	30
3.18	Princípio do devido processo legal	30
3.19	Princípio do favor rei ou favor réu	31
3.20	Princípio da economia processual	31
3.21	Princípio da autoritariedade	32
3.22	Princípio da duração razoável do processo penal	32
3.23	Princípio da proporcionalidade	32
3.24	Princípio da inexigibilidade de auto-incriminação	33
4.	O Juiz das Garantias	34
5.	Conclusão	38
6	Bibliografia	39

1 INTRODUÇÃO

Muito se discute hoje em relação às garantias dos acusados no campo processual penal. Desde a adoção das ordálias - tipo de prova utilizado na Idade Média para provar a culpa por meio de elementos da natureza, fundado na crença de que Deus protegeria o inocente - cada vez mais o tema é alvo de estudo, mormente em decorrência das injustiças já praticadas.

Neste sentido, o Código de Processo Penal, inspirado na Constituição da República de 1937, apresenta-se, em alguns aspectos, ultrapassado, com dispositivos que não mais encontram abrigo na Constituição da República de 1988. Dentro desse cenário, se destaca a participação do magistrado na fase inquisitiva do processo penal, manifestada pelo inquérito policial, e, posteriormente, no julgamento da correspondente ação penal.

Deste modo, há acalorada discussão acerca dessa possibilidade, uma vez que poderia a atuação no inquérito policial, determinando a produção de diligências, tais como a busca e apreensão, interceptação telefônica e a prisão cautelar, poderia macular seu convencimento quando da propositura da ação penal.

O presente trabalho acadêmico, visa demonstrar a importância deste novo segmento que surge dentro do Processo Penal Brasileiro, como instrumento da garantia aos preceitos fundamentais do acusado, bem como do processo penal.

Para tanto, exporá no capítulo que se segue o que são as medidas cautelares, sua aplicabilidade e objetivo dentro do processo penal, bem como suas modalidades, que são referentes às pessoas, ao patrimônio e as provas.

No que diz respeito às medidas cautelares pessoais, serão tratados temas como a prisão em flagrante, passando por suas espécies, prisão temporária e prisão preventiva. Ainda dentro do instituto processualístico, abordar-se-ão temas relativos a outras medidas cautelares diversas da prisão, ora intitulada de outras medidas cautelares pessoais e liberdade provisória, com a finalidade de reforçar a imperial necessidade de garantir ao acusado a sua liberdade.

As Medidas cautelares de cunho patrimonial serão expostas, juntamente com suas espécies, quais sejam o Sequestro, a Hipoteca Legal e o Arresto, para ilustrar as cautelares que visam o ressarcimento do dano decorrente da prática do ato ilícito penal.

As medidas Cautelares relativas à prova estão assim como as demais medidas cautelares expostas neste trabalho, representadas pela Busca e Apreensão e Interceptação telefônica, pois estão intrinsecamente ligadas à atividade jurisdicional na fase pré-processual, cujo projeto de lei 156/09, visa modificar, criando então o Juiz das Garantias, destituindo, de certa forma, assim, na fase processual, a prevenção do Juiz.

Na sequência serão explicitados os princípios processuais penais constitucionais e infraconstitucionais, os quais devem ser interpretados sistematicamente com o direito Constitucional. Ressaltando a importância de preservar e vincular os princípios processuais penais com o Projeto de Lei 156/09, com o fito de dimensionar a grandeza do instituto do Juiz Garantista, frente à nova Ordem Constitucional.

Com o tema proposto em discussão, pretende-se delinear sua atividade, atribuições, competências, onde serão demonstradas críticas e opiniões favoráveis, para que ao chegar na conclusão, seja mostrado a real importância da criação do Juiz Garantista.

2 AS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL ATUAL

As medidas cautelares, assim como no processo civil, visam eliminar ou amenizar eventos que maculem a atuação jurisdicional ou a eficácia e utilidade do julgado. Via de regra tais medidas cautelares dependem de dois pressupostos o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

O *fumus boni iuris*, que em latim significa “Fumaça do Bom Direito”, na seara processual criminal, implica na existência de ilícito penal, bem como indícios satisfatórios e persuasivos da autoria e materialidade daquele ilícito. No que tange ao *periculum in mora*, que em latim significa “Perigo da demora”, alude na ação estatal repressiva de forma incisiva, tendendo a preservar o interesse processual ou assegurar a ordem pública.

No entanto, como se trata de processo penal, alguns doutrinadores entendem que a expressão *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, ao se demonstrarem adequadas no seio do direito processual penal, preferindo então denominarem, respectivamente *fumus commissi delicti* e *periculum in libertatis*, cujos sentidos são os mesmos.

Em latim, *fumus commissi delicti*, significa fumaça da existência de um delito e *Periculum in libertatis*, significa perigo na liberdade do acusado.

Podem as medidas cautelares, hoje com o advento da lei 12.403/11, serem classificadas segundo o sistema processual pátrio em: Medidas Cautelares pessoais, relacionadas com o suspeito, acusado; Medidas Cautelares patrimoniais, relacionadas com a reparação do dano e Medidas Cautelares relativas à prova.

Neste sentido, se fará uma breve explanação acerca de cada uma das medidas cautelares, tendo em vista a necessidade de se entender suas peculiaridades, para que ao final os sejam vinculados com o tema do presente trabalho.

2.1 MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS

É a prisão sem pena, conhecida também como prisão cautelar, provisória ou processual. Adotaremos a expressão prisão processual, ante a competência do Direito Penal em tratar da prisão pena.

As Prisões Processuais distribuem-se em: Prisão em Flagrante, Prisão Preventiva, Prisão Temporária, Prisão Decorrente de Pronúncia (estruturalmente revogada pela lei 11.689/08), Prisão Decorrente de Sentença Condenatória Recorrível (estruturalmente revogada pela lei 11.719/08) e Prisão Administrativa (revogado pela Lei 12.403/11).

2.1.1 PRISÃO EM FLAGRANTE

A expressão flagrante advém do latim *flagrare*, que significa queimar. É o delito que acaba de ser perpetrado ou ainda o é, conforme preleciona Julio Fabbrini Mirabete¹, o Flagrante é ilícito incontestável, no que se condiz à sua prática permitindo a imediata prisão do agente sem qualquer formalidade judicial.

Trata-se de uma medida restritiva de liberdade, de cunho cautelar e processual, independente de ordem judicial, de quem incorre em uma conduta delituosa, na forma de um dos incisos do Artigo 302 do Código de Processo Penal².

2.1.1.1 ESPÉCIES DE FLAGRANTES

Em que pese o Art. 302 do Código de Processo Penal, elencar as formas pelas quais o agente pode ser preso em flagrante delito, o referido dispositivo legal não traduz todas as suas espécies de flagrantes existentes no nosso ordenamento jurídico pátrio, razão pela qual, neste ponto serão analisadas todas as espécies de flagrantes que são colocados pela doutrina pátria.

2.1.1.2 FLAGRANTE PRÓPRIO

Também chamado pela doutrina de Flagrante Real, propriamente dito, ou verdadeiro. Na lição de CAPEZ (2009, p. 264)³, É aquele em que o agente é flagrado perpetrando um ilícito penal ou quando acaba de cometê-lo (CPP, art. 302, I e II).

¹ Flagrante é o ilícito patente, irrecusável, insofismável, que permite a prisão do seu autor, sem mandado, por ser considerado a certeza visual do crime (Código de Processo Penal interpretado, cit., 5. Ed., 1997, p.383).

² Art. 302 do CPP: Considera-se em flagrante delito quem: I- está cometendo a infração penal; II- acaba de cometê-la; III- é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV- é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Na ocorrência do fato havido nos moldes da expressão “acaba de cometê-lo”, entende a doutrina majoritária que deve ser interpretada de forma restritiva, de sorte que o agente deve ser encontrado imediatamente após o cometimento da infração penal (sem haver lapso temporal).

2.1.1.3 FLAGRANTE IMPRÓRIO

Também, classificado pela doutrina como Flagrante Irreal ou quase-flagrante. Conforme preleciona TÁVORA (2009, p. 462)⁴, nesta modalidade de flagrante, o agente é encaixado, logo após, a violação, em circunstância que faça presumir ser o autor do fato.

É a suposição do art. 302, inciso III, do CPP. A terminologia “logo após” envolve todo o lapso temporal que deflui para a polícia chegar ao local, colher as evidências do crime e iniciar a perseguição do agente.

Por oportuno é importante tecer um breve comentário, sobre o mito das 24 horas para se presumir ou não um estado de flagrância. Importante salientar que a legislação pátria, nem outra fonte de direito delimita um lapso temporal para o fim da perseguição, portanto, se a perseguição não for interrompida, ainda que perdure por semanas e se consiga capturar o autor do delito, estar-se-á diante de um estado de flagrância.

O artigo 290 §1º do CPP⁵, nos traz o conceito de legal de perseguição, aduzindo que se o réu, sendo perseguido, passar ao território de outra municipalidade ou jurisdição, o agente poderá efetuar-lhe a prisão no lugar onde o alcançar, apresentando-o imediatamente à autoridade local, que, depois de lavrado, se for o caso, o auto de flagrante, providenciará para a remoção do preso.

³ É aquele em que o agente é surpreendido cometendo uma infração penal ou quando acaba de cometê-la (CPP, art. 302, I e II). Nesta última hipótese devemos interpretar a expressão “acaba de cometê-la” de forma restritiva, no sentido de uma absoluta imediatidade, ou seja, o agente deve ser encontrado imediatamente após o cometimento da infração penal (Sem qualquer intervalo de tempo).

⁴ Nesta modalidade de flagrante, o agente é perseguido, logo após, a infração, em situação que faça presumir ser o autor do fato. É a hipótese do art. 302, inciso III, do CPP. A expressão “logo após” abarca todo o espaço de tempo que flui para a polícia chegar ao local, colher as provas do delito e iniciar a perseguição do autor.

⁵ Art. 290. Se o réu, sendo perseguido, passar ao território de outro município ou comarca, o executor poderá efetuar-lhe a prisão no lugar onde o alcançar, apresentando-o imediatamente à autoridade local, que, depois de lavrado, se for o caso, o auto de flagrante, providenciará para a remoção do preso. § 1º - Entender-se-á que o executor vai em perseguição do réu, quando: a) tendo-o avistado, for perseguindo-o sem interrupção, embora depois o tenha perdido de vista; b) sabendo, por indícios ou informações fidedignas, que o réu tenha passado, há pouco tempo, em tal ou qual direção, pelo lugar em que o procure, for no seu encalço.

Entende-se que o executor está em perseguição do réu, quando tendo avistado, for perseguindo sem cessação, embora depois o tenha perdido de vista ou sabendo, por indícios ou informações verdadeiras, que o réu tenha passado, há pouco tempo, em tal ou qual direção, pelo local em que o procure, for ao seu encalço.

2.1.1.4 FLAGRANTE PRESUMIDO

No Flagrante Presumido, ficto ou assimilado, o autor é preso logo depois de cometer a infração, com instrumentos do crime, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração. Nesta modalidade não há perseguição, importando somente que a pessoa suspeita seja encontrada logo depois de cometer a infração na posse dos objetos exemplificados no Artigo 302, IV do CPP.

Assim é denominado pela doutrina, pois trata-se de uma ficção jurídica criada pelos doutrinadores para justificar a prisão em flagrante daquele que é encontrado logo depois de cometer o delito na posse dos objetos frutos do ilícito.

Neste sentido, comparando com a modalidade prevista na espécie acima mencionada, as terminologias, embora possua o mesmo significado, a doutrina majoritária entende que a expressão “logo depois”, desta espécie de flagrante garante um espaço de tempo maior do que a expressão “logo após”.

Aponta Magalhães Noronha⁶ que apesar das expressões dos incisos III e IV, do artigo 302 do Código de Processo Penal sejam unívocas, crer-se que a circunstância de fato admite um elastério maior ao magistrado na análise do último inciso, pois não se aventa fuga e perseguição, mas de crime e encontro, sendo a dependência temporal daquelas muito mais estreita ou íntima

⁶ “Embora as expressões dos incisos III e IV sejam sinônimas, cremos que a situação de fato admite um elastério maior ao juiz na apreciação do último, pois não se trata de fuga e perseguição, mas de crime e encontro, sendo a conexão temporal daquelas muito mais estreitas ou íntima” (Curso de direito processual penal, 19. Ed., Saraiva, 1981, p. 160).

2.1.1.5 FLAGRANTE COMPULSÓRIO OU OBRIGATÓRIO

Insculpido no Art. 301 do CPP, *in fine*, refere-se a obrigatoriedade da atuação das forças de segurança pública elencadas no Art. 144 da CF⁷, quais sejam as polícias federal, civil, militar, rodoviária, ferroviária e corpo de bombeiro militar, sempre que as hipóteses lícitas de um estado de flagrância ocorra.

Entende a doutrina majoritária que a obrigatoriedade persiste enquanto os servidores daquelas instituições estiverem de serviço e que do contrário, os policiais atuam como qualquer um do povo e a obrigatoriedade da prisão em flagrante torna-se facultativo.

2.1.1.6 FLAGRANTE FACULTATIVO

Previsto no Art. 301 do Código de Processo Penal⁸, é possibilidade conferida pela legislação a efetuar a prisão em flagrante por qualquer pessoa do povo. Diferente do flagrante obrigatório, aonde os integrantes das forças de segurança descritas no Art. 144 da Constituição de República Federativa do Brasil, os quais tem a obrigação de agir, as pessoas comuns do povo têm a faculdade ou discricionariedade na ação para coibir o ilícito latente.

Na lição de CAPEZ⁹ é a faculdade de executar ou não o flagrante, de acordo com discernimentos de conveniência e oportunidade. Envolve todas as modalidades de flagrante, previstas no art. 302, e se alude às pessoas comuns do povo.

2.1.1.7 FLAGRANTE ESPERADO

Trata-se de um flagrante, lícito, cuja efetivação advém da atividade policial, que através de investigações, sabe que o delito vai acontecer e aguarda no local,

⁷ Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias civis; V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

⁸ Art. 301 - Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito

⁹ “Consiste na faculdade de efetuar ou não o flagrante, de acordo com critérios de conveniência e oportunidade. Abrange todas as espécies de flagrante, previstas no art. 302, e se refere às pessoas comuns do povo. Está previsto no art. 301, primeira parte, do Código de Processo Penal: qualquer do povo... poderá prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”.

esperando que o agente perpetre sua conduta delituosa, a fim de prendê-lo em flagrante delito.

É uma concepção doutrinária, não configurando em nossa legislação, para respaldar a atividade policial.

Conforme preleciona TAVORA¹⁰ no flagrante esperado tem-se o tratamento da atividade pretérita da autoridade policial que antecede o começo da execução criminosa, em que a polícia antecipa-se ao agente, e, sabendo que o ilícito acontecerá, fazem campana e realizam a prisão quando os atos executórios são perpetrados.

Com uma investigação eficaz, e tendo conhecimento de que o delito ainda irá acontecer, toma as providências ajustadas para apanhar o infrator. Desta forma, uma vez iniciada a ação delituosa, e realizada a prisão, estar-se-á diante do flagrante próprio, pois o agente será preso cometendo a infração, assim dispõe o art. 302, I, do CPP.

2.1.1.8 FLAGRANTE PREPARADO

Também chamado de Flagrante Provocado é a modalidade de flagrante pela qual o agente é provocado a cometer o delito e então, preso em flagrante, ou seja, uma armadilha para que o infrator seja preso¹¹. No entanto, prescreve a súmula 145 do STF, que não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.

Há uma celeuma doutrinária no que se refere a validade do flagrante esperado e do flagrante preparado ou provocado, uma vez que a súmula editada pelo Supremo trata o flagrante preparado como crime impossível, pois, em tese, não há como se consumir e exaurir o delito, haja vista que foi instigado a cometê-lo, bem como na modalidade de flagrante esperado, parte da doutrina entende que há

¹⁰ No flagrante esperado temos o tratamento da atividade pretérita da autoridade policial que antecede o início da execução delitiva, em que a polícia antecipa-se ao criminoso, e, tendo ciência de que a infração ocorrerá, sai na frente, fazendo campana (tocaia), e realizando a prisão quando os atos executórios são deflagrados. É o que se deseja da atividade policial, com forte desenvolvimento investigativo, e tendo conhecimento de que a infração ainda irá ocorrer, toma as medidas adequadas para capturar o infrator assim que o mesmo comece a atuar. O flagrante esperado não está disciplinado na legislação, sendo uma idealização doutrinária para justificar a atividade de aguardo da polícia. Desta maneira, uma vez iniciada a atividade criminosa, e realizada a prisão, estaremos diante, em regra, do verdadeiro flagrante próprio, pois o indivíduo será preso cometendo a infração, enquadrando-se na hipótese do art. 302, I, do CPP.

¹¹ Ocorre crime putativo por obra do agente provocador quando alguém provoca o agente à prática do crime, ao tempo que cuida para que o mesmo não se consume (DAMASIO DE JESUS, 1994. V1, p. 176)

ação policial suficiente para impedir a consumação e exaurimento do delito, pois ambas se pautam na ação eficaz da polícia, para nestes casos, impedir a conduta do agente¹².

2.1.1.9 FLAGRANTE PRORROGADO

Chamado também de Retardado, postergado, diferido ou ação controlada é a modalidade de flagrante inserida em nossa legislação pela Lei do Crime Organizado, de número 9.034 do ano de 1995, cujo conceito se encontra em seu art. 2º, inciso II¹³.

Trata-se da discricionariedade do agente policial em efetuar a prisão em flagrante, se contrapondo ao Flagrante Esperado, em que o agente policial tenha a obrigatoriedade de agir no primeiro momento em que ocorrer o delito.

Modalidade prevista também na Lei de Drogas, de número 11.343 do ano de 2006, que em seu Art. 53, inciso II e parágrafo Único¹⁴.

A Lei Anti Drogas, trouxe um ponto não abordado pela Lei do Crime Organizado, pois só será permitida esta modalidade de flagrante se tal medida for concedida mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público. Desde que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores.

¹² Na realidade, a falta de compreensão do problema reside na precária justificativa da Súmula nº 145. Não é parâmetro para a aferição da ilegalidade da prisão a “impossibilidade da consumação”. Diferentemente, o que distingue a prisão válida da inválida é o móvel do delito tentado pelo agente, isto é, se a motivação do cometimento do fato típico for externa (provocado pela polícia), inexistirá crime punível, ao passo que se a polícia simplesmente espera a prática de um crime planejado pelo(s) sujeito(s) ativo(s), restará verificada conduta punível. TAVORA (2009, p. 465)

¹³ Consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por **organizações criminosas** ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de prova e fornecimento de informações. (grifo nosso)

¹⁴ Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios: II – a não autuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível. Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, a autorização será concedida desde que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores.

2.1.1.10 FLAGRANTE FORJADO

Modalidade ilícita de Flagrante, utilizada para incriminar pessoas inocentes, onde o sujeito passivo é quem forja a situação de flagrância, ou seja, quem comete o delito é a pessoa que forja a situação de flagrante, se não for agente público, incorrerá na Denúncia Caluniosa, sendo Agente Público, também no abuso de autoridade.

2.1.2 PRISÃO TEMPORÁRIA

Trata-se de prisão cautelar de natureza processual, decretada judicialmente, por cinco dias prorrogáveis por igual período, ou nos casos dos crimes hediondos por trinta dias, prorrogáveis por igual período, em caso de comprovada e extrema necessidade, visando a viabilizar investigações acerca de crimes graves, durante a fase pré-processual.

É cabível conforme a latência das situações previstas no Art. 1º da Lei 7.960/89, com as devidas modificações legislativas. Porém, há divergência doutrinária quanto à aplicabilidade cumulativa ou alternativa dos incisos do Art. 1º da Lei 7.960/89.

Preceitua o Art. 1º da Lei 7.960/89 que caberá prisão temporária, quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: homicídio doloso, sequestro ou cárcere privado, roubo, extorsão, extorsão mediante sequestro, estupro, epidemia com resultado de morte, envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte, quadrilha ou bando, genocídio, tráfico de drogas, crimes contra o sistema financeiro.

Quanto a primeira possibilidade de decretação da prisão temporária, qual seja a imprescindibilidade da investigação policial, considera-se que a liberdade do agente infrator, representa uma ameaça concreta para as investigações em curso, de tal sorte que esta hipótese esteja devidamente ilustrada para a concessão da medida cautelar.

Nas palavras de Marcellus Polastri Lima¹⁵, o ilustre doutrinador admite a existência de procedimentos para apuração de crimes diverso do inquérito policial e admite a possibilidade da decretação da prisão temporária nos procedimentos de investigação de cunho preliminar.

Não obstante, entendimento contrário tem a doutrina majoritária, no sentido de que não há interpretação extensiva na seara da restrição da liberdade.

Já o segundo fundamento para decretação da Prisão temporária, expressa no lei, referente a ausência de residência fixa ou não fornecimento de elementos para a sua identificação, entendeu o legislador que tais apontamentos representaria um risco para a investigação quanto a sua não concretização, haja vista a possibilidade do infrator desaparecer no decurso da investigação, trazendo assim, prejuízos de difícil reparação ou até mesmo irreparáveis.

Contudo TAVORA¹⁶ preleciona que a justificação da prisão temporária neste caso, do inciso II do Art. 1º da Lei 7.960/89, só é possível se houver uma temeridade efetiva do agente evadir. O simples fato de não ter comprovação de residência certa, como no caso de pessoas que levam uma vida itinerante, não poderia justificar medida tão abominável quanto a prisão temporária, em face de uma eventual presunção de evasão.

Quanto à ausência de informações para a identificação civil, o que é comum no interior do país, com famílias inteiras sem nenhum documento de identificação, a saída é proceder a identificação criminal, e não a prisão. De sorte que diante da ordem constitucional, na qual o cerceamento da liberdade é a exceção, convalesce o entendimento que a prisão temporária pela simples ausência de identificação não é viável.

No que tange a terceira possibilidade da decretação, ou seja, quando houve fundadas, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes relacionados, aludindo então ao

¹⁵ “Como é intuitivo, existem outros procedimentos administrativos de apuração de crimes, e não só o inquérito policial. Aplica-se, neste caso, interpretação extensiva do caput do art. 1º da Lei, adequando-a, assim, ao sistema processual”

¹⁶ “Queremos crer que a justificação da prisão temporária neste caso só é possível se houver um risco efetivo do indivíduo fugir. O simples fato de não ter comprovação de residência certa, como no caso de ciganos ou sem terra, que levam uma vida itinerante, não poderia justificar medida tão odiosa quanto a prisão temporária, em face de uma suposta presunção de fuga. Quanto à ausência de elementos para a identificação civil, o que é comum no interior do país, com famílias inteiras sem nenhum documento de identificação, a saída, dada pela própria lei nº 10.054/2000 é a realização da identificação criminal, e não a prisão. Não cremos viável, ante a ordem constitucional, a prisão temporária pela simples ausência de identificação”.

inciso III do art. 1º da Lei 7.960/89, a lei buscou elencar de forma taxativa as infrações que admitem a concessão da cautelar, ora evidenciada.

Desta Forma entende CAPEZ¹⁷ que a prisão temporária apenas poder ser decretada nos crimes em que a lei permite a custódia. Não obstante, confrontaria o princípio constitucional do estado de inocência permitir a prisão provisória de alguém apenas por estar sendo suspeito pelo cometimento de um delito grave.

Neste sentido, existiria mera precocidade da execução da pena. Portanto, para a decretação da prisão temporária, o agente deve ser notado como suspeito ou indiciado por um dos crimes constantes da exposição legal, e, além disso, deve estar latente o *periculum in libertatis*, sem o qual ou fora do rol taxativo da lei, não se admitirá a prisão provisória.

2.1.3 PRISÃO PREVENTIVA

De acordo com a recente alteração do Código de Processo Penal, advinda com a lei 12.403/11 a Prisão Preventiva, é cabível em qualquer fase do inquérito policial ou do processo penal, decretada de ofício pelo Juiz, se for no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente ou mediante representação da Autoridade Policial.

Para a decretação da Prisão Preventiva, verificar-se-á a prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, com a finalidade de garantir a ordem pública, a ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. Podendo ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares, elencadas no Art. 319 da Lei 12.403/11¹⁸.

¹⁷ “Entendemos que a prisão temporária somente poder ser decretada nos crimes em que a lei permite a custódia. No entanto, afrontaria o princípio constitucional do estado de inocência permitir a prisão provisória de alguém apenas por estar sendo suspeito pela prática de um delito grave. Inequivocamente, haveria mera antecipação da execução da pena. Desse modo, entendemos que, para a decretação da prisão temporária, o agente deve ser apontado como suspeito ou indiciado por um dos crimes constantes da enumeração legal, e, além disso, deve estar presente pelo menos um dos outros dois requisitos, evidenciadores do *periculum in mora*. Sem a presença de um destes dois requisitos ou fora do rol taxativo da lei, não se admitira a prisão provisória”. CAPEZ (2009, p. 284)

¹⁸ Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a

Esta modalidade de cautelar é a mais ampla do nosso ordenamento jurídico e que se mostra extremamente eficaz, como instrumento para manter o cárcere durante a fase pré-processual e processual. De sorte que a lei 12.403/11 nos trouxe em seu art. 310¹⁹, a necessidade do magistrado converter a prisão em flagrante delito em prisão preventiva, no caso de manter-se o agente encarcerado, com a devida fundamentação.

Assim como todas as possibilidades de restrição à liberdade a Prisão Preventiva deve ser interpretada de forma restritiva, haja vista que a regra é a liberdade, ao passo que a prisão, qualquer que seja ela é a exceção.

Para a concessão desta medida cautelar é preciso atentar para seus pressupostos ensejadores da sua decretação. Devendo se demonstrar nos autos a prova da existência do crime, despontando a materialidade do crime e sinais satisfatórios de autoria ou de participação na infração.

A comprovação da existência do crime, pode ser feita por qualquer meio idôneo de produção probatória, seja por exames periciais, interceptação telefônica com autorização judicial, testemunhas ou documentos, ou qualquer outro admitido em direito, senão, havendo dúvidas quanto a existência do crime a cautelar não deve ser concedida.

No que se refere a autoria, é necessário, apenas, indícios que faça presumir se o agente o autor da infração penal.

Desta forma, tais pressupostos, concretizam o *fumus comissi delicti*, neste sentido TAVORA²⁰ preleciona que para a segura e eficaz concessão da cautelar é

investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica. § 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.”

¹⁹ Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº-2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

²⁰ “Os pressupostos da preventiva materializam o *fumus comissi delicti* para decretação da medida, dando um mínimo de segurança na decretação da cautelar, com a constatação probatória da infração e do infrator (justa causa). Assim insistimos: a) prova da existência do crime: a materialidade delitiva deve estar devidamente comprovada para que o cerceamento cautelar seja autorizado; b) indícios suficientes da autoria: basta que

necessário a prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria, não sendo necessário para este último a elaboração de provas robustas.

Não obstante, para a concessão da prisão preventiva não basta somente a existências dos pressupostos para a sua decretação, os quais traduzem-se em *fumus comissi delicti* devendo estar presentes também as razões pelas quais deve-se decretar a aludida cautelar, que materializam então o *periculum in libertatis*.

O art. 312 do Código de Processo Penal, com a nova redação trazida pela Lei 12.403/11, nos traz as possibilidades em que o perigo da liberdade do agente pode colocar em risco a persecução criminal. Prescreve então o Art. 312 do CPP²¹ que será decretada a prisão preventiva como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

A Garantia da Ordem Pública, não tem conceito doutrinário, quanto ao seu real significado, segundo TAVORA²², a decretação da preventiva com fulcro neste fundamento, visa impedir que o agente continue a infringir a lei penal no decorrer da persecução criminal. A ordem pública é expressão de tranquilidade e paz no meio social. Acaso reste comprovado que o agente continuará a cometer ilícitos penais, durante a persecução criminal, é um indício de que se faz necessária a decretação da prisão preventiva.

A conveniência da instrução criminal, baseia-se em proteger a livre produção de provas, cuja decretação da cautelar com fulcro neste fundamento visa impedir que o infrator destrua provas, ameace testemunhas ou comprometa de qualquer forma a busca pela verdade real.

A decretação da prisão preventiva, tendo como fundamento a garantia de aplicação da lei penal, visa impedir a fuga do agente, que por sua vez tenta se furtar do cumprimento das penas que lhe são cominadas, devendo tal incidente restar comprovado dos autos, pois, a exemplo da falta do mesmo em interrogatório, por si

existam indícios fazendo crer ser o individuo suspeito o autor da infração penal. Não é necessário haver prova robusta, somente indícios.”

²¹ 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. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º)

²² “Em nosso entendimento, a decretação da preventiva com base neste fundamento, objetiva evitar que o agente continue a delinquindo no transcorrer da persecução criminal. A ordem pública é expressão de tranquilidade e paz no seio social.”

só não é motivo para a decretação da preventiva, uma vez que existe o instituto da condução coercitiva, isso porque o cerceamento da liberdade é a exceção diante da nossa ordem constitucional.

Garantia da ordem econômica, trazida pela Lei Antitruste, visa coibir os abusos à Ordem Econômica, dispõe TAVORA²³ que o dispositivo legal se mostra inócuo por estar inserido dentro do conceito subjetivo da ordem pública.

Por fim, o art. 313 do código de processo penal, com as inovações da lei 12.403/11, traz os crimes que comportam a prisão preventiva, que nos termos do Art. 312 do Código de Processo Penal, se admite a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos, se o infrator tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado ou se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

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

Acredita-se que observando o dispositivo legal, sob a ótica constitucional, implicitamente fala-se da prisão preventiva para a realização da identificação criminal, a qual deve ser submetido o agente quando haja dúvidas quanto a sua identificação e neste caso, posto em liberdade incontinentemente, de tal sorte que havendo outro motivo que enseje a manutenção da prisão preventiva, aí sim, deve-se manter o infrator em cárcere.

2.1.4 OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS

A fim de preservar o estado de liberdade, como regra trazida pela constituição federal da república federativa do Brasil, a lei 12.403/11 trouxe em seu capítulo V, medidas eficazes de garantir a aplicação da lei penal ou até mesmo os

²³ “A ordem econômica estaria enquadrada num contexto macro, que é o da preservação da ordem pública, não havendo a necessidade de disposição expressa neste sentido.”

fins a que se destina a persecução criminal, sem colocar o agente infrator em cárcere.

Desta forma, assegura a lei processual penal medidas cautelares diversas da prisão, quais sejam, o comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; 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; 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; fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial e monitoração eletrônica.

Quanto a proibição de ausentar-se do País, está será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

Quando estiverem ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, descritas acima, e observados os critérios constantes do art. 282 da lei processual penal²⁴, com a inovação legislativa.

²⁴ Art. 282 As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. § 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente. § 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. § 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida,

2.1.5 LIBERDADE PROVISÓRIA

Neste ponto, insta salientar que, embora a Liberdade Provisória não seja considerada taxativamente como Medida Cautelar, se faz necessária a explanação deste instituto processual, devido à sua ligação intrínseca com o tema proposto, razão pela qual passaremos a expor as peculiaridades concernentes à Liberdade Provisória.

A Liberdade Provisória²⁵ assegura ao acusado o direito de responder o processo, até o trânsito em julgado, em liberdade, impondo ou não a certas obrigações, podendo ser revogado a qualquer tempo caso haja o descumprimento das obrigações impostas.

Este instituto possui três espécies a Liberdade Provisória Obrigatória, a Liberdade Provisória Permitida e a Liberdade Provisória Vedada.

A Liberdade Provisória Obrigatória é aquela em que o infrator ficará em liberdade mesmo tendo sido surpreendido em flagrante, não se submetendo a nenhuma obrigação, ou seja, nos casos em que a infração penal não seja punida com a pena de privativa de liberdade e se for, que não ultrapasse 03 meses. Ressalta-se que a Liberdade Provisória só se volta para combater a prisão em flagrante legal, haja vista que a prisão em flagrante ilegal cabe o Relaxamento de Prisão e as prisões preventiva e temporária, a revogação.

Liberdade Provisória Permitida é aquela em que não estiverem presentes os requisitos de decretação da prisão preventiva e quando a lei não vedar expressamente.

Liberdade Provisória Vedada é quando cabe a prisão preventiva e nas hipóteses que a lei estabelecer expressamente a proibição.

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. § 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único). § 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. § 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

²⁵ “A liberdade provisória é um estado de liberdade, circunscrito em condições e reservas, que impede ou substitui a prisão cautelar, atual ou iminente. É uma forma de resistência, uma contracautela, para garantir a liberdade ou a manutenção da mesma, ilidindo o estabelecimento de algumas prisões cautelares. A Constituição Federal assegura que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 5º, LXVI). É um direito, e não um favor.” TAVORA (2009, p. 523)

Este instituto pode ser concedido com ou sem fiança, sendo que as regras que norteiam a concessão da liberdade provisória com fiança encontram-se na recente alteração da lei processual de número 12.403/11. Busca-se com exigência da fiança que o réu permaneça presente durante os atos processuais, a fim de evitar o cárcere.

2.2 MEDIDAS CAUTELARES PATRIMONIAIS

Tais medidas visam a garantir o ressarcimento pecuniário da vítima em face do ilícito ocorrido, além de impedir o locupletamento ilícito do infrator. Servem também para pagamento de custas e de eventual multa. Tem caráter de instrumentalidade e se destinam a evitar o prejuízo que adviria da demora na conclusão da ação penal. São elas: o sequestro, a hipoteca legal e o arresto.

Como são providências cautelares de natureza processual, urgente e provisória, no caso de sentença absolutória ou declaratória da extinção da punibilidade, as medidas assecuratórias se desfazem, de acordo com o disposto no art. 141 do CPP, com a redação determinada pela Lei nº 11.435/06, restando ao prejudicado, dependendo do fundamento da absolvição, ingressar com ação civil indenizatória, nos termos do art. 64 do CPP.

2.2.1 SEQÜESTRO

É a retenção de bens imóveis adquiridos pelo indiciado ou acusado, com os proveitos da prática delituosa, mesmo que já transferido para terceiros, garantindo também a “retenção” de bens móveis desde que não caiba a apreensão, conforme art. 132 do CPP, neste caso, os objetos não são produtos do crime, mas sim proventos do mesmo.

O sequestro de bens imóveis ou móveis pode ser determinado tanto no inquérito quanto no processo. Outrossim, a ordem de sequestro pode ser proferida pelo juiz “de ofício a requerimento do Ministério Público ou do ofendido, ou mediante representação da Autoridade Policial”.

O Art. 128 do CPP aduz que, uma vez “realizado o sequestro, a autoridade judicial ordenará a sua inscrição no Registro de Imóveis”. Uma vez transitada em julgado a sentença condenatória, havendo o sequestro de bens imóveis, o Juiz

determinará a avaliação e venda dos bens em leilão público, sendo a quantia arrecadada, no que não couber ao lesado ou terceiro de boa-fé, recolhida ao Tesouro Público.

No entanto, se a ação criminal não for intentada em 60 dias a partir da data em que ficar concluída a diligência, ou se o terceiro prestar caução, ou ainda se houver sentença absolutória ou extintiva de punibilidade, o sequestro será levantado, assim disposto no artigo 131 do CPP. Da decisão do sequestro, cabe Apelação.

2.2.2 HIPOTECA LEGAL

É a medida assecuratória que recai sobre imóveis de origem lícita, de propriedade do acusado. Assim, há uma garantia civil para a satisfação de reparação do dano diante de uma conduta delituosa.

A hipoteca legal somente poderá ser requerida após a instauração da ação penal, cabendo em fase de inquérito. Podem requerê-la o ofendido ou seus herdeiros, ou ainda o Ministério Público em caso de interesse da Fazenda Pública.

A hipoteca legal está sujeita ao cancelamento conforme Art. 141 do CPP, o qual dispõe que “se, por sentença irrecorrível o réu for absolvido ou julgada extinta a punibilidade”. Por fim, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, a hipoteca legal cuja inscrição tenha se consumado, pode ser cancelada no caso de oferecimento de caução pelo acusado, mediante autorização judicial.

Da decisão do Juiz de primeiro grau que determina ou nega a inscrição da hipoteca legal, cabe apelação ao tribunal “ad quem”, nos termos do Art. 593, III do CPP. Os autos de hipoteca legal devem ser remetidos ao Juiz Cível, ao final do processo.

2.2.3 ARRESTO

É a medida cautelar que recai sobre imóveis de origem lícita, a serem submetidos, em momento ulterior, à hipoteca legal ou sobre bem móveis se o responsável não possui bens imóveis ou os possuir de valor insuficiente.

No caso do arresto de bens móveis, a medida deve ser requerida pela parte interessada, que correrá em autos apartados, ficando apenso aos autos da ação penal.

Uma vez arrestados os bens, serão entregues a um depositário, sujeitando-se ao regime do Código de Processo Civil.

Caso os bens arrestados sejam fungíveis e facilmente deterioráveis, mandão Art. 137 §1º do CPP que sejam eles levados a leilão público, depositando-os o “quantum” apurado.

No caso do arresto de bens imóveis, deve este ser de origem lícita e de propriedade do acusado. A sua viabilidade exige a demonstração da existência da infração penal e de indícios suficientes de autoria, além da existência de dano causado pelo crime, a demandar reparação.

Ressalta-se que o arresto pode ser proposto tanto durante o processo como na fase do inquérito policial.

Da decisão que decreta ou denega o arresto não cabe recurso específico, razão pela é plausível admitir impetração de Mandado de Segurança.

2.3 MEDIDAS CAUTELARES RELATIVAS À PROVA

De acordo com os ensinamentos de MARCELLUS POLASTRI LIMA²⁶, no que tange à natureza jurídica da principal medida cautelar codificada na Lei processual penal, qual seja, a busca apreensão, depreende-se que a finalidade da medida cautelar relativa às provas tem por escopo garantir o emprego do elemento probatório no processo ou impedir a sua destruição.

2.3.1 BUSCA E APREENSÃO

A Busca e Apreensão pode ser considerada um meio de prova, de caráter cautelar, que visa a obtenção de provas que por sua natureza possam desaparecer. Desta forma, Busca é a diligência perpetrada, via de regra, pela Autoridade Policial e

²⁶ “apesar do Código de Processo Penal a classificar como meio de prova, a busca e apreensão, com finalidade de preservar elementos probatórios ou assegurar reparação do dano proveniente do crime, ontologicamente, não é prova, tendo, ao contrário, a natureza jurídica de medida cautelar que visa à obtenção de uma prova para o processo, com o fim, portanto, de assegurar a utilização do elemento probatório no processo ou evitar o seu perecimento”

seus agentes, a fim de localizar pessoas e/ou coisas e Apreensão é o ato pelo qual retira-se a coisa ou a pessoa de que a detém.

Nosso ordenamento jurídico estabelece duas modalidades de Busca e Apreensão, a domiciliar e pessoal. A domiciliar é aquela realizada na Casa, assim compreendido qualquer compartimento habitado, aposento ocupado de habitação coletiva, compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade; excluem-se do conceito de casa hospedaria, estalagem ou qualquer habitação coletiva, enquanto aberto, taverna, casa de jogos e outras do mesmo gênero.

O Código de Processo Penal, no que se refere à Busca e Apreensão domiciliar²⁷, aduz em seu Art. 241 que caso a Autoridade Policial ou Judiciária não realize pessoalmente a diligência, a expedição do Mandado de Busca a Apreensão precederá à diligência, cuja expedição será de ofício ou a requerimento das partes, na forma do Art. 242 do Código de Processo Penal.

Desta forma, entendemos inócuo o preceito do Código de Processo Penal, quando menciona ser desnecessário o Mandado de Busca e Apreensão ainda que a Autoridade Policial ou Judiciária realize pessoalmente a diligência.

Para a diligência da Busca e Apreensão domiciliar é necessário observar as formalidades do Art. 245 do CPP²⁸.

Já a Busca Pessoal, independerá de Mandado, quando houver fundada suspeita de que a pessoa traga consigo quaisquer instrumentos elencados no art. 240 do Código de Processo Penal, no caso de prisão ou quando for determinada durante a busca domiciliar.

²⁷ A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial. Carta Magna de 1988 em seu Art. 5, XI.

²⁸ “Art. 245. As buscas domiciliares serão executadas de dia, salvo se o morador consentir que se realizem à noite, e, antes de penetrarem na casa, os executores mostrarão e lerão o mandado ao morador, ou a quem o represente, intimado-o em seguida, a abrir a porta. §1º Se a própria Autoridade der a busca, declarará previamente sua qualidade e o objeto da diligência. §2º Em caso de desobediência, será arrombada a porta e forçada a entrada §3º Recalcitrando o morador, será permitido o emprego de força contra coisas existentes no interior da casa, para o descobrimento do que procura. §4º Observar-se-á o disposto nos §§2º e 3º, quando ausentes os moradores, devendo, neste caso, ser intimado a assistir à diligência qualquer vizinho, se houver e estiver presente. §5º Se é determinada a pessoa ou a coisa que se vai procurar, o morador será intimado a mostrá-la. §6º Descoberta a pessoa ou coisa que se procura, será imediatamente apreendida e posta sob custódia Autoridade ou de seus Agentes. §7º Finda a diligência, os executores lavrarão o auto circunstanciado, assinando-o com duas testemunhas presenciais, sem prejuízo do disposto do §4º.”

2.3.2 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

A interceptação telefônica, prevista na Constituição Federal de 1988, em seu Art. 5º, XII²⁹, veio a ser regulamentada pela Lei 9296/96, dispondo que a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça, aplicando-se, também à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Quando não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal, ou a prova puder ser feita por outros meios disponíveis, ou o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção, não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas.

Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento da autoridade policial, na investigação criminal ou do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

O pedido de interceptação de comunicação telefônica conterá a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados.

Excepcionalmente, o juiz poderá admitir que o pedido seja formulado verbalmente, desde que estejam presentes os pressupostos que autorizem a interceptação, caso em que a concessão será condicionada à sua redução a termo, tendo o magistrado o prazo máximo de vinte e quatro horas, para decidir sobre o pedido.

A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez, comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

²⁹ Art. 5º, XII da CF/88 é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização.

No caso de a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição.

Cumprida a diligência, a autoridade policial encaminhará o resultado da interceptação ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações realizadas.

A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.

Trouxe a lei de interceptações telefônicas sanção para quem não observar os ditames legais, constituindo crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei, punindo o agente infrator com prisão, de dois a quatro anos, e multa.

3. PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS

O processo é a forma pela qual é assegurada todas as garantias àqueles que estão sob a acusação do poder estatal, o qual possui como norte, a Constituição Federal, onde também preceitua princípios atinentes ao Processo Penal.

Crucial, também, é aplicar ao processo princípios e garantias constitucionais, conforme nos mostra ADA PELLEGRINI GRINOVER³⁰, para ela o importante não é apenas destacar que as garantias do acusado foram elevadas a nível constitucional, planando sobre a lei ordinária, à qual informam. O importante é ler as normas processuais à luz dos princípios e das regras constitucionais. É examinar a adequação das leis à letra e ao íntimo da Constituição. É conferir os textos legais à luz da ordem constitucional.

Pois, a hermenêutica constitucional é capaz, por si só, de operar mutações informais na Constituição, possibilitando que, mantida a letra, o cerne da lei fundamental seja alcançado e aplicado de acordo com contemporaneidade em que se vive.

Contudo, a Constituição não exauriu os princípios processuais penais em um rol taxativo, como a seguir vislumbraremos.

3.1 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DA NÃO-CULPABILIDADE

Antes do trânsito em julgado de uma sentença condenatória, presume-se a inocência do investigado, cabendo à acusação provar a culpabilidade. Sob este prisma, a liberdade é a regra e o cerceamento da liberdade, antes do trânsito em julgado de uma sentença condenatória, deve ser de forma excepcional e estritamente necessária, neste sentido TAVORA³¹, ministra em seus ensinamentos

³⁰ “O importante não é apenas realçar que as garantias do acusado – que são, repita-se, garantias do processo e da jurisdição – foram alçadas a nível constitucional, pairando sobre a lei ordinária, à qual informam. O importante é ler as normas processuais à luz dos princípios e das regras constitucionais. É verificar a adequação das leis à letra e ao espírito da Constituição. É verificar os textos legais à luz da ordem constitucional. É, como já se escreveu, proceder à interpretação da norma em conformidade com a constituição. E não só em conformidade com sua letra, mas também com seu espírito. Pois a interpretação constitucional é capaz, por si só, de operar mudanças informais na Constituição, possibilitando que, mantida a letra, o espírito da lei fundamental seja colhido e aplicado de acordo com o momento histórico que se vive”

³¹ “Pela presunção de inocência as medidas cautelares durante a persecução estão a exigir redobrado cuidado. Quebra de sigilo fiscal, bancário, telefônico, busca e apreensão domiciliar, ou a própria exposição da figura do

que pela presunção de inocência as medidas cautelares durante a persecução estão a ordenar redobrado cuidado.

De certo modo a quebra de sigilo fiscal, bancário, telefônico, busca e apreensão domiciliar, ou a própria exposição do indiciado ou réu na imprensa, de qualquer forma podem causar prejuízos irreversíveis à sua imagem e dependendo do procedimento adotado na seara processual penal, como por exemplo o tribunal do júri, pode ocasionar um juízo de valor prematuro.

A fim de demonstrar a dimensão deste princípio, GEORGE SARMENTO³², realça a necessidade de sedimentar a presunção de inocência como um direito fundamental multifacetário, que se revela como preceito de julgamento, preceito de processo e preceito de tratamento. Cria-se assim uma ampla gama de garantias processuais que favorecem o acusado durante as investigações e a tramitação da ação penal, sem obstar que o Estado desempenhe sua missão de investigar e punir os infratores, fazendo uso de todos os instrumentos de persecução penal previstos em lei, asseverando o combate fidedigno e eficaz da criminalidade.

3.2 PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ

É o princípio que reveste a essência do cargo de magistrado, pois em sua missão de prolatar decisões motivadas, cumprindo os preceitos mandamentais da Carta Magna, o Juiz não deve ter vínculos com o processo. De tal sorte, que este princípio não exige que o magistrado se afaste de suas convicções pessoais, para exercer sua função estatal.

A partir da verificação assinalada por EDVALDO BRITO³³ de que a materialização do direito não pode deixar de ter interpretação de acordo com os ditos que a convenção, na concepção institucional do Direito, definiu em decorrência das relações da linguagem, insta salientar que a imparcialidade deve aludir honestidade.

indiciado ou réu na imprensa através de apresentação da imagem ou de informações conseguidas no esforço investigatório podem causar prejuízos irreversíveis à sua figura.” TAVORA (2009 p.44 e 45):

³² “cristalizar a presunção de inocência como um direito fundamental multifacetário, que se manifesta como regra de julgamento, regra de processo e regra de tratamento. Cria-se assim um amplo espectro de garantias processuais que beneficiam o acusado durante as investigações e a tramitação da ação penal, sem impedir que o Estado cumpra sua missão de investigar e punir os criminosos, fazendo uso de todos os instrumentos de persecução penal previstos em lei, assegurando o combate legítimo e efetivo da criminalidade”

³³ “Deixar de ter interpretação conforme os axiomas que a convenção, na concepção institucional do Direito, plasmou em decorrência das relações da linguagem”

O esperado do julgador neutro é de ser imaginado em um plano idealizado. A imparcialidade recomendada pelo ordenamento jurídico sugere na postura de um juiz que cumpra a Constituição, de modo honesto, prolatando decisões satisfatoriamente motivadas.

3.3 PRINCÍPIO DA IGUALDADE PROCESSUAL

É vislumbrada com este instituto a isonomia das partes durante o processo, prevista no Art. 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, prevalecendo neste ponto, a isonomia material, onde os desiguais devem ser tratados de forma desigual, na medida de suas desigualdades.

Embora o Art. 134 da Constituição da República, confira à Defensoria Pública tratamento quase igualitário ao Ministério Público, podemos perceber que resta prejudicado este princípio, uma vez que ao Ministério Público é assegurada toda infraestrutura para que desempenhem suas funções de acusadores, enquanto à Defensoria falta a mesma infraestrutura e o respeito do Poder Executivo.

3.4 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO OU BILATERALIDADE DA AUDIÊNCIA

Com previsão legal no Art. 5º, LV da Constituição Federal, preconiza que as partes poderão influir no convencimento do magistrado, participando e manifestando-se durante os atos processuais.

O Magistrado deve atentar para a versão de ambas as partes, sob pena de parcialidade, uma vez que apreciou metade do que deveria ter conhecido. O contraditório é observado quando se criam as condições ideais de fala e oitiva da outra parte, ainda que ela não queira se pronunciar.

O contraditório é, primordialmente, o direito de ser informado e de atuar no processo. Não podendo haver segregação da defesa, sob pena de infração ao contraditório.

3.5 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

Disposto no Art. 5º, LV da Carta Magna, este princípio introduz no processo penal a possibilidade de propiciar ao acusado a ampla defesa, utilizando-se, para tanto, os meios e os recursos disponíveis para obter sua defesa.

A defesa pode ser técnica, ou seja, por meio de um procurador legalmente habilitado ou autodefesa, oportunidade em que o réu realiza a sua própria defesa.

A partir deste princípio, também vêm a obrigatoriedade no sentido de que o ministério público se manifestará antes da defesa, nesta linha, qualquer oportunidade em que Ministério Público venha a se manifestar antes da defesa, após a manifestação, à defesa abrir-se-ão vistas dos autos.

3.6 PRINCÍPIO DA AÇÃO, DEMANDA OU INICIATIVA DAS PARTES

Princípio que adverte sobre a inércia da jurisdição, cabendo as partes provocar e exercer o direito de ação, para obtenção da prestação jurisdicional.

3.7 PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE

Informa, este princípio, que os órgãos responsáveis pela prestação jurisdicional, no que tange a executar a persecução criminal, são órgãos oficiais.

3.8 PRINCÍPIO DA OFICIOSIDADE

As atividades desempenhadas durante a persecução criminal, são chamadas “de ofício”, ou seja, independem de autorização. Exceto, nos casos em que ação penal é publica condicionada à representação da vítima ou à requisição do Ministro da Justiça, ocasião em que a iniciativa da ação prescinde da autorização do legítimo interessado.

3.9 PRINCÍPIO DA VERDADE REAL

Diferente do que ocorre no Processo Civil, onde busca-se a verdade formal, aqui, no processo penal, pauta-se pela busca da verdade real, a fim de se obter um provimento jurisdicional próximo do ideal de justiça.

Desta forma o processo penal não admite, apenas, que o magistrado sentencie com base nas provas que se colheu durante a instrução, devendo, também, exaurir todas as possibilidades probantes para se alcançar a verdade real.

3.10 PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE

Princípio atinente à atuação obrigatória dos órgãos incumbidos em impulsionar a persecução criminal. Uma vez presentes os pressupostos legais da persecução criminal, não há permissivo legal para que o promotor de justiça e o delegado façam juízo de valor acerca de iniciar ou não a persecução criminal.

Insta salientar que nas ações penais privadas, vigora o princípio da oportunidade, do qual a vítima extrai a conveniência de iniciar ou não a persecução criminal.

3.11 PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE

Decorre do princípio da obrigatoriedade, uma vez que iniciado o inquérito policial ou a ação penal, aos seus presidentes e titulares, lhes são defesos deles disporem.

Neste sentido o Delegado de Polícia não pode arquivar os autos de inquérito policial, na forma do Art. 17 do Código de Processo Penal³⁴, que expressamente veda a possibilidade de arquivamento dos autos de Inquérito Policial e o promotor não pode desistir da ação penal, conforme dita o Art. 42 do Código de Processo Penal³⁵, que manifestamente veta a desistência da Ação Penal pelo representante do Ministério Público.

³⁴ Art. 17 do Código de Processo Penal

³⁵ Art. 42 do Código de Processo Penal

3.12 PRINCÍPIO DO IMPULSO OFICIAL

Princípio, pelo qual, obriga ao Estado-Juiz impulsionar o andamento do processo, devendo zelar para que o mesmo se conclua, através das necessárias diligências, como intimações, citações dentre outros atos processuais.

3.13 PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES

Consagrado na Carta Magna em seu artigo 93, inciso IX³⁶, preceitua que as decisões proferidas pelos magistrados devem ser motivadas, sob pena de nulidade insanável.

3.14 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

A publicidade dos atos processuais é a regra, conforme disposto no Art. 93, IX da CF/88³⁷, no qual está previsto que todos os julgamentos do Poder Judiciário serão públicos.

No entanto o Art 5º, LX da Constituição da República³⁸ e o Art. 792 do Código de Processo Penal³⁹, bem como o próprio Art. 93, IX da CF/88, *in fine*, preveem a exceção ao princípio constitucional da Publicidade, na medida em que os atos processuais, na oportunidade, praticados, possam por em risco a ordem pública ou ir de encontro a defesa da intimidade do acusado.

³⁶ “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 limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.”

³⁷ Art. 93, IX da CF/88.

³⁸ “Art. 5, LX – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”

³⁹ “Art. 792 – As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário e do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados. §1º - Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes.”

3.15 PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Esta é a garantia conferida para a revisão das decisões judiciais, através dos recursos, podendo submeter as decisões de primeira instância à reapreciação pelos tribunais.

Contudo, os processos de competência originária do Supremo Tribunal Federal, não são passíveis deste princípio.

3.16 PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

Consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil, este princípio veda a criação dos tribunais de exceção, com sua contemplação no Art. 5, XXXVII da CF/88⁴⁰ e garante o direito de ser processado pelo magistrado competente, tal qual prevê o Art. 5º, LIII da CF/88⁴¹

3.17 PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL OU DO PROMOTOR LEGAL

É instituído neste Princípio, a proibição da designação arbitrária, pelo Procurador-Geral de Justiça ou Procurador-Geral da República, para a atuação de promotores de justiça em casos específicos.

3.18 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

É a garantia fundamental insculpida no Art. 5º, LIV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁴², na qual em hipótese alguma poderá haver um processo com supressão e/ou desvirtuamento dos atos processuais, entendendo assim, JOSÉ HERVAL SAMPAIO JÚNIOR⁴³ que este princípio adquire dentro do processo penal um valor exorbitante e que descreve toda sua ação, limitando até mesmo a atividade do legislador, já que, deve a lei se conformar com os direitos e

⁴⁰ Art. 5º, XXXVII da CF – não haverá juízo ou tribunal de exceção.

⁴¹ Art. 5º, LIII da CF – ninguém será processado ou sentenciado senão pela autoridade competente.

⁴² “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”

⁴³ “vê-se que esse princípio assume dentro do processo penal uma importância transcendental e que delinea todo o seu agir, limitando inclusive a atividade do legislador, porquanto, deve a lei se conformar com os direitos e garantias fundamentais do cidadão, não havendo lugar para a interferência no núcleo protetivo da liberdade do agente, sem que sejam observados os condicionamentos e limites que decorrem da cláusula due process of Law”

garantias fundamentais do cidadão, não havendo lugar para a ingerência no núcleo protetivo da liberdade do agente, sem que sejam observados as subordinações e limites que decorrem da cláusula do devido processo legal.

3.19 PRINCÍPIO DO FAVOR REI OU FAVOR RÉU

No dilema entre o direito de punir do Estado e o de absolver o réu, este último deve prevalecer. É o *in dubio pro reo*. Assim, TAVORA⁴⁴ preleciona em sua obra que entre o direito da pretensão punitiva do Estado e o *status libertatis*, do acusado, este último deve se sobrepor

3.20 PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL

Princípio Constitucional elencado no Art. 5, LXXVIII⁴⁵, no qual depreende-se que no entendimento de TAVORA⁴⁶, a celeridade a se conseguir das formas antiquadas da persecução penal deve cobrar do legislador ordinário um enfrentamento coerente e equilibrado da estrutura do procedimento, abolindo-se expedientes de natureza meramente procrastinatório, mas jamais se afastando das garantias fundamentais do processo ético e provido de instrumentos que garantam a segurança processual do imputado.

Nestes ditames, a celeridade não pode se afastar da qualidade da prestação jurisdicional, afinal, a reflexão é salutar e necessária à justa composição das lides ainda imbuído da celeridade processual, o Juiz deve atentar para a qualidade da prestação jurisdicional.

⁴⁴ “Em verdade, na ponderação entre o direito de punir do Estado e o *status libertatis*, do imputado, este último deve prevalecer.”

⁴⁵ “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável tramitação do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

⁴⁶ “Deve-se lembrar, contudo, que a celeridade a desbravar os matizes arcaicos da persecução penal deve exigir do legislador ordinário um enfrentamento racional e equilibrado da estrutura procedimental, eliminando-se expedientes de cunho meramente procrastinatório, mas jamais se distanciando das garantias fundamentais do processo ético e provido de ferramentas que impliquem em segurança ao imputado. A celeridade não pode se afastar da qualidade da prestação jurisdicional, afinal, a reflexão é salutar e necessária à justa composição das lides.” TAVORA (2009. P53)

3.21 PRINCÍPIO DA AUTORITARIEDADE

Princípio pelo qual, determina que a persecução penal deve ser exercida pelos órgãos estatais através das autoridades públicas.

3.22 PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO PENAL

Preceituado no Art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal de 1988⁴⁷, garante a celeridade tanto para a vítima quanto para o réu.

Para TAVORA⁴⁸ a razoável duração do processo consiste categoricamente na legalidade da manutenção da prisão cautelar, pois, o excesso de prazo na custódia provisória leva à ilegalidade. A Súmula número 697 admitiu que a “proibição de liberdade provisória nos processos por crimes hediondos não veda o relaxamento da prisão processual por excesso de prazo”.

No entanto a súmula perdeu sua essência com a promulgação da lei nº 11.464/2007, que altera o inciso II do art. 2º da Lei nº 8.072/1990, na medida em que os crimes hediondos passaram a aceitar liberdade provisória.

Não obstante, ainda sim, o excesso de prazo leva à ilegalidade da prisão cautelar.

3.23 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Este princípio tem aplicabilidade direta na validação das provas, de acordo com TAVORA⁴⁹, pois se o emprego do princípio da proporcionalidade *in dubio pro reo*, para o reconhecimento de prova ilícita é pacífica, essa mesma utilização contra o réu com o escopo de garantir valores *pro societate* é demasiadamente controvertida no Brasil.

⁴⁷ “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável tramitação do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

⁴⁸ “A razoável duração do processo implica decisivamente na legalidade da manutenção da prisão cautelar, afinal, o excesso prazal da custódia provisória leva à ilegalidade da segregação, entendimento consagrado inclusive no âmbito do STF, eis que a Súmula de nº697 reconheceu que a “proibição de liberdade provisória nos processos por crimes hediondos não veda o relaxamento da prisão processual por excesso de prazo”. Note-se que tal Súmula perdeu sua utilidade prática, pois com o advento da lei nº 11.464/2007, alterando o inciso II do art. 2º da Lei nº 8.072/1990, os crimes hediondos passaram a admitir liberdade provisória. Porém a ideia continua, qual seja: o excesso de prazo leva à ilegalidade da prisão cautelar, independentemente de qual seja a infração.”

⁴⁹ “O princípio da proporcionalidade tem especial aplicação no direito processual penal, tal como se dá na disciplina legal da validade da prova.”

Nas palavras de TAVORA⁵⁰ pode-se afirmar que a doutrina minoritária, bem como a jurisprudência minoritária, protegem a aplicação extraordinária do princípio da proporcionalidade contra o acusado, para satisfazer pretensões do movimento da lei e da ordem.

3.24 PRINCÍPIO DA INEXIGIBILIDADE DE AUTO-INCRIMINAÇÃO

O princípio da inexigibilidade de auto-incriminação consagra que ninguém é obrigado a produzir prova contra si, o qual possui ligações intrínsecas com o princípio da presunção de inocência, na medida em que este princípio visa estabelecer uma relação de desigualdade na relação processual penal.

Neste sentido, aponta FRANCISCO DAS NEVES BAPTISTA⁵¹, que interligada ao fato de que ninguém é obrigado a produzir provas contra si, a presunção de inocência aprofunda a desigualdade no processo, facultando ao imputado omitir informações de que se acudirá em sua defesa e forçando a acusação a dar-lhe acesso a tudo quanto pretenda contra ele usar.

⁵⁰ “Pode-se dizer que é minoritário o setor da doutrina e da jurisprudência que defende a aplicação excepcional do princípio da proporcionalidade contra o acusado, para satisfazer pretensões do “movimento da lei e da ordem”.”

⁵¹ “associada ao Nemo tenetur se detegere, a presunção de inocência aprofunda a desigualdade no processo, facultando ao imputado ocultar as informações de que se valerá em sua defesa e compelindo a acusação a dar-lhe acesso a tudo quanto pretenda contra ele usar.”

4. O JUIZ DAS GARANTIAS

O Projeto de Lei nº 156, de 2009, em tramitação no Senado Federal prevê, no seu art. 14 a figura jurídica do Juiz das Garantias. De acordo com o texto, normativo, seria ele o "responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário", neste sentido, a concessão de medidas cautelares como ordens de buscas, interceptações telefônicas e prisões. Cessando sua participação quando concluído o inquérito e oferecida denúncia pela promotoria, oportunidade em que outro magistrado presidirá o processo judicial.

Vê-se, portanto, que o juiz das garantias deteria competência para atuação na fase pré processual, relativamente às medidas investigatórias realizadas pela autoridade policial, sendo certo que sua atuação "cessa com a propositura da ação penal" (art. 15).

Por outro lado, se o juiz acaso praticar ato referente à investigação criminal, estará "impedido de funcionar no processo" criminal, conforme disposição consagrada no art. 16 do referido projeto.

A delimitação da correspondente competência encontra-se fixada no art. 14 do citado projeto de lei, dentre as quais, receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil; receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 553 do Código de Processo Penal; zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença; ser informado da abertura de qualquer inquérito policial; decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar; prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las; decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa; prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pelo delegado de polícia e observado o disposto no parágrafo único do artigo 14 do Projeto de Lei 156/09; determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento; requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação; decidir sobre os pedidos de interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e

telemática ou de outras formas de comunicação, quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico, busca e apreensão domiciliar; acesso a informações sigilosas, outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado; julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia; determinar a realização de exame médico de sanidade mental, nos termos do art. 447, §1º; XIV do Código de Processo Penal; e arquivar o inquérito policial.

As atividades exercidas pelo juiz das garantias dizem respeito ao acompanhamento das diligências e determinações relativas à colheita dos elementos de prova necessários à propositura da ação penal, bem como a observância dos direitos do investigado, à exceção do disposto no inciso VIII, que atualmente é exercido pelo Ministério Público.

A figura do juiz das garantias, contudo, não é pacificamente aceita por parte da doutrina. Nesse sentido, BARROS FILHO⁵² entende que na prática, a referida proposta extinguiria o inquérito policial, presidido pelos delegados de polícia, na medida em que o juiz garantista controlaria as investigações realizadas pela polícia Judiciária e presidiria a instrução criminal.

Data Vênia, acreditamos ser prematuro afirmar acerca da extinção do inquérito policial, haja vista que o projeto de lei, visa apenas a garantir ao acusado lisura durante a condução da fase judicial, no momento em que se cria o Juiz de Garantias, a fim de que o mesmo não atue na fase processual e tão somente na fase inquisitorial.

Contudo, alguns juristas, entendem que a criação deste novo instituto processual, configura um atraso na prestação jurisdicional do Estado. Senão vejamos.

O Projeto, em tese fere o princípio da celeridade processual, na medida em que o Juiz Garantista se ocuparia das decisões de buscas e apreensões, de interceptações, de quebras, durante a investigação, ao passo que posteriormente seriam revistas pelo juiz processual por ocasião da ação penal. Neste sentido, entende-se que instituiria a quinta instância, na qual um juiz de mesma hierarquia funcional passaria a rever, mais uma vez, decisão jurisdicional.

⁵² "na prática, a referida proposta extinguiria o inquérito policial, presidido pelos delegados de polícia, na medida em que o 'juiz de garantias' controlaria as investigações realizadas pelos policiais civis e presidiria a instrução criminal."

O juiz, ao julgar e conceder medidas cautelares, não pode ser considerado como participante da investigação, como se ele conduzisse esta ou a direcionasse. O juiz que analisou os elementos de prova a si trazidos certamente terá condições melhores de processar e julgar, ao final, o processo.

A sua criação teria efeito imediato e os processos em curso nas Varas não mais poderiam ser decididos pelo magistrado que permitiu a deflagração das operações. Afastar-se-ia, de plano, juízes atualmente competentes.

Como mencionado anteriormente, há a especulação acerca da extinção do inquérito policial.

Entretanto, com a entrada em vigor do que se encontra disposto no projeto de lei 156/2009, as eventuais modificações visam purificar o processo de julgamento, na medida em que compatibiliza os direitos e garantias do denunciado com as cautelares investigatórias deferidas pelo magistrado, o qual poderá exercer sua atividade jurisdicional com isenção e imparcialidade total, na medida em que os princípios da Imparcialidade do Juiz e da não-culpabilidade se tornariam pilares mestres quanto ao provimento final da demanda.

Neste sentido, o Juiz que antes, concedia, qualquer cautelar que fosse, estava adstrito àquele julgamento, pelo instituto da prevenção, ao passo que em razão da cautelar concedida, seja ela Prisão Preventiva, Temporária, ou até mesmo Busca e Apreensão, interceptação telefônica e outras existes no nosso ordenamento jurídico, o magistrado já teria feito seu juízo de valor quando da produção probatória pré-processual.

Eis um motivo latente para que se reforce e amadureça a ideia contida no projeto de Lei 156/09 e a coloque em prática, para que se tenha um efetivo Estado Democrático de Direito, com respeito e fiel seguimento dos princípios constitucionais e infraconstitucionais, os quais visam a obtenção de um processo penal justo, com a busca da verdade real.

O projeto de lei 156/2009 representa um avanço no processo penal brasileiro, sendo esta uma oportunidade para equipará-lo ao sistema processual de países de primeiro mundo, haja vista que com toda sua forma, os únicos beneficiados são os indivíduos que estão sob a égide da lei penal, formalizada pelo processo, no instante que todos os princípios atinentes ao direito processual penal, lhes foram respeitados, conferindo-lhes a desigualdade assistida pelo Direito

democrático. para confrontar o poder de punir estatal, que na maioria das vezes produz provas mais contundentes do que o acusado, em virtude de sua grandeza.

Sendo certo, que o magistrado valorando as provas, sem delas participar, torna um julgamento eivado de imparcialidade, como sempre se buscou na seara processual penal. Desta forma a implantação da lei que cria o Juiz das Garantias na legislação pátria, ainda que com as críticas expostas, representa um avanço, na medida em que o Juiz que não participou da investigação, decidindo acerca dos requerimentos demandados na fase pré-processual estará mais apto a proceder um julgamento justo.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho foi realizado através de uma abordagem sobre o Projeto de Lei 156/2009, o qual trata da criação do Juiz Garantista.

Realizou-se um breve estudo sobre as cautelares no processo penal demonstrando que as medidas cautelares de cunho pessoal, trata-se de medidas extremas, que fogem à regra constitucional, na qual se admite o cerceamento da liberdade como, apenas como exceção.

Diante das inovações trazidas pela lei 12.403/11, teceu-se breves comentários acerca das medidas cautelares diversas da prisão, bem como se delineou a ideia do instituto da liberdade provisória.

No que tange as medidas cautelares de natureza patrimonial, foram abordados os institutos do sequestro, arresto e hipoteca legal.

Já com relação às medidas cautelares atinentes à provas, foram escolhidos os institutos da busca e apreensão e interceptação telefônica para ilustrar o tema, já que, ambas tem vínculo direto com a produção probatória majoritariamente na fase pré-processual.

Por fim, falou-se acerca do Juiz das garantias, explicando o que o Projeto de Lei 156/09 propõe trazer de inovação dentro do sistema processual penal, expondo o que seria o Juiz das Garantias, suas atribuições, bem como ponderando pontos que à princípio representaria atrasos quanto às conquistas constitucionais e processuais, mas que no final, demonstra ser uma solução viável, para a efetivação de um Estado democrático de direito, mais justo, efetivo e imparcial

6 BIBLIOGRAFIA

BARROS FILHO, Mário Leite de. DA INCONSTITUCIONALIDADE DO JUIZ DE GARANTIAS. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2049, 9 fev. 2009

BAPTISTA, Francisco das Neves. O MITO DA VERDADE REAL NA DOGMÁTICA DO PROCESSO PENAL. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

BRITO, Edvaldo. LIMITES DA REVISÃO CONSTITUCIONAL. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p.12.

CAPEZ, Fernando. CURSO DE PROCESSO PENAL. 16ª ed. Saraiva. São Paulo. 2009

FERNANDES Antonio Scarance. PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL. 4. Ed. rev., atual. E ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005

GRINOVER, Ada Pellegrini. AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO, NOVAS TENDENCIAS..., p.14-15.

JESUS, Damásio E. DIREITO PENAL. 18. Ed. São Paulo. Saraiva. 1994

LIMA, Marcellus Polastri. A TUTELA CAUTELAR NO PROCESSO PENAL. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.134.

LIMA, Marcellus Polastri. CURSO DE PROCESSO PENAL. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. v. 1-2.

LOPES JUNIOR, Aury. INTRODUÇÃO CRÍTICA AO PROCESSO PENAL (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista). 3ª ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2005.

MAGALHÃES NORONHA, Edgard. CURSO DE DIREITO PROCESSUAL PENAL, 19. Ed., Saraiva, 1981.

MIRABETE, Julio Fabrinni. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL INTERPRETADO. 5. Ed. São Paulo. Atlas. 1997

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. PROCESSO CONSTITUCIONAL: NOVA CONCEPÇÃO DE JURISDIÇÃO. São Paulo: Método.

SARMENTO, George. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO. In: DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: ESTUDOS COMEMORATIVOS AOS SEUS VINTE ANOS. Rosmar Antonni Cavalcanti de Alencar (Org.). Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. p.242-243.

TAVORA, Nestor; RODRIGUES ALENCAR, Rosmar. CURSO DE DIREITO PROCESSUAL PENAL. 3ª ed. Editora Jus Podivm. Salvador. 2009.