

PATRÍCIA VIEIRA DOS
SANTOS FERNANDES

PRISÃO CAUTELAR

À LUZ DO PRINCÍPIO DO
ESTADO DE INOCÊNCIA

PRISÃO CAUTELAR

À LUZ DO PRINCÍPIO DO
ESTADO DE INOCÊNCIA

PATRÍCIA VIEIRA DOS
SANTOS FERNANDES

PRISÃO CAUTELAR

À LUZ DO PRINCÍPIO DO
ESTADO DE INOCÊNCIA



Copyright © 2017, D'Plácido Editora.
Copyright © 2017, Patrícia Vieira dos Santos Fernandes.

Editor Chefe
Plácido Arraes

Produtor Editorial
Tales Leon de Marco

Capa, projeto gráfico
Leticia Robini de Souza
(Sob imagem de Wikimedia Commons)

Diagramação
Bárbara Rodrigues da Silva

Editora D'Plácido
Av. Brasil, 1843, Savassi
Belo Horizonte – MG
Tel.: 31 3261 2801
CEP 30140-007



WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Todos os direitos reservados.
Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida,
por quaisquer meios, sem a autorização prévia
do Grupo D'Plácido.

Catálogo na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica

FERNANDES, Patrícia Vieira Dos Santos

Prisão cautelar: à luz do princípio do estado de inocência -- Belo Horizonte:
Editora D'Plácido, 2017.

Bibliografia
ISBN: 978-85-8425-560-3

1. Direito Penal. 2. Direito Processual. I. Título. II. Autor

CDU343

CDD341.5

GRUPO
D'PLÁCIDO



*
Rodapé



“Existem aqueles que concebem o pobre com a figura do faminto, outros do vagabundo, outros do enfermo; para mim, o mais pobre de todos os pobres é o encarcerado”.

Francesco Carnelutti

*Aos meus pais Zilá e Edmilson – ele in memoriam –,
pelo incondicional amor e carinho.*

Ao meu irmão Fabrício, pelo apoio constante.

Ao meu esposo Genival Júnior, pela compreensão e companheirismo.

Às minhas filhas Isadora e Sofia, simplesmente por existirem!

AGRADECIMENTOS

Agradeço imensamente a Deus por mais esta conquista.

Os meus sinceros e eternos agradecimentos aos meus pais, Zilá e Edmilson, e ao meu querido irmão Fabrício pelo incondicional amor e carinho.

Ao meu esposo Genival Júnior, pela compreensão e pelo amor e companheirismo.

Às minhas filhas, Isadora e Sofia, razões de minha existência.

Aos amigos e familiares que, sem perceberem, contribuíram para a concretização desta obra, em especial, Luciana, Allana Letícia, Marina, Ananda, Zilda e Divina.

Agradeço aos meus mestres do curso de mestrado da UFU, pela dedicação e pelo entusiasmo na sagrada tarefa de ensinar, sobretudo, ao mestre e amigo, Professor Doutor Edihermes Marques Coelho, pela paciência e cujos ensinamentos jamais esquecerei.

Minha eterna gratidão aos meus antigos alunos de direito penal e processo penal das Faculdades de Direito da Universidade Federal, Esamc e Pitágoras, bem como Assistência Judiciária da UFU e Núcleo de Práticas Jurídicas Pitágoras, todos de Uberlândia-MG, que contribuíram para o aprimoramento deste trabalho.

Devoto, ainda, carinhosa homenagem à Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso, instituição de transformação social e instrumento de viabilização do acesso à justiça aos hipossuficientes, notadamente aqueles que tiveram sua liberdade injustamente cerceada, a estes o meu respeito e empenho.

ABREVIATURAS

CF.....	Constituição Federal
CP.....	Código Penal
CPP.....	Código de Processo Penal
HC.....	<i>Habeas Corpus</i>
STF.....	Supremo Tribunal Federal
STJ.....	Superior Tribunal de Justiça
SG.....	Sistema Garantista
CNJ.....	Conselho Nacional de Justiça
art.....	Artigo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
1. O PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA NA DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	21
1.1. O direito fundamental à liberdade pessoal.....	21
1.1.1. Breves apontamentos e evolução histórica dos direitos fundamentais.....	21
1.1.2. Dimensões dos direitos fundamentais.....	33
1.1.3. O direito fundamental à liberdade pessoal: direito de locomoção e direito à segurança individual em matéria penal.....	36
1.2. O princípio constitucional do estado de inocência.....	43
1.2.1. Estado de inocência do acusado: análise de sua natureza tridimensional.....	43
1.2.2. A perspectiva histórica do estado de inocência.....	52
1.2.2.1. Primeiro momento: Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.....	56
1.2.2.2. Segundo momento: Debate nas Escolas Penais Italianas.....	59

1.2.2.3. Terceiro momento: Declaração Universal dos Direitos Humanos.....	64
1.2.2.4. Diplomas legais ratificados pelo Brasil.....	66
1.2.3. O estado de inocência no contexto jurídico-político brasileiro.....	67
1.3. O estado de inocência como garantia jusfundamental à liberdade pessoal e à dignidade da pessoa humana.....	77
1.3.1. O estado de inocência como desdobramento da dignidade da pessoa humana.....	77
2. A PRISÃO CAUTELAR NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	85
2.1. A prisão como limitação ao direito fundamental à liberdade pessoal.....	85
2.1.1. A evolução histórica da prisão e seu verdadeiro significado para o direito contemporâneo.....	85
2.2. Os pressupostos da cautelaridade processual penal.....	90
2.2.1. (In) existência do processo penal cautelar.....	90
2.2.2. As medidas cautelares processuais penais e os pressupostos <i>fumus commissi</i> <i>delicti</i> e <i>periculum in libertatis</i>	92
2.3. Espécies de prisão cautelar.....	95
2.3.1. Prisão em flagrante delito.....	96
2.3.1.1. A natureza pré-cautelar do flagrante e os polêmicos flagrantes impróprio e presumido.....	96
2.3.1.2. Flagrantes especiais.....	110
2.3.2. Prisão temporária.....	125

2.3.3. Prisão preventiva.....	132
2.3.3.1. A competência para a decretação da prisão preventiva.....	134
2.3.3.2. Dos requisitos fundamentadores da prisão preventiva.....	137
2.3.3.3. Das hipóteses de cabimento da prisão preventiva.....	171

3. NOVOS PARADIGMAS DA PRISÃO CAUTELAR À LUZ DO PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA179

3.1. A prisão como ultima ratio: uma solução à luz do garantismo penal.....	180
3.1.1. As políticas criminais não punitivistas.....	180
3.1.2. O garantismo penal de Ferrajoli e as técnicas de minimização do poder punitivo estatal.....	186
3.1.3. O verdadeiro significado do garantismo penal	195
3.1.4. O princípio do estado de inocência como expressão do garantismo penal	199
3.1.5. A (i)legitimidade das prisões cautelares à luz do princípio do estado de inocência.....	203
3.2. As audiências de custódia como instrumento de humanização da prisão cautelar.....	226
3.2.1. Entendendo as audiências de custódia.....	226
3.2.2. As audiências de custódia e a cultura do superencarceramento.....	229
3.3. As medidas cautelares diversas da prisão: uma nova perspectiva processual penal em prol do princípio do estado de inocência.....	235

3.3.1. A importância das medidas cautelares diversas da prisão no ordenamento jurídico brasileiro.....	235
3.3.2. Aspectos polêmicos das medidas cautelares diversas da prisão	239
CONCLUSÃO.....	251
REFERÊNCIAS.....	257

INTRODUÇÃO

A prisão no Brasil sempre foi um instituto muito complexo e divergente no contexto jurídico doutrinário e jurisprudencial. Muitos a defendem como um mal necessário, outros a criticam sob o argumento de que não é capaz de ressocializar tampouco reeducar o preso para o futuro convívio deste em sociedade.

Essa visão da prisão ainda se torna mais negativa quando se está diante das prisões cautelares, como sendo aquelas que expressam o poder punitivo estatal, na medida em que são decretadas no meio do processo ou até mesmo antes deste se iniciar sob o falso argumento de assegurar a impunidade. Essa visão se dá por conta do princípio constitucional do estado de inocência, que representa uma garantia constitucional do acusado em ser tratado como inocente em um inquérito ou processo criminal, e não como culpado, tendo em vista que a culpa não se presume e só pode advir de uma sentença penal condenatória com trânsito em julgado.

As prisões cautelares que deveriam obedecer ao critério da excepcionalidade são, infelizmente, cada vez mais utilizadas pelo Poder Judiciário de forma desarrazoada e sem fundamentação idônea e suficiente, sobretudo em se tratando de prisão preventiva. Isso por si só se torna um paradoxo, tendo em vista que é flagrantemente desrespeitado o princípio constitucional do estado de inocência,

corolário do direito fundamental à liberdade pessoal que deve nortear toda persecução penal.

No contexto dos direitos e garantias fundamentais referido princípio expressa, por sua vez, o modelo de garantismo penal de Luigi Ferrajoli, na medida em que este tem por escopo buscar a maximização dos direitos e garantias fundamentais e a minimização do direito punitivo estatal.

Em razão disso surge a seguinte indagação: Será possível compatibilizar o princípio do estado de inocência com a aplicação das prisões cautelares? Dito de outro modo, estas se revelam legítimas quando decretadas pelo magistrado frente ao estado de inocência na visão do garantismo penal? O que a doutrina e a jurisprudência pátrias atuais pensam a respeito? Quais seriam as propostas de substituição das prisões cautelares no Estado Democrático de Direito?

Partindo dessa problemática, é preciso investigar a legitimidade das prisões cautelares à luz do princípio constitucional do estado de inocência, bem como estudar as possibilidades da utilização das medidas cautelares diversas da prisão, quando estritamente necessárias e adequadas ao caso concreto, em substituição às prisões cautelares, e, ainda, efetivar as audiências de custódia no país.

Para o enfrentamento da problemática exposta, o presente estudo foi dividido em quatro partes, visando possibilitar a compreensão do tema.

No primeiro capítulo, buscar-se-á compreender a sistemática dos direitos e garantias fundamentais, bem como sua importância no ordenamento jurídico brasileiro, dando destaque ao direito à liberdade pessoal e ao princípio do estado de inocência.

Em seguida, será dada uma especial atenção no segundo capítulo ao instituto jurídico das prisões cautelares, notadamente sobre a prisão em flagrante, a temporária e a preventiva.

No terceiro capítulo, o objetivo será apresentar os novos paradigmas da prisão cautelar, verificando a questão da legitimidade das prisões cautelares à luz do princípio do estado de inocência, levando-se em consideração a perspectiva do garantismo penal, das audiências de custódia e das medidas cautelares diversas da prisão.

Mostrar-se-á já em nível de conclusão que as medidas cautelares diversas da prisão, bem como as audiências de custódia, dentre outras medidas, são propostas razoáveis e sensatas para diminuir o número de presos provisórios no país e, efetivamente, concretizar o princípio constitucional do estado de inocência.

Q. PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA NA DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para analisar o princípio do estado de inocência na dogmática dos direitos fundamentais, faz-se necessário num primeiro momento, discorrer sobre o conceito e a natureza jurídica dos direitos fundamentais, com destaque para o direito à liberdade pessoal e seus desdobramentos no contexto do princípio do estado de inocência como garantia jusfundamental.

Para tanto, serão feitos breves apontamentos sobre a evolução histórica e as dimensões dos direitos fundamentais, notadamente sobre o direito fundamental à liberdade pessoal. Em seguida analisar-se-á o princípio constitucional do estado de inocência para, finalmente associá-lo como uma expressão jusfundamental à liberdade pessoal e à dignidade da pessoa humana.

1.1. O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE PESSOAL

1.1.1. Breves apontamentos e evolução histórica dos direitos fundamentais

Direitos fundamentais dizem respeito ao conjunto de normas destinadas aos seres humanos necessários ao convívio em sociedade. Normalmente são positivadas de

forma explícita¹, espalhada² ou implícita³ nas Constituições Estaduais e Federais. Dizem-se fundamentais em razão de serem imprescindíveis, essenciais, à convivência harmônica e igualitária entre os indivíduos. Sem esses direitos não há vida possível, pois se revelam como condições mínimas de sobrevivência digna entre as pessoas.

A compreensão dessa fundamentalidade é necessária no estudo dos direitos fundamentais, segundo ALEXY(2006, p. 39), tendo em vista que encontra respaldo na supremacia normativa desses direitos em relação a outras espécies normativas. Dessa maneira, a fundamentalidade se estabelece a partir de dois pilares, segundo aquele autor: “em sentido material, ligada à relevância, ao conteúdo e aos valores subjacentes dos direitos; e em sentido formal, relacionada às garantias que a própria constituição formal já estabelece”.

Os direitos fundamentais são caracterizados pela historicidade, em razão de ser fruto das várias revoluções mundiais que existiram, de acordo com cada época histórica, bem como a construção diária do ensino jurídico.

¹ A exemplo do art. 5º, inciso LVII da CF/88: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

² O direito ao meio ambiente equilibrado (art. 225 da CF/88) e a irretroatividade tributária (art. 150, CF/88) são exemplos de direitos fundamentais existentes fora do rol do artigo 5º da Constituição, portanto, espalhados no texto constitucional.

³ Para Ingo W. Sarlet são direitos fundamentais que já estão subentendidos na constituição. Eles existem e estão implícitos nos direitos fundamentais expressos a exemplo da liberdade contratual que não está positivada como tal, mas está implícita no direito geral de liberdade, uma vez que faz parte do âmbito das nossas liberdades gerais (SARLET, 1998, p. 12).

Do mesmo modo, podem ser caracterizados como inalienáveis e irrenunciáveis, na medida em que não podem ser transferidos ou renunciados a terceiros pessoas, bem como imprescritíveis. Alguns doutrinadores⁴ os definem como absolutos, embora isso seja impensável tendo em vista o possível conflito que pode advir de dois direitos fundamentais aplicáveis em um determinado caso. Se fossem absolutos, o caso concreto não seria julgado e definido pelo Poder Judiciário, dado o caráter de absolutividade desses direitos.

Segundo NUCCI (2016, p.27) até mesmo o direito a vedação à tortura poderá ser, no caso concreto, relativizada. Basta imaginar, segundo o referido doutrinador a situação de “um pai, desesperado, que tortura o sequestrador de seu filho em busca do seu paradeiro. Pode ser absolvido por estado de necessidade”.

Mas então, o que seriam absolutos? O que se poderia pensar nesse sentido seriam as cláusulas pétreas, previstas no artigo 60, § 4º da Constituição Brasileira, mas ainda assim muito longe do caráter absoluto, vez que admitem emendas constitucionais que incluam novos direitos petrificados além do rol aparentemente taxativo⁵ previsto nesse dispositivo.

Em razão disso, inadmissível o caráter da absolutividade dos direitos fundamentais, conforme preceitua BESTER (2005, p. 602), ao sustentar a impossibilidade da existência do atributo da absolutividade nos direitos fundamentais, uma vez que eles são historicamente relativos, logo “se fossem absolutos, isso impediria o surgimento de outros

⁴ A exemplo de Pontes de Miranda.

⁵ O rol do parágrafo 4º do artigo 60 da Constituição Federal de 1988 não pode ser considerado taxativo, pois a doutrina e a jurisprudência brasileiras admitem a inclusão de outros direitos decorrentes do regime democrático, além de direitos oriundos de Tratados Internacionais, dos quais o Brasil seja parte.

direitos que eventualmente fossem contrapostos aos já existentes em suas formas absolutas”.

No que tange à titularidade desses direitos, o ordenamento jurídico brasileiro determina expressamente que são eles destinados tão-somente aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país. Ora, tal posicionamento não se coaduna com o princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista que a doutrina e a jurisprudência dominantes do Supremo Tribunal Federal incluem entre os destinatários quaisquer estrangeiros ainda que não residentes no Brasil. Assim uma pessoa estrangeira que esteja a passeio de curta duração no país e, porventura, tenha seu direito de locomoção cerceado equivocadamente, poderá se valer de todos os mecanismos de defesa previstos na Constituição Federal de 1988, a exemplo do “Habeas Corpus”, para repelir violação na sua liberdade de locomoção, uma vez que milita em seu favor a vedação de prisão ilegal, bem como o estado de inocência até sentença penal irrecorrível.

A doutrina⁶ e a jurisprudência muitas vezes se valem de terminologias referentes aos direitos fundamentais como sinônimas destes, a exemplo dos direitos humanos e dos direitos públicos. A esse respeito, FERRAJOLI (2009, p. 287 e 291) considera necessária uma distinção entre os vários significados associados com a expressão “direitos fundamentais”, que muitas vezes são entendidos como sinônimos, tais como direitos humanos, direitos públicos, direitos constitucionais, direitos personalíssimos, direitos morais ou direitos de cidadania:

Gran parte de los problemas y divergencias que, con frecuencia, surgen a propósito de los derechos fundamentales, y que han surgido

⁶ A exemplo do doutrinador brasileiro Sérgio Resende de Barros (2012, p. 25).

también con ocasión de nuestro debate, depende de la diversidad de enfoques – teóricos o filosóficos, descriptivos o prescriptivos – y de las disciplinas (jurídicas, éticas, sociológicas o historiográficas) que se ocupan de ellos. De ahí la variedad de significados asociados a la expresión derechos fundamentales (o humanos, públicos, constitucionales, personalísimos, Morales o de ciudadanía, según los léxicos de las distintas disciplinas) (...).⁷

Para ele direitos fundamentais são, em verdade, direitos subjetivos reconhecidos universalmente por uma norma⁸:

Según la definición que proponho, son derechos fundamentales aquellos derechos subjetivos que las normas de un determinado ordenamento jurídico atribuyen universalmente a todos en tanto personas, ciudadanos y/o personas capaces de obrar.

Embora pareçam sinônimos, não o são, pois não obstante estejam no mesmo contexto, se referem a conteúdos diferentes, cujo mais importante critério de distinção tem sido o plano de positivação. Direitos humanos, portanto,

⁷ Obra citada. Tradução: “Grande parte dos problemas e divergências que surgem com frequência a respeito dos direitos fundamentais e que tem surgido também em ocasião de nosso debate, depende da diversidade de enfoques – teóricos ou filosóficos, descriptivos ou prescriptivos – e das disciplinas (jurídicas, éticas, sociológicas ou historiográficas) que se ocupam deles. Daí a variedade de significados associados a expressão direitos fundamentais (ou humanos, públicos, constitucionais, personalísimos, morais ou de cidadania), segundo o dicionário das distintas disciplinas).”

⁸ Obra citada. Tradução: “Segundo a definição que proponho, são direitos fundamentais aqueles direitos subjetivos que as normas de um determinado ordenamento jurídico atribuem universalmente a todos enquanto pessoas cidadãos e/ou pessoas capazes de agir.”

dizem respeito ao gênero, inseridos num contexto normativo externo e geralmente associados a normas de direito internacional, já os direitos fundamentais são condizentes com normas de direito constitucional, aplicáveis ao ordenamento jurídico interno. Assim os direitos humanos são direitos reconhecidos e positivados pela ordem jurídica internacional, ao passo que os direitos fundamentais constituem direitos positivados na ordem jurídica constitucional, ou seja, valem no âmbito territorial do país em cuja constituição foram criados.

NUCCI (2016, p.09), ao diferenciar direitos humanos e direitos fundamentais, opta por uma visão mais abrangente, se referindo à terminologia dos direitos humanos como “os direitos universais do ser humano, reconhecidos como tais nacional e internacionalmente, v.g., o direito à liberdade)”. Assim, segundo este renomado doutrinador, os direitos humanos podem estar presentes em tratados e convenções internacionais, assim como na própria Constituição Federal.

Por sua vez, SARLET (2007, p. 91) defende a terminologia “direitos fundamentais” em detrimento de “direitos humanos”, uma vez que do ponto de vista da fundamentalidade material, isto é, de conteúdo e relevância, os direitos humanos também seriam considerados em sua essência fundamentais. No entanto, aqueles ainda se diferem destes porque não compartilham da eficácia e da aplicabilidade imediata das garantias constitucionais de que gozam os direitos fundamentais, conforme artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição Brasileira.

Na tentativa de construir diversas vertentes para as expressões direitos humanos e direitos fundamentais, simples e pertinente é a definição de RAMOS (2013, p.32) ao dizer que direitos humanos nada mais são que “um conjunto de direitos necessários para assegurar uma vida do ser humano baseada na liberdade, igualdade e na dignidade”.

A expressão “direito público”, a seu turno, refere-se a um ramo determinado do direito, logo os direitos fundamentais são classificados também como direito público e, ainda, concernentes em seu conteúdo a direitos morais e de cidadania em alguns aspectos.

A formação dos direitos fundamentais teve várias influências históricas, sociológicas, políticas, filosóficas e religiosas. Dentre estas, convém ressaltar o movimento do cristianismo, o Jusnaturalismo, as ideias marxistas, as teorias sociais da igreja e mais tarde o Manifesto do Partido Comunista capitaneado por Karl Marx.

A positivação dos direitos fundamentais é relativamente recente, pois constituiu uma gama de diferentes direitos conquistados de acordo com cada época vivida na história evolutiva da humanidade. Foi na idade média que surgiram os primeiros escritos de direitos fundamentais com o escopo de limitar o poder do monarca em determinado reino. Logo após, emergiram os pactos e as cartas de forais entre os séculos XII e XVI, responsáveis por estabelecer e assegurar condições de fixação de propriedade, concessão de liberdades e privilégios aos seus habitantes, de direitos de proteção e de prosperidade para a comunidade, notadamente feudal, bem como os estatutos assecutorários de direitos fundamentais na Inglaterra. À guisa de esclarecimento, SILVA (2000, p. 155) dispõe que:

Os pactos, os forais e as cartas de franquias constituíam outorgantes de proteção de direitos reflexivamente individuais, embora diretamente grupais, estamentais, dentre os quais mencionam-se, por primeiro, os espanhóis: de León e Castela de 1188, pelo qual o Rei Afonso IX jurava sustentar a justiça e a paz do reino, articulando-se, em preceitos concretos, as garantias dos mais importantes direitos das pessoas, como a segurança, o domicílio, a propriedade, a atuação em juízo,

A

prisão no Brasil sempre foi um instituto muito complexo e divergente no contexto jurídico doutrinário e jurisprudencial. Muitos a defendem como um mal necessário, outros a criticam sob o argumento de que não é capaz de ressocializar tampouco reeducar o preso para o futuro convívio deste em sociedade.

Essa visão da prisão ainda se torna mais negativa quando se está diante das prisões cautelares, como sendo aquelas que expressam o poder punitivo estatal, na medida em que são decretadas no meio do processo ou até mesmo antes deste se iniciar sob o falso argumento de assegurar a impunidade. Essa visão se dá por conta do princípio constitucional do estado de inocência, que representa uma garantia constitucional do acusado em ser tratado como inocente em um inquérito ou processo criminal, e não como culpado, tendo em vista que a culpa não se presume e só pode advir de uma sentença penal condenatória com trânsito em julgado.



ISBN 978-85-8425-560-3



9 788584 255603