O PROCESSO PENAL CAUTELAR

Revista de Processo | vol. 2/1976 | p. 220 - 229 | Abr - Jun / 1976
Doutrinas Essenciais Processo Penal | vol. 2 | p. 435 - 447 | Jun / 2012
DTR\1976\20

Romeu Pires de Campos Barros
Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás. Desembargador do Tribunal de Justiça de Goiás.

Área do Direito: Penal; Processual
Sumário:

I - Conceito de Processo Penal cautelar

1. A tutela jurídica que se invoca através do processo, tendo em vista o pedido do autor, poderá ser de conhecimento, cautelar e executória. Daí a existência de um tipo de processo para cada uma dessas espécies de prestação jurisdicional, levando a doutrina a sistematizar a matéria com essa divisão tripartida do processo. É certo que a existência de um processo cautelar, não é pacífica, encontrando até opositores, os quais procuram situar as providências desse gênero no campo do procedimento incidental, não reconhecendo a sua autonomia estrutural. [1] Todavia, em nosso direito, o assunto não se apresenta controvertido, sendo essa classificação adotada por eminentes cultores da matéria. [2]

2. A tutela cautelar penal apresenta algumas dificuldades na sua conceituação, não só porque ela incide no campo dos direitos fundamentais do homem, como devido a circunstância de se tratar de uma tutela jurídica que tem a característica da *urgência e da provisoriedade*. Séculos de estudos se passaram, sempre e sempre, com a consciência jurídica dos cultores do direito voltadas para o penetrante tema da regulamentação da liberdade individual, em contraste com o poder do Estado para manter a ordem jurídica. Disso resulta que, a tutela da sociedade mediante o direito, efetiva-se através dos mais variados meios. Estes num regime onde os direitos fundamentais são predispostos na mais elevada escala de valores, devem também primar pela precisão técnica, com o objetivo de tornar certa a tutela penal dos bens jurídicos que lhe são pertinentes. Ora, tendo o Código Penal (LGL\1940\2), nessa escala de valores, colocado o direito à vida, como um bem de suma relevância, prescreveu-lhe a sanção de elevada pena de reclusão. Disso se segue que, quem matar deve ser punido com a pena de reclusão de 6 a 20 anos (art. 121, do CP (LGL\1940\2)). Não obstante, ocorrido o fato, que se propaga rapidamente no seio da sociedade, devido aos modernos meios de comunicação, até que o Estado através de seus órgãos, consiga transformar o homicida em um recluso, vai um lapso de tempo considerável, tornando insegura, e de pouco efeito intimidativo a pena imposta e, muitas vezes, até ineficaz a punição.

Esta realística situação demonstra que o processo penal, no qual se concretiza a realidade fática desse acontecimento, sendo a única forma prevista em lei para a imposição da pena representa antes de tudo uma luta contra o tempo. O ideal seria que a pena se impusesse logo em seguida ao crime. Não obstante, o acusado como pessoa humana, tem o direito a ampla defesa (Constituição Federal (LGL\1988\3), art. 153, §§ 12, 15 e 16). Desta inarredável situação, resultante da impossibilidade de se fazer com rapidez e segurança jurídica o processo de conhecimento condenatório, é que surge o processo cautelar, que tem como pressupostos a *urgência e a provisoriedade*. Assim, ao invés de ser o indiciado em crime de homicídio condenado de plano, contra este se decreta a prisão preventiva, antecipando os efeitos da condenação definitiva, e evitando-se que ele dificulte a instrução; ausente-se do foro do delito, tornando ilusória a execução da pena, ou crie qualquer obstáculo à descoberta da verdade real.

Por isso o processo cautelar é uma tutela jurídica imediata, visando assegurar o resultado final do processo principal, tendo por característica a sua provisoriedade, uma vez que vigora apenas enquanto não vem a tutela definitiva. Mas já aqui surge aquela realística situação resultante do processo penal, que é o único instrumento de que dispõe o Estado para aplicar o preceito sancionador da norma penal incriminadora: a dialética entre o individual e o social.

Se é certo que o homicida deve transformar-se, por via desse instrumento, num recluso, menos certo não é que trata-se de julgar um homem, cuja conduta apesar de abominável, na aparência, não se tem a certeza se foi típica, antijurídica e culpável. Daí a necessidade também de uma apreciação superficial da *possibilidade* dessa ocorrência. Esta a razão de se exigir para a imposição da medida cautelar um fumus bonis juris, ou seja, "a fumaça do bom direito".

Não basta, pois, a simples imputação do fato, impõe-se, em exame sumário, a verificação da *existência do crime e indícios suficientes da autoria* (art. 311, do CPP (LGL\1941\8)).

Ainda assim, cumpre se examine a possibilidade de resultar perigo de insatisfação do direito, ou da sua satisfação tardia importar em prejuízo. Esta condição, funcionando como o limite para admissibilidade da providência cautelar, é a que se expressa pela locução latina: *periculun in mora*.

Portanto, a tutela cautelar penal, que motivou a criação de um terceiro gênero de processo, com essa denominação, somente poderá ser invocada quando houver *urgência* e necessidade, desde que haja possibilidade de que a tutela definitiva venha a ser concedida.

II - Das diversas modalidades de cautelas

3. A tutela cautelar constitui um gênero da tutela jurídica, sendo que também nos outros ramos do direito ela se apresenta com as mesmas características de *urgência* e provisoriedade. Assim acontece no penhor legal (CC, arts. 776 a 780), em que os hospedeiros, estalajadeiros, fornecedores de pousada ou alimento, ou ainda o dono do prédio rústico ou urbano, que podem tornar efetivo o penhor, apreendendo, eles próprios os bens pertencentes aos seus devedores para, em ato posterior, requerer em juízo a homologação dessa providência cautelar.

Qual a diferença entre essa providência e a prisão em flagrante, sendo que nesta depois de lavrado o auto, com as formalidades legais, deverá a autoridade comunicar o fato ao juiz competente?

Ambas as providências se revestem do aspecto formal de uma autocautela, que para se tornar efetiva é sucedida de uma verdadeira cognição cautelar por parte da autoridade judiciária.

4. Também no campo do processo civil diversas são as medidas cautelares previstas nos arts. 798 e 813 a 888, do CPC (LGL\1973\5) de 1973, sendo de se acentuar que algumas delas, tais como o arresto, o seqüestro e a hipoteca legal, embora com finalidades diversas, surgem também regulamentadas no processo penal.

5. Diante disso, imprescindível se torna a especificação e a divisão das medidas cautelares no processo penal, no objetivo de serem estudados a norma cautelar, a relação cautelar, o procedimento e as medidas específicas.

A mais importante divisão assinalada pela doutrina é aquela que atendendo à finalidade da medida cautelar estabelece: a) cautelas conservativas; b) cautelas preventivas.

As primeiras visam assegurar às pessoas e coisas a fim de que a situação existente ao tempo do crime, não se modifique durante o desenvolvimento do processo principal. Todavia, muitas dessas medidas podem também resultar na antecipação da providência final. É o que acontece com a prisão preventiva. Prende-se o acusado para que dele se possa dispor como prova no curso do processo; para evitar que crie obstáculos na comprovação do fato; mas, isso também importa na antecipação da pena de prisão que venha a lhe ser imposta na sentença penal.

No entanto, nesse grupo, visando conservar para fins exclusivamente do processo, as pessoas e coisas, podem ser agrupadas, como cautelas conservativas:

a) o arresto dos bens adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração (art. 125 do CPP (LGL\1941\8));

b) o seqüestro dos bens móveis (art. 132 do CPP (LGL\1941\8));

c) a hipoteca legal sobre os imóveis do indiciado (art. 134 do CPP (LGL\1941\8));

d) a liberdade provisória (arts. 310 e 350 do CPP (LGL\1941\8));

e) a fiança (arts. 321, 323 e 324 do CPP (LGL\1941\8)).

Já como cautela preventiva, por importarem na antecipação da providência definitiva, encontram-se as seguintes:

a) prisão provisória, que poderá resultar:

1) do flagrante (art. 302, ns. I a IV, do CPP (LGL\1941\8));

2) prisão preventiva em sentido estrito (arts. 311 a 316, do CPP (LGL\1941\8));

3) prisão em virtude de sentença de pronúncia (art. 408, § 1.º, do CPP (LGL\1941\8));

b) aplicação provisória de medidas de segurança e interdições de direito (arts. 373 a 380, do CPP (LGL\1941\8));

c) a produção de prova *ad perpetuam rei memoriam* (art. 225, do CPP (LGL\1941\8)).

6. Embora a divisão das cautelas em conservativas e preventivas seja adotada com mais freqüência pela doutrina, [3] poderão também tais medidas serem agrupadas tendo em vista os bens jurídicos por elas atingidos. Neste sentido teremos as cautelas de natureza pessoal quando a medida recai sobre a pessoa, e as de natureza real quando incidam sobre coisas que interessam ao processo. Ainda levando em conta o momento processual em que se realiza a medida, muitas vezes antecedendo a própria formação da relação processual, costuma a doutrina emprestar-lhe a denominação de precautela ou cautela de primeiro e segundo grau. Tal ocorre com a prisão em flagrante, em relação às cautelas de natureza pessoal, uma vez que depois de efetuada deve ser comunicada à autoridade judiciária competente (Constituição Federal (LGL\1988\3), art. 153, § 12, última parte), rendendo ensejo a uma verdadeira cognição cautelar, por isso que essa autoridade deverá relaxar a prisão, se esta não for legal. O mesmo ocorre com a apreensão de coisas pela polícia judiciária (art. 6.º, n. II, do CPP (LGL\1941\8)), providência esta que também pode ser examinada, em momento posterior pelo juiz competente, atento ao procedimento previsto no art. 120 e seus §§ do CPP (LGL\1941\8).

III - Evolução do processo cautelar em nosso direito

7. A tutela cautelar penal de natureza pessoal, que tem como medida de maior realce a prisão preventiva, importando numa forma de privação da liberdade individual, antes de se saber se o indiciado é inocente ou culpado, atentando contra o *status libertatis* e status dignitatis do indivíduo, é medida intimamente ligada ao sistema jurídico constitucional vigorante, sofrendo as influências da ordem política adotada. Disso resultou a sua variação na história do processo penal, tendo em vista o ideal político dominante. Embora na antigüidade clássica tivesse a prisão preventiva apenas finalidade assegurativa, e não a da antecipação da pena, visto que a prisão como meio de sanção penal, somente muitos séculos depois é que veio a ser adotada, naquela época ela tinha exclusivamente por finalidade evitar que o indiciado fugisse tornando ilusória a repressão penal. Isso é atestado pelo célebre pronunciamento de Ulpiano quando insurgiu-se contra os abusos das prisões decretadas pelos prefeitos, e insistindo na inconveniência dessa prática, fez ver que a prisão era mero recurso de detenção e nunca pena ou repreensão: "Carcer ad continendos homines non ad puniendos haberi debit."

8. Na antigüidade clássica a prisão embora tivesse por finalidade fazer atuar a pena definitiva, para a sua efetivação sempre se exigia a evidência do fato, tanto assim que já entre os visigodos a captura era conseqüência da notoriedade do crime. Não obstante, com o advento da Idade Média e a introdução do processo inquisitório, ampliando o poder do magistrado com relação à pessoa do acusado, a prisão preventiva apresentou-se como forma indispensável para imposição da tortura.

Era a época das ordálias, também chamados *julgamentos ou juízos de Deus*. [4]

Se no direito romano a confissão do réu, tornando certa a autoria do crime, é que justificava a sua prisão, na Idade Média, ao contrário, essa prisão era operação preliminar, indispensável ao fim de se submeter o acusado à tortura e dele se obter a confissão. O processo não tinha então a função de julgar alguém, mas sim a de fazer com que o acusado se penitenciasse, e se julgasse a si mesmo!

9. A Idade Média, mancha negra na história da humanidade, como se sabe, marcou a época do

absolutismo do Estado. É que o poderio dos monarcas confundindo a pessoa do governante com a do próprio Estado, nem mesmo os direitos fundamentais do homem, mereciam qualquer referência ou atenção da parte do despotismo reinante.

Estavam as coisas da justiça entregue ao praxismo da célebre época dos chamados "práticos medievais", e por influência das idéias políticas vigorantes, tinha-se a medida cautelar como verdadeira função penitencial, partindo-se do pressuposto de que o sujeito passivo da cautela já era culpado, surgindo a confusão entre *potestas coercendi* e a potestas puniendi, emergindo disso a figura ambígua do imputado-réu.

A essa fase sobreveio o glorioso século XVIII, onde a filosofia dos grandes pensadores da época, conseguiu lançar as bases de um estado liberal, que culminou com a Revolução Francesa. Essa a razão por que as idéias de Rousseau, Voltaire e Montesquieu, tiveram a denominação de movimento iluminista francês. É que às sombras da Idade Média, formada de sangue e sofrimento, sobrevieram as luzes das idéias desses sábios, clareando as mentalidades dirigentes.

Ao dealbar dessas idéias que revolucionaram o mundo, operando radical transformação no tratamento das liberdades individuais, um contemporâneo daqueles pensadores, embora de nobre estirpe, ligou-se à história da evolução da ciência jurídica. Foi então que Césare Bonesanna, o Marquês de Beccaria, influenciado pela filosofia da época, e condoído da sorte daqueles que se enredavam nas malhas da justiça, escreveu o famoso opúsculo: *Dos delitos e das penas*, de onde consta esta expressão, até hoje pouco compreendida: "A prisão não deveria deixar nenhuma nota de infâmia sobre o acusado cuja inocência foi juridicamente reconhecida. Entre os romanos, quantos cidadãos não vemos, acusados anteriormente de crimes hediondos, mas em seguida reconhecidos inocentes, receberam da veneração do povo os primeiros cargos do Estado? Por que é tão diferente, em nossos dias, a sorte de um inocente preso?" [5]

Por essa razão é que o clarão libertário da Revolução Francesa veio a estabelecer, em consonância com os ideais reinantes, a 3 de novembro de 1789, a célebre Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que no seu art. 9.º, assentou à seguinte princípio:

"Todo homem sendo presumido inocente até que seja declarado culpado, se for decidido que é indispensável prendê-lo, todo rigor que não seja necessário para a segurança de sua pessoa deve ser severamente reprimido pela lei."

Estava assim estabelecido, no concerto das nações civilizadas, o respeito à personalidade humana dentro do processo. Desse princípio resultou a norma inserta na Constituição Imperial de 1824, que em seu art. 179, §§ 8 e 10, dispunha: "Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados em lei. A exceção do flagrante delito, a prisão não pode ser executada se não por ordem escrita da autoridade legítima. Se esta for arbitrária, o juiz que a deu, e quem a tiver requerido, serão punidos com as penas que a lei determinar."

11. Diante dessa ordem constitucional, a nossa legislação processual do tempo colonial, condensada nas Ordenações Filipinas, veio a ser substituída, em 1832, pelo Código de Processo Criminal do Império, marco indelével na história do nosso processo penal. Este dispunha em seu art. 175: "Poderão também ser presos sem culpa formada os que forem indiciados em crimes, em que não tem lugar a fiança; porém, nestes, e em todos os mais casos, à exceção do flagrante delito, a prisão não pode ser executada, senão por ordem escrita da autoridade legítima."

12. Nesse escorço histórico, atinente ao instituto da prisão preventiva, adquire-se a certeza de que a medida foi sempre facultativa e utilizada para atender os fins do processo, jamais tendo sido lembrada, nem mesmo nas discussões parlamentares ou na doutrina dos praxistas reinícolas, como uma obrigação ao órgão judicante, atendendo à presunção de sua *necessidade e conveniência*.

13. Embora mantidos os mandamentos constitucionais, com ligeiras modificações, nas Cartas Republicanas de 1891, 1934 e 1937, com o advento do atual Código do Processo Penal, a 3 de outubro de 1941, o seu art. 312 dispunha: "A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada a pena de reclusão, por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos."

Estava implantada em nosso direito a prisão preventiva compulsória ou obrigatória, impossibilitando ao juiz examinar a necessidade da decretação dessa medida cautelar.

Conseqüência do chamado Estado Novo a que se atribuiu as cores de um fascismo indígena, implantado com a Carta Política de 1937, ou fruto da imprevisão dos legisladores de então, como querem outros, [6] o certo é que por força desse preceito, durante muitos anos, não tiveram os nossos juízes a faculdade de deliberar sobre a necessidade da prisão preventiva. Mesmo com a normalização democrática resultante da Constituição de 1946, num regime constitucional em que o povo influía diretamente na formação dos poderes do Estado, essa drástica medida continuou vigorando...

14. Em 1957, quando disputávamos a Cátedra de Direito Judiciário Penal, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás, procuramos trazer o problema para o campo da observação dos doutos, apresentando uma tese denominada: " *Da Prisão Preventiva Compulsória*", e nela foram estabelecidas as seguintes conclusões:

a) que se estabeleça mais justo equilíbrio entre a atividade persecutória do Estado e a liberdade do acusado;

b) que, ainda não admitido, em toda extensão, o princípio da presunção de inocência do acusado, tal fato nunca poderá redundar numa presunção de culpabilidade;

c) que, sendo inadmissível uma presunção de culpabilidade, muito menos se poderá aceitar a *presunção de responsabilidade cautelar*;

d) que, atentos aos princípios informativos de nosso Código Penal (LGL\1940\2), notadamente no tocante à individualização da pena, e representando a prisão preventiva, do lado estrutural, uma antecipação daquela, não poderá essa medida ser aplicada, somente em consideração à qualidade e quantidade da pena, abstratamente considerada;

e) que, assentada a natureza cautelar da prisão preventiva, o risco que ela representa e a dificuldade da previsão, atinente ao resultado do processo, o exame de sua conveniência e necessidade, em cada caso concreto, é o critério mais seguro para a distribuição desse risco, entre o indivíduo e o Estado;

f) que, considerando o completo repúdio da doutrina dominante à obrigatoriedade da prisão preventiva, a sua falta de amparo na tradição de nosso direito, e a forma pela qual neste foi introduzido o instituto, se impõe, quanto antes, uma reforma em nosso estatuto processual, devendo dele desaparecer a drástica disposição do art. 312. Tal solução, sobre atender aos princípios doutrinários concernentes ao assunto, vem ao encontro da solução humanitária e respeitosa da liberdade individual, exigida, expressamente, em nosso estatuto fundamental". [7]

15. Os princípios aí expostos menos pela forma que foram desenvolvidos, e mais pelos seus próprios conteúdos, tiveram generosa acolhida na opinião de grandes mestres da matéria, suscitando o seu desenvolvimento estudos especializados até na grande imprensa do país. Disso resultou, o que podemos denominar, a "lei áurea" na história da persecução penal, em nosso direito.

É que, a Lei n. 5.349, de 3.11.67, dando nova redação ao Cap. III, tít. IX, do CPP (LGL\1941\8), baniu de nosso direito a prisão preventiva compulsória.

Superou-se, assim, a primeira etapa no tortuoso caminho que demarca a posição subjetiva do acusado frente ao poder estatal de impor a ordem jurídica, no campo do nosso direito positivo.

Não ficaram nessas providências a tendência liberalizante do legislador brasileiro. A recente Lei n. 5.941, de 22.11.73, alterando os arts. 408, 474, 594 e 596, do atual CPP (LGL\1941\8), estabelece normas relevantes atinentes ao *status libertatis* do réu primário e de bons antecedentes, a este facultando ao juiz deixar de decretar a prisão ou revogá-la caso já se encontre preso (art. 408, § 2.º). Da mesma sorte ao réu nessa situação - primário e de bons antecedentes - facultou-se o uso do recurso apelatório sem recolher-se a prisão, desde que tal situação seja reconhecida na sentença (art. 594, com a nova redação constante da mencionada lei).

Mas, ainda são promissoras as novas conquistas nesse sentido. A reforma processual que se avizinha, entremostra seguras esperanças de que essas relações entre o indivíduo e o Estado serão gizadas em normas asseguradoras do direito da pessoa humana.

IV - O Anteprojeto José Frederico Marques e a prisão preventiva

16. Essa oportuna proposta legislativa sensível ao estado atual da ciência processual, procurou regulamentar em normas de grande alcance, a sujeição do indiciado ou acusado ao processo. Assim é que o anteprojeto em referência, tendo em vista o texto já modificado pela comissão revisora, e publicado no suplemento n. 88, do *Diário Oficial*, que circulou a 10.5.74, começa por definir a finalidade elas cautelas de natureza pessoal, em seu art. 477, quando diz:

"Para assegurar a atuação da justiça penal, poderá ser ordenada a prisão do indiciado ou réu, ou ser ele submetido a regime de liberdade provisória, com ou sem fiança."

17. É certo que se ampliaram as cautelas de natureza pessoal, que poderão consistir, além das enumeradas nesse artigo e na aplicação provisória de medidas de segurança e inabilitações, já existentes no direito atual, também em restrições processuais.

Mas, para a aplicação de providências cautelares o juiz deverá atender:

1) a personalidade do indiciado ou réu em razão de antecedentes e periculosidade;

2) ao seu comportamento durante as investigações policiais e no curso do processo;

3) à gravidade, caracteres e circunstâncias da infração cometida (art. 478, do Anteprojeto).

18. Atendendo aos reclamos da doutrina, quando afirma que a prisão preventiva é um mal necessário, devendo ser decretada somente quando não haja outra forma de garantir o resultado do processo, o Anteprojeto consignou regras de grande sabedoria, procurando evitar o nefasto efeito da contaminação carcerária, com relação àqueles que devam suportar a medida, dispondo em seu art. 479: "Quando se tratar de réu primário e de bons antecedentes, o juiz, ao invés de determinar sua prisão, submetê-lo-á, de preferência, ao regime de liberdade provisória."

Esta norma de grande alcance social, tem a vantagem de evitar ao cidadão probo e de antecedentes inatacáveis, a ofensa ao seu estado de dignidade, com uma prisão, antes de reconhecido se ele é inocente ou culpado.

A regra programática constante do art. 481, é a que consagra o pressuposto básico da tutela cautelar penal, consistente no *periculum in mora*. Por este princípio, somente se aplica a medida cautelar quando houver perigo na demora capaz de ocasionar a insatisfação do direito violado ou a sua satisfação tardia. Esse é o motivo por que tal norma, assim se expressa de forma imperativa: "Não se decreta a prisão preventiva nem se mantém a prisão em flagrante, senão quando necessário para assegurar a aplicação da lei penal.

No entanto, para não deixar ao arbítrio do aplicador da lei a valoração dos motivos que possam justificar o *periculum in mora*, cuidou o Anteprojeto de defini-los ao dispor no § 1.º, do mencionado artigo, os casos em que a medida coercitiva se torna necessária, especificando-os da seguinte forma:

a) quando houver probabilidade de fuga do indiciado ou réu;

b) quando houver graves indícios de que o réu está tentando tumultuar ou adulterar a instrução da causa, ou então coagir, intimidar ou subornar o ofendido, a testemunha, ou auxiliar da justiça;

c) quando houver risco de praticar o indiciado ou réu nova infração penal;

d) quando o exigir a garantia da ordem pública.

Além disso, o § 2.º desse artigo, veda a decretação da prisão, ou a manutenção dela, quando se verificar que há fundamento razoável para o indiciado ou réu invocar alguma causa de exclusão do crime.

19. Outro ponto saliente do Anteprojeto, é quando estabelece os pressupostos basilares da medida, que na doutrina da tutela cautelar se expressa como *fumus bonis juris*. Assim é que adotou o art. 482, uma forma mais vigorosa para exprimir a existência do fato típico, usando da expressão: "quando existir prova da prática de fato definido como crime e indícios veementes da autoria."

Por outro aspecto, além do Anteprojeto somente admitir a decretação da prisão preventiva em casos de crimes punidos com a pena de reclusão, ou quando o réu for denunciado com fundamento razoável, como criminoso habitual ou por tendência, facultou ainda ao juiz a execução da medida sob a forma domiciliar, em vários casos (art. 483, §§ 1.º e 2.º, *a* e b), desde que não se trate de indiciado ou réu vadio, ou sem residência certa, ou, ainda, sobre o qual haja dúvida quanto a identidade.

20. O procedimento previsto no Anteprojeto para imposição das medidas cautelares, é matéria também que foi regulamentada com muita segurança, tornando possível a defesa do acusado ou indiciado em todos os momentos processuais, evitando, conforme ocorre no direito atual, que o juiz imponha medida de tamanha importância para o direito de liberdade do acusado, sem que este possa defender-se. Além disso, a prova em que se funda o juízo de probabilidade, deverá passar pelo crivo do contraditório.

Por isso o procedimento da prisão preventiva correrá em auto apartado, apenso aos do processo principal, e será iniciado com representação da autoridade policial, ou petição do Ministério Público, ou do assistente.

O juiz ouvirá o Ministério Público, em 24 horas, quando a prisão for solicitada através de representação de autoridade policial, ou requerida pelo assistente, e decidirá, a seguir, em 48 horas. No entanto, poderá o juiz, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, interrogar o réu e ouvir testemunhas, antes de decidir pela prisão preventiva, procedendo à instrução em audiência sumária.

Embora, nesta hipótese, admita-se uma precautela, podendo o juiz decretar, desde logo, a prisão preventiva quando haja perigo de fuga. No entanto, tal medida será relaxada se da instrução da causa ficar demonstrada a sua desnecessidade. Apesar de fundamentada a sentença de prisão preventiva, poderá ser ela, a qualquer momento, revogada desde que se demonstre não ser mais necessária ou a insubsistência dos motivos que a determinaram. Tais são as regras procedimentais para a imposição da medida previstas no art. 484, e seus parágrafos. Quando possa ser decretada de ofício, nos próprios autos do processo principal, a prisão preventiva do réu (art. 485), desde que seja o despacho fundamentado, em se tratando de sentença sobre estado do ato, tem também o juiz a faculdade de revogá-la e modificá-la, a qualquer momento, desde que isso se justifique.

21. Entre as formas de precautelas o Anteprojeto consagra uma inovação, consistente na prisão liminar, quando, em caso de urgência, e para não frustrar a finalidade da prisão preventiva, permite no seu art. 488, que o Ministério Público, ou a autoridade policial, solicite do juiz a medida na forma prevista no § 3.º do art. 484.

22. Ao contrário do que acontece no direito atual, em que o período de prisão preventiva não tem um prazo de duração expresso em lei, sendo ela estabelecida para efeito da instrução criminal, que pode prolongar-se devido aos mais variados incidentes, o Anteprojeto estabelece um prazo peremptório de duração, exigindo do juiz ao término deste, um pronunciamento. É o que consta do art. 489, segundo o qual decorridos 60 dias da decretação da prisão preventiva o juiz poderá mantê-la, revogá-la ou substituí-la pela liberdade provisória, com ou sem fiança. Esta norma é eloqüente no sentido de demonstrar a ampla faculdade que tem o juiz, no objetivo de amenizar a imposição cautelar; facultando-lhe sempre substituir a prisão por outras cautelas que não prejudiquem o direito de liberdade. Consoante está expresso ainda no parágrafo único desse artigo, tal norma não se estende aos casos em que a prisão preventiva é decretada tendo em consideração ser o sujeito passivo da medida criminoso habitual ou por tendência, ou vadio.

23. Outro ponto em que o Anteprojeto resolve situação iníqua, existente no direito atual, é o resultante da prisão efetuada em flagrante. Da mesma forma que a prisão preventiva compulsória, na atualidade, quando a prisão resulta do flagrante, o juiz somente poderá relaxá-la, se ocorrer nulidade na lavratura do auto respectivo. Desde que este obedeça às formalidades legais, em se tratando de crime inafiançável, não poderá o juiz, mesmo que entenda desnecessária a prisão, determinar a soltura do réu. Inexiste no Código atual qualquer dispositivo permitindo essa cognição cautelar, ou seja, se a prisão é necessária para assegurar a presença do réu ao processo, garantir a instrução criminal ou a aplicação da pena. Tais requisitos são pré-disposto apenas para a prisão preventiva.

O art. 495, do Anteprojeto disciplinando a cognição cautelar dessa prisão, determina que o juiz a examine, tendo em consideração a regra programática do art. 481, além de especificar os requisitos imprescindíveis para a regularidade do auto de prisão em flagrante, estabelecendo ainda regras para

a apreciação da defesa do réu contra essa medida na conformidade das normas expressas nos seus diversos parágrafos.

V- Considerações finais

24. Este ligeiro bosquejo do processo cautelar, tendo em vista o direito que era, o atual e o do porvir, longe está de ser um estudo histórico-dogmático da matéria versada. Tem, porém, a finalidade de despertar a atenção dos estudiosos para a dialética que anima o processo penal, no qual o interesse social conflita com o individual, trazendo à discussão a realidade fática e a valoração jurídica das condutas humanas, que se tornam relevantes perante o direito repressivo.

25. Verifica-se, assim, que mais do que em qualquer outro ramo do direito, o processo penal enfrenta, realisticamente, o binômio indivíduo-Estado, procurando equacionar essas relações de forma a possibilitar a punição dos culpados, sem desrespeitar os direitos fundamentais da pessoa humana. Tendo em vista a complexidade dessas normas e a relevância jurídica de sua valoração, é que Carnelutti, chegou a afirmar que o processo é a forma pela qual a sociedade luta contra o crime. Apesar dessa insinuante construção doutrinária, a recíproca também é verdadeira: é através do processo que o cidadão inocente defende o seu direito de liberdade.

26. Neste momento de tanta renovação e de palpitantes esperanças para as conquistas sociais, justamente quando evoluímos na elaboração das normas que regem a estrutura do processo penal, oportuno se torna lembrar aos estudiosos que, lutando pelo aprimoramento das normas processuais penais, estarão velando pelo direito de liberdade e pela segurança jurídica.

---

1. Giuseppe Sabatini - *Trattato dei procedimenti incidentale nel processo penale*, pág. 580; Arturo Santoro - *Manuale di Diritto Processuale Penale* - Turim, 1954, pág. 486.

2. José Frederico Marques - *Elementos de Direito Processual Penal* - vol. 4/13-20. Hélio Bastos Tornaghi - *Manual de Processo Penal*, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1963 - vol. II, pág. 616 e segs.

3. Gaetano Foschini - *Sistema del Diritto Pracessuale Penale*, Dott. A. Giuffrè, Editore, Milão, 1956, págs. 458/478.

4. Giuseppe De Luca - *Lineamenti della Tutela Cautelare Penale, La Carcerazione Preventiva*, Pádua, CEDAM, 1953, págs. 13/14.

5. C. Beccaria - *Dos delitos e das penas*, trad. de Paulo M. Oliveira, prefácio de Evaristo de Moraes, Athena Editora, Rio de Janeiro, 1937, pág. 480.

6. Hélio Tornaghi - *Manual de Processo Penal*, vol. II/622, Rio, 1963.

7. Romeu Pires de Campos Barros - *Da prisão preventiva compulsória*, Goiânia, 1957, págs. 142/143.